



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**Las Cuestiones Prejudiciales
Planteadas por Órganos Judiciales
Españoles en Materia Laboral**

D. Pablo Nicolás Alemán

2021



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES EN MATERIA LABORAL

Presentada por Pablo Nicolás Alemán

**Directores: Dra. Carmen Sánchez Trigueros
y Dr. Fermín Gallego Moya**

2021

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	11
PARTE GENERAL: COORDENADAS PROCESALES Y SUSTANTIVAS	17
I. ASPECTOS PROCESALES	17
1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	17
2. Tipos de procedimientos	19
3. Estructura del Tribunal.....	20
3.1. Competencias.....	21
3.2. Composición.....	21
4. La cuestión prejudicial	22
4.1. Delimitación de su ámbito	22
4.2. Presupuestos iniciales	23
4.3. Control del planteamiento por el TJUE	26
4.4. Primera Nota informativa (1996).....	28
4.5. Segunda Nota informativa (2005)	31
4.6. Tercera Nota informativa (2009).....	33
4.7. Instrucciones (2012)	33
4.8. Recomendaciones (2016).....	35
4.9. Recomendaciones (2019).....	37
II. ASPECTOS SUSTANTIVOS.....	42
1. NO DISCRIMINACION	43
1.1. Delimitación normativa	43
1.2. Objetivos generales y medidas a adoptar.....	45
1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta.....	51
2. TIEMPO DE TRABAJO.....	54
2.1. Jornada.....	54
2.1.1. Delimitación Normativa.....	54
2.1.2. Objetivos generales y medidas a adoptar	55
2.1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta	59
2.2. Vacaciones.....	61
2.2.1. Delimitación Normativa.....	61
2.2.2. Objetivos generales y medidas a adoptar	62
2.2.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta	64
2.3. Permisos.....	66
3. MODALIDADES CONTRACTUALES	66
3.1. Tiempo parcial	67
3.1.1. Delimitación normativa	67
3.1.2. Objetivos generales y medidas a adoptar	67
3.1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta	69
3.2. Contratación temporal	71
3.2.1. Delimitación normativa	72
3.2.2. Objetivos generales y medidas a adoptar	73
3.2.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta	76
4. VICISITUDES EMPRESARIALES.....	80
4.1. Insolvencia.....	81
4.1.1. Delimitación normativa	81

4.1.2. Objetivos generales y medidas a adoptar.....	82
4.1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta.....	85
4.2. Traspaso.....	90
4.2.1. Delimitación Normativa.....	90
4.2.2. Objetivos generales y medidas a adoptar.....	91
4.2.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta.....	93
4.3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.....	97
5. EXTINCIÓN CONTRACTUAL.....	97
5.1. Despido Colectivo.....	97
5.1.1. Delimitación normativa.....	97
5.1.2. Objetivos Generales y medidas a adoptar.....	98
5.1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta.....	99
5.2. Maternidad y su protección frente al despido.....	106
5.2.1. Delimitación normativa.....	106
5.2.2. Objetivos generales y medidas a adoptar.....	109
5.2.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta.....	111
5.3. Discapacidad y su protección frente al despido.....	114
5.3.1. Delimitación normativa.....	114
5.3.2. Objetivos generales y medidas a adoptar.....	116
5.3.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta.....	118
6. Seguridad y salud laboral.....	120
6.1. Delimitación normativa.....	120
6.2. Objetivos generales y medidas a adoptar.....	122
7. Aspectos procesales.....	122
7.1. Allanamiento.....	123
7.2. Competencia TJUE.....	124
8. Otras cuestiones.....	128
8.1. Libre circulación.....	128
8.2. Muerte del empresario persona física.....	128
PARTE ESPECIAL: ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.....	129
I. NO DISCRIMINACIÓN.....	129
1. Materias relacionadas con la maternidad.....	129
1.1. Su incidencia en la toma de posesión en el empleo público.....	129
✓ STJUE 16 febrero 2006, Caso Carmen Sarkatzis. C-294/04.....	129
1.2. Los efectos, en las bases reguladoras, de la reducción de jornada.....	137
✓ STJUE 16 julio de 2009. Caso Gomez-Limon. C-537/07.....	137
✓ ATJUE 21 octubre 2009. Caso Flores Fanega. C-452/04.....	146
1.3. La titularidad indiferente del permiso de lactancia.....	148
✓ STJUE 30 septiembre 2010. Caso Pedro Manuel Roca Álvarez. C-104/09..	148
1.4. El padre y el permiso por maternidad biológica.....	158
✓ STJUE 19 septiembre 2013. Caso Marc Betriu Montull. C-5/12.....	158
1.5. Indemnización reparadora y/o punitiva.....	166
✓ STJUE 17 diciembre 2015. Caso Arjona Camacho. C-407/14.....	166
2. Materias relacionadas con la lactancia.....	174
2.1. La carga de la prueba de la existencia del riesgo.....	174
✓ STJUE 19 octubre de 2017, Caso Elda Otero. C-531/15.....	174
2.2. Turnicidad y nocturnidad en lactancia como factores de riesgo.....	185
✓ STJUE 19 septiembre 2018, Caso González Castro. C-41/17.....	185
3. Materias relacionadas con la conciliación por cuidado de hijos e hijas.....	193

3.1. Las diferencias entre el permiso maternidad y el de permiso parental.....	194
✓ STJUE 16 junio de 2016. Caso Estrella Rodríguez Sánchez. C-351/14	194
3.2. El derecho de adaptación de jornada sin reducción de esta.....	203
✓ STJUE 18 septiembre 2019, Caso Ortiz Mesonero. C-366/18.....	203
4. Materias relacionadas con la discapacidad de las personas trabajadoras.....	210
4.1. El despido efectuado en situación de incapacidad temporal	210
✓ STJUE 11 de Julio de 2006, Caso Chacón Navas. C-13/05	210
✓ STJUE de 1 diciembre de 2016, Caso Mohamed Daouidi. C-395/15	217
4.2. Las ausencias justificadas por incapacidad temporal como causa de despido objetivo.....	227
✓ STJUE de 18 de enero de 2018, Caso Ruiz Conejero. C-270/16	227
✓ STJUE de 11 de septiembre de 2019. Caso Nobel Plastiques. C-397/18.....	237
5. Materias relacionadas con periodos de prestación de servicios y antigüedad ..	249
5.1. El reconocimiento de los servicios previos como trabajador temporal	249
✓ STJUE de 13 de septiembre de 2017. Caso Cerro Alonso. C-307/05	249
✓ ATJUE 28 de marzo de 2011. Asunto Universidad Alicante. C-273/10.....	260
5.2. Las diferencias en el reconocimiento de los servicios prestados por razón del tipo de vínculo, funcional o laboral	266
✓ ATJUE de 7 de marzo de 2015, Caso Rivas Montes. C-178/12.....	266
6. Materias relacionadas con la edad.....	270
6.1. Sobre la obligatoriedad de la jubilación al alcanzar una edad determinada	271
✓ STJUE de 16 de octubre de 2007. Caso F. Palacios de la Villa. C-411/05 ...	271
6.2. Sobre el límite máximo de una edad determinada para la contratación	279
✓ STJUE 13 noviembre 2015. Caso Mario Vital Pérez. C-416/13.....	279
II. TIEMPO DE TRABAJO.....	287
1. Materias relacionadas con la jornada laboral	287
1.1. El especial régimen del personal sanitario.....	287
✓ STJUE de 3 de octubre de 2000. Sindicato Médico. C-303/98.....	287
✓ ATJUE 3 de julio de 2001. Caso Servicio Galego de Saúde. C-241/99.....	299
1.2. La incidencia del tiempo de desplazamiento en la jornada laboral	304
✓ STJUE 20 septiembre de 2015. Caso Tyco. C-266/14	304
1.3. El concepto de trabajador móvil y su no equiparación con los conductores autónomos	314
✓ STJUE 2 de marzo de 2017, Asunto Pérez Retamero. C-97/16.....	314
1.4. La obligatoriedad del registro horario diario de la jornada	323
✓ STJUE 14 de mayo de 2019. Caso Deutsche Bank. C-55/18.....	323
2. Materias relacionadas con el periodo de descanso de vacaciones	335
2.1. Coincidencia del periodo de las vacaciones y el permiso de maternidad...	335
✓ STJUE 18 marzo 2004. Caso Merino Gómez. C-342/01	335
2.2. Coincidencia del periodo de vacaciones y la preexistente Incapacidad temporal por accidente.....	343
✓ STJUE 10 de septiembre de 2009. Caso Vicente Pereda. C-277/08	343
2.3. Coincidencia del periodo de vacaciones y la preexistencia de incapacidad temporal por enfermedad.....	352
✓ STJUE 21 de junio de 2012. Caso Asociación Nacional de Grandes empresas de distribución. C-78/2011	352
2.4. Derecho a vacaciones transcurrido el año natural por incapacidad temporal	362
✓ ATJUE 21 de febrero de 2013. Caso Maestre García frente a Centros Carrefour. C-194/12	362

III. MODALIDADES CONTRACTUALES.....	368
1. Materias relacionadas con la contratación a tiempo parcial.....	368
1.1. Cómputo de la parcialidad a efectos de antigüedad.....	368
✓ ATJUE 15 octubre de 2019, Caso OH y ER. C-472/18 y C-439	368
2. Materias relacionadas con contratos de emprendedores	375
2.1. Validez de la extinción del contrato durante el periodo de prueba.....	375
✓ STJUE 5 de febrero de 2015. Caso Nisttahuz Poclava. C-117/14	375
3. Materias relacionadas con contratación temporal	383
3.1. Requisitos para la contratación como profesor asociado.....	383
✓ STJUE 13 marzo 2014, Caso Márquez Samohano, C-190/13	383
3.2. Readmisión obligatoria en los despidos improcedentes del personal laboral de la Administración.....	393
✓ STJUE 25 julio 2018, Caso Gardenia Vernaza. C-96/17	393
3.3. Indemnizaciones en los supuestos de extinción de contratos de relevo	402
✓ STJUE 5 junio 2018, Caso Grupo Norte Facility. C-574/16.....	402
✓ ATJUE 21 agosto 2018. Caso Rodríguez Otero. C-212/17.....	412
3.4. Indemnizaciones en la extinción de los contratos de obra o servicio por finalización de contrata.....	415
✓ STJUE 11 abril de 2019. Caso Cobra Servi Aux. C-29/18, C-30/18 y C-44/18.....	415
4. Materias relacionadas con la contratación temporal en las administraciones públicas	424
4.1. Derecho a indemnización y cuantía en los ceses de trabajadores indefinidos no fijos	425
✓ ATJUE 11 diciembre 2014, Caso Ayuntamiento Huétor Vega. C-86/14	425
4.2. Validez, derecho a indemnización y cuantía en los ceses en el ámbito de las Administraciones.....	433
✓ STJUE 14 de septiembre 2016, Caso Diego Porras I. C-596/14.....	433
✓ STJUE 5 de junio de 2018. Caso Lucía Montero, C-677/16.....	441
✓ STJUE 21 de noviembre de 2018, Caso Diego Porras II. C-619/17	450
✓ ATJUE 19 de marzo de 2019, Caso Universidad S. Compostela. C-293/18.....	459
✓ STJUE de 3 de junio de 2021, Caso Instituto Madrileño de Investigación (IMIDRA). C-726/1	466
IV. VICISITUDES EMPRESARIALES	477
1. Materias relacionadas con la protección de los créditos laborales impagados por insolvencia empresarial.....	477
1.1. En supuestos de contratación a tiempo parcial	477
✓ ATJUE 3 marzo 2021, Caso JL y Fogasa. C-841/19.....	477
1.2. Calificación de los salarios de tramitación	482
✓ STJUE 12 diciembre 2002. Caso Rodríguez Caballero. C-442/00	482
✓ STJUE 10 de julio de 2014. Caso Julián Hernández. C-198/13.....	492
1.3. Calificación de las indemnizaciones por extinciones de las relaciones laborales.....	502
✓ STJUE 16 diciembre 2004. Caso Olaso Valero. C-520/03	502
✓ ATJUE 13 de diciembre de 2005, Caso Cristina Guerrero Pecino. C-177/05.....	512
✓ STJUE de 17 de enero de 2008. Caso Velasco Navarro. C-246/06	520
✓ STJUE 21 de febrero de 2008, Caso Robledillo Núñez. C-498/06.....	527
✓ STJUE 7 de septiembre de 2006, Caso Cordero Alonso. C-81/05.....	534

✓ STJUE 28 de junio de 2018, Caso Soraya Checa. C-57/17.....	545
1.4. Acceso al recurso de suplicación en procesos interesando la declaración de insolencia	551
✓ STJUE de 27 de marzo de 2014, Caso Torralbo Marcos. C-265/13	551
1.5. Derecho a las prestaciones salariales del personal de alta dirección	559
✓ STJUE 16 diciembre de 1993. Caso Wagner Miret. C-334/92	559
2. Materias relacionadas con la protección ante procesos de traspaso de empresas.....	567
2.1. Aplicabilidad de la Directiva en transmisiones anteriores al ingreso de España en la CEE	567
✓ STJUE 17 abril de 1997. Caso Burdalo Trevejo y otros. C-336/95	567
2.2. Elementos determinantes para la apreciación de la existencia de sucesión	574
✓ STJUE 10 de diciembre de 1998, Caso Hernández Vidal. C-127/96, C-229/96 y C-74/97	574
2.3. Reversión del servicio a la Administración y posterior nueva concesión con contratación del mismo personal	584
✓ STJUE 10 diciembre de 1998, Caso Sánchez Hidalgo. C-173/96 y C-247/96.....	584
2.4. Reversión a la Administración del servicio sin asunción de la plantilla	594
✓ STJUE 20 enero 2011, Caso Clece y Ayuntamiento de Cobisa. C-463/09...594	
✓ STJUE de 7 agosto de 2018, Caso Luis Colino Siguenza. C-472/16.....	602
2.5. Reversión a la Administración del servicio con infraestructura de esta.....	612
✓ STJUE 29 julio de 2010, Caso UGT y Ayuntamiento de La Línea. C-151/09.....	612
✓ STJUE de 26 de noviembre de 2015, Caso ADIF. C-509/14.....	620
2.6. La aplicación de la directiva en la sucesión convencional	628
✓ STJUE 11 julio de 2018, Caso Somoza Hermo. C-60/17.....	628
V. EXTINCIÓN CONTRACTUAL	635
1. Materias relacionadas con los despidos colectivos	635
1.1. Campo de referencia, umbral numérico y cómputo de las extinciones	636
✓ STJUE 13 mayo 2015, Caso Rabal Cabañas. C-392/13.....	636
✓ STJUE 11 de noviembre de 2015, Caso Pujante Rivera. C-422/14	649
✓ STJUE 11 noviembre de 2020, Caso Marclean. C-300/19.....	658
1.2. Ayudas comunitarias y acuerdos colectivos	664
✓ STJUE 15 octubre de 2015, Caso Bankia. C-352/14 y C-353/14	664
2. Materias relacionadas con la protección de maternidad frente al despido	670
2.1. En supuestos de empleo público.....	671
✓ STJUE 4 octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. C-438/99	671
2.2. En supuesto de despido colectivo	679
✓ STJUE 22 febrero de 2018, Caso Jessica Porras. C-103/16.....	679
2.3. En supuesto despido objetivo	689
✓ ATJUE 12 abril de 2018, Caso Minayo Luque. C-432/16.....	689
3. Materias relacionadas con la protección de la discapacidad frente al despido .	694
VI. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL	694
1. Materias relacionadas con los riesgos laborales.....	694
✓ STJUE de 19 de mayo de 2011. Caso Barcenilla Fernández. C-256/10 y 261/10.....	694
VII. ASPECTOS PROCESALES	705
1. Efectos del allanamiento en el proceso nacional.....	705

✓ STJUE 15 junio de 1995, Caso Zabala Erasun. C-422/93.....	705
2. Pronunciamientos del TJUE sobre su propia competencia	709
✓ STJUE 27 marzo de 2014. Caso Torralbo Marcos. C-265/13.....	709
✓ ATJUE 24 marzo 2017, Caso Barba Jiménez I. C-269/16.....	710
✓ ATJUE 25 octubre de 2018, Caso Barba Jiménez II. C-426/17.....	716
✓ STJUE 14 diciembre de 2017, Caso Miravittles Ciurana. C-243/16.....	719
VIII. OTRAS CUESTIONES	730
1. Libre circulación y convalidación de títulos académicos en el espacio europeo.....	730
✓ STJUE 8 julio de 1999, Caso Museo del Prado. C-234/97	730
2. Extinción de la relación laboral por muerte del empresario persona física	739
✓ STJUE 10 de diciembre de 2009, Caso Rodríguez Mayor. C-323/08.....	739
PARTE FINAL.....	747
I. SINTESIS PANORAMICA	747
1. PROGRESIVA IMPLICACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES	747
2. CONCENTRACIÓN DE CUESTIONES EN DETERMINADOS ÓRGANOS	748
3. TEMAS DESTACADOS.....	749
4. TRASCENDENCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE	752
5. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.....	752
5.1. En relación al principio de Igualdad.....	752
5.2. En relación al riesgo de lactancia	753
5.3. En relación a la discapacidad y protección frente al despido	753
5.4. En relación con la antigüedad.....	754
5.5. En relación a la edad.....	755
6. TIEMPO DE TRABAJO.....	756
6.1. En relación Jornada.....	756
6.1.1. Del personal sanitario	756
6.1.2. Del tiempo de desplazamiento	756
6.1.3. Registro horario	756
6.2. En relación a vacaciones.....	757
II. MODALIDADES CONTRACTUALES	758
1. Computo parcialidad a efectos de antigüedad.....	758
2. Contrato emprendedores	758
3. Profesor asociado	758
4. Readmisión obligatoria en despidos declarados como improcedentes en la Administración.....	759
5. Extinción de contrata. Indemnización.....	759
6. Contratos fijo de obra en la Construcción.....	759
7. Temporalidad en las Administraciones Públicas	759
III. VICISITUDES EMPRESARIALES	761
1. Insolvencia	761
1.1. En relación a la contratación a tiempo parcial.....	761
1.2. En relación a salarios de tramitación y su protección ante la insolvencia..	762
1.3. En relación a la indemnización.....	762
2. Traspaso	763
IV. EXTINCION CONTRACTUAL.....	765
1. En relación al despido colectivo	765

2. Maternidad y despido	767
3. Discapacidad y despido.....	768
V. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL	768
VI. ASPECTOS PROCESALES	768
VII. OTRAS CUESTIONES	769
1. Sobre la libre circulación de los trabajadores	769
2. Sobre la extinción de la relación laboral por muerte del empresario persona física	770
VIII. APUNTE CONCLUSIVO	770
IX. BIBLIOGRAFÍA	781
ANEXOS	795
I. CUADROS GENERALES DE SENTENCIAS	795
1. Relación cronológica de sentencias estudiadas CRONOLOGICO.....	795
2. Relación sistemática de sentencias estudiadas	797
II. NO DISCRIMINACIÓN.....	797
1. Maternidad	797
2. Riesgo lactancia	797
3. Conciliación cuidado hijo. Adscripción turno fijo.....	797
4. Discapacidad (su protección frente al despido)	797
5. Incidencia sobre antigüedad	798
6. Edad.....	798
III. TIEMPO DE TRABAJO	798
1. Jornada	798
2. Vacaciones	798
IV. MODALIDADES CONTRACTUALES.....	798
1. Tiempo parcial	798
2. Período de prueba.....	798
3. Contrato temporal. Derivaciones	798
3.1. La contratación por obra o servicio determinado	798
4. Temporalidad en Administraciones Públicas.....	798
V. VICISITUDES EMPRESARIALES.....	799
1. Insolvencia	799
2. Traspaso	799
VI. EXTINCIÓN CONTRACTUAL.....	799
1. Despido colectivo.....	799
2. Maternidad y despido.....	799
VII. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL.....	799
VIII. ASPECTOS PROCESALES.....	799
IX. OTRAS CUESTIONES	799
1. Relación normativa de las sentencias.....	799
X. NO DISCRIMINACIÓN	800
1. Maternidad	800
2. Riesgo lactancia	802
3. Conciliación cuidado hijo	802
4. Discapacidad	803
5. Incidencia sobre antigüedad.....	804
6. Edad.....	805

XI. TIEMPO DE TRABAJO	806
1. Jornada	806
2. Vacaciones	807
XII. MODALIDADES CONTRACTUALES	808
1. Tiempo parcial	808
2. Periodo de prueba.....	808
3. Contratatración temporal.....	809
4. Temporalidad en AAPP	810
XIII. VICISITUDES EMPRESARIALES.....	812
1. Insolvencia	812
2. TRASPASO	814
XIV. EXTINCIÓN CONTRACTUAL.....	816
1. Despido colectivo.....	816
2. Maternidad y despido.....	817
XV. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL.....	818
XVI. ASPECTOS PROCESALES	818
XVII. OTRAS CUESTIONES.....	820
1. Libre circulación	820
2. Muerte empresario persona física	820

INTRODUCCIÓN

La Tesis doctoral se inició en un momento radicalmente distinto al de su terminación, cuando todavía solo se vislumbra el final de la terrible pandemia por la que está atravesando la humanidad, que tanto sufrimiento ha provocado en el último año y confío no olvidaremos y pondremos todos los medios necesarios para que no se pueda repetir.

Terminé mi licenciatura de Derecho en la Universidad de Murcia en el año 2006 y muy pronto comencé a trabajar como abogado especializándome en derecho del trabajo y seguridad social, acudiendo con regularidad a los distintos juzgados de lo social de Murcia, así como ante la Sala de lo Social del TSJ y ante el TS.

Nuestro país ingresó oficialmente en la UE veinte años antes, el uno de enero de 1986, y la primera cuestión prejudicial se formuló por el TS en el mismo año, dando lugar al caso *Giménez Zaera* (C-126/86).

Cuando me di de alta en el Colegio de Abogados de Murcia (año 2007) se habían dictado 27 Sentencias por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante), a instancia de órganos judiciales del orden social y en materias relacionadas con lo que había estudiado como Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho, asignatura con la que había tenido una especial relación por motivos diversos.

Pronto comencé a intuir que algo que no había sido objeto de estudio detallado en la Facultad era una realidad en esta estructura internacional en la que España se había integrado y que seguro tendría importancia esencial en el mundo de las relaciones laborales de nuestro país y por ende en la profesión que estaba ejerciendo. Veía como poco a poco, pero cada vez con más frecuencia, tenía conocimiento de que el TJUE (un órgano todavía lejano para mí) se había pronunciado sobre determinada cuestión, y no solo a instancia de tribunales de nuestro país sino del resto de órganos judiciales de los distintos países que componían la entonces llamada Comunidad Económica Europea y que ello acrecentaba la necesidad de conocerlo.

Pasaron los años, se fue haciendo cada vez más presente esa estructura a la que se había integrado España, la Unión Europea, sus normas y sus tribunales, cada vez se miraba hacia las normas europeas (fundamentalmente Reglamentos y Directivas) y las

sentencias de ese tribunal, en principio lejano pero cada vez más cercano, que podía condicionar la forma de aplicación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de nuestro país y por tanto del caso concreto, convirtiéndose en una necesidad profesional, amén de la también importante de inquietud personal como ciudadano, el estudiar de una forma más profunda la CUESTION PREJUDICIAL, sus orígenes, su incidencia, su valoración. Y de ahí surgió el reto de afrontar este trabajo.

Y la forma de afrontarlo ha sido, por necesidad y por convicción, de una de las posibles, complementaria de la meramente académica. Así se trata de un trabajo realizado por alguien que diariamente viene desarrollando su actividad profesional en los juzgados y tribunales, con la necesaria visión concreta de las controversias y con la necesaria y obligatoria compatibilidad con otros grandes retos vitales que obviamente no podían, de forma alguna, quedar aparcados. Se trata por tanto, en parte, de una de las tesis metodológicas posibles, las denominadas “*compiladoras*”, con un contenido permanentemente actualizable.

De otro lado se ha querido resaltar todo el esfuerzo que lleva consigo cualquier pronunciamiento del TJUE, desde quienes sufren una posible vulneración de derechos que motiva que requiera asesoramiento, quien analiza los hechos que se le exponen, elabora la demanda, prepara el juicio, recurre en su caso la sentencia, hasta quienes como juzgadores/as analizan la controversia desde los distintos puntos de vista del demandante y el demandado, se plantea la duda de la aplicación de la norma nacional de conformidad con la normativa europea y decide plantear una cuestión prejudicial, pasando por el Abogado/a General, actor/a muchas veces desconocido pero con indudable trascendencia, hasta que se dicta la resolución por el TJUE, y posteriormente se dicta la Sentencia por el órgano judicial nacional, sentencia que a su vez puede recurrirse e incluso en fase de recurso formularse nueva cuestión prejudicial que acabara en nueva STJUE. Por último, se ha puesto en valor los pronunciamientos del TJUE a través de las modificaciones legales que han provocado y de su recepción, como doctrina judicial, por posteriores pronunciamientos judiciales. Se trata por tanto del estudio y análisis desde el mismo germen de la cuestión prejudicial hasta los posteriores frutos y su fase de recolección por los tribunales nacionales, pasando por una previa floración que bien podría ser las conclusiones de los/as abogados/as generales.

Así pues, el trabajo pretende poner de manifiesto todo ese ingente trabajo de profesionales y permitir familiarizarnos con el mismo, como forma de integrar en nuestra estructura jurídico/mental esta nueva realidad jurídica. En ese, he de reconocer que difícil y en algunas ocasiones arisco camino, pero también ciertamente atractivo, he tratado de acudir de forma tangencial a los análisis doctrinales de cada pronunciamiento, siendo consciente de que se trata de una mera aproximación, ya que cada uno de los casos bien podrían dar lugar a tantas otras tesis doctorales.

Referenciados los orígenes del porqué de la tesis y su finalidad, como INTRODUCCIÓN, la misma se ha llevado a cabo a través de dos partes. PARTE GENERAL y PARTE ESPECIAL.

La PARTE GENERAL, a su vez, se subdivide en dos apartados:

- ASPECTOS PROCESALES, en donde se analiza el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA, todavía las armas calientes de las terribles contiendas europeas del siglo XX, su composición, los distintos órganos, competencias y composición, así como “estricto sensu”, la “cuestión prejudicial”, delimitación de su ámbito, condiciones de utilización del planteamientos, evolución, notas informativas y recomendaciones.
- ASPECTOS SUSTANTIVOS en el que se analizan en los que se han clasificado las distintas resoluciones, Sentencias y Autos, dictados por el TJUE a raíz de cuestiones prejudiciales formuladas por distintos órganos judiciales españoles, especificando su A) Delimitación normativa, B) Objetivos generales y medidas a adoptar, y una C) Breve valoración conjunta. Los apartados considerados son los siguientes:
 1. No discriminación
 2. Tiempo de trabajo
 3. Modalidades contractuales
 4. Vicisitudes empresariales
 5. Extinción contractual
 6. Seguridad y salud laboral

7. Aspectos procesales

8. Otras cuestiones

La parte ESPECIAL incluye el análisis de las distintas cuestiones prejudiciales planteadas englobadas en las ocho materias anteriormente citadas, desde el auto de planteamiento, refiriendo el problema suscitado, la normativa y los criterios jurisprudenciales coetáneos, las conclusiones del Abogado/a general, la sentencia, o auto, del TJUE, la sentencia, o sentencias, del órgano judicial español, una breve valoración y sentencias iniciales y finales que se hacen eco de la del TJUE a la fecha de redacción de los correspondientes apartados, así como referencias doctrinales respecto a cada cuestión.

Finalmente incluye esta parte especial una SINTESIS PANORAMICA y un APUNTE CONCLUSIVO, citándose la bibliografía utilizada y adjuntándose como anexos cuadros de las sentencias y autos dictados por el TJUE, clasificados cronológicamente, por materias y por disposiciones analizadas que permiten una rápida visualización de éstas.

Como puede apreciarse se trata de un esquema acorde con la razón de ser del propio trabajo y su finalidad, servir de alguna forma a quienes diariamente dedicamos parte de nuestra vida al trabajo de intentar hacer prevalecer el derecho, ya sea desde el ámbito de interpelar a los órganos judiciales reclamando que determinen el derecho aplicable, ya lo sea desde los propios integrantes de esos órganos judiciales.

Por último, tan solo resaltar que se escribe este trabajo desde un profundo convencimiento europeísta, desde la constatación de que la construcción europea ha dado el mayor periodo de paz en el continente, 76 años sin conflictos bélicos. Esperemos, por el bien de todos, que Europa siga unida.

Se ha realizado un esfuerzo importante. Que se haya logrado el objetivo es algo que escapa de la propia subjetividad del autor.

Terminado de redactar este trabajo y ya listo para su presentación llegó a mis manos el libro “Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales Españoles”, estudios ofrecidos a M.^a Emilia Casas Baamonde, editado por la Universidad de Santiago de Compostela, y en el que participan 82 profesores de distintas universidades españolas, dirigido por Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez. La relevancia del libró

me obligó necesariamente a retrasar mi presentación, leerlo, incluir sus aportaciones y citarlo reiteradamente. Igualmente hace unos días que se ha dictado la última sentencia del TJUE en el Caso Marclean. C-300/19.

PARTE GENERAL: COORDENADAS PROCESALES Y SUSTANTIVAS

I. ASPECTOS PROCESALES

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, también llamado Tribunal de Luxemburgo), fue creado en el año 1952 con la constitución de la primera Comunidad Europea (CECA, Comunidad económica del carbón y acero). Las dos guerras mundiales, en menos de 30 años, con origen y principal foco en Europa, habían provocado más de 60 millones de muertos, habían destrozado las ciudades y la economía europea, con el riesgo de hacerla dependiente de EE.UU., la antigua URSS y los países del pacífico. Junto a ello el propio fantasma de una nueva guerra entre los países europeos, ya con armas nucleares y que llevaría posiblemente a una desaparición “física” de Europa, eran más que motivos para buscar alternativas a los Estados nacionales.¹

Una progresiva interconexión de intereses como paso previo a una futura Unión, que evitara guerras, permitiendo una recuperación económica y le diera un papel en el mundo, fue lo que se inició con la constitución de la CECA en 1952 y posteriormente, en 1957, de la CEE (Comunidad económica europea) y la CEEA (Comunidad económica de la energía atómica). En esta última fecha el Tribunal de Justicia de la primera comunidad se convirtió en Tribunal de todas las comunidades establecidas, y hoy es el Tribunal de la Unión Europea (actualmente Tribunal Justicia de la UE, Tribunal General y Tribunales especiales).

Como consecuencia de ello se crea, ab initio, un nuevo DERECHO, el DERECHO EUROPEO, distinto del orden jurídico internacional (Tratados internacionales y Convenios entre países), y del orden jurídico interno de cada país miembro de la nueva Comunidad. Se trata de un Derecho con primacía respecto al Derecho de los distintos países en las materias cuya competencia es cedida y asumida por la Unión Europea (STC 28/1991, TSJCE 9/3/1978).

¹ Tony Judt: Postguerra: Una historia de Europa desde 1945, Taurus, 2006.

Pues bien, la finalidad de lograr la progresiva interconexión a través de una naciente legislación europea, que tendría como anclaje esencial los propios tratados fundacionales, y que se veía como algo imperiosa y no como meramente voluntarista, requería la necesidad de un órgano independiente de los demás órganos europeos que se creaban, y de los de los distintos países que se integraban, y que tuviera una doble función:

- La primera, la de ser el intérprete principal que consiguiera que la nueva normativa europea que se fuera dictando, se aplicara de la misma manera en los distintos países, y ello como elemento esencial para la progresiva integración, evitando discrepancias que finalmente llevarían a la desintegración;
- La segunda, la de controlar al resto de órganos de la estructura que se creaba y las normas que dictaban, a fin de determinar la adecuación de la actuación de las mismas a las normas fundacionales (Tratado FUE art. 267). Los propios “constituyentes” de las distintas comunidades (CECA, CEE, CEEA), consideraron la necesidad de que lo que se creaba no pudiera estar al albur de desviaciones de quienes fueran los componentes en el futuro de los nuevos órganos europeos.

Y tal órgano de garantía de control de validez e interpretación uniforme y conforme a los Tratados constituyentes de la UE es el TRIBUNAL DE JUSTICIA de la UE, si bien el mismo se ha de analizar de forma distinta a como podemos entender los órganos judiciales de los distintos países de la Unión.

Así se ha de partir de que no existen jueces de la Unión Europea distintos de los jueces nacionales de los distintos países. Los jueces nacionales han de aplicar el derecho de la UE, por lo que los mismos se han de considerar como jueces de derecho comunitario. Sin embargo, el TJUE tiene como finalidad, como se refirió, evitar interpretaciones distintas de los jueces nacionales sobre el derecho comunitario o su validez, ya que es a dicho TJUE a quien se le atribuyen dichas funciones.

2. Tipos de procedimientos

Cabe sistematizar los procedimientos y funciones, siguiendo a la propia información suministrada por el TJUE², en los siguientes bloques:

- Interpretar la legislación (*decisiones-cuestiones prejudiciales*).

Es una de las funciones más importantes, pudiéndose destacar los siguientes aspectos:

Objetivo/Finalidad: Evitar interpretaciones dispares de las normas comunitarias por parte de los órganos judiciales de los distintos países que se han ido integrando en la UE. Igualmente, y desde otra perspectiva, puede utilizarse la decisión o cuestión prejudicial a fin de determinar si una normativa o práctica nacional es compatible con la legislación europea.

Legitimación: Así, con el fin de lograr una uniformidad en la interpretación de la normativa comunitaria los órganos judiciales nacionales tienen la facultad, y algunas veces la obligación, cuando duden de la interpretación o de la validez de una norma europea, posiblemente aplicable al caso que analizan, de pedir una clarificación de la misma al Tribunal de Justicia europeo.

Se trata, como posteriormente se referirá, de supuestos que traen origen en un proceso judicial, en los distintos ámbitos judiciales nacionales en los que se analizan cuestiones sobre las que existe competencia de la UE.

- Aplicar la legislación (*procedimientos de infracción*)

En estos supuestos el procedimiento ante el TJUE no tiene origen en un procedimiento judicial en los distintos países de la UE.

Objeto/finalidad: Evitar las infracciones de normas europeas.

Legitimación: Se trata de una acción que se inicia por la Comisión Europea o por un Estado miembro, por considerar que el Estado frente al que se dirige el procedimiento está infringiendo normas europeas, y ello con el fin de obligarle a que ponga remedio y con la posibilidad de imposición de multa.

² https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/

- Anular normas europeas (*recursos de anulación*).

Objeto/finalidad: Anular normas dictadas por las propias instituciones de la UE que vulneren los tratados de la UE o los demás derechos fundamentales de la misma.

Legitimación: El procedimiento cabe ser iniciado por los gobiernos de los distintos países, así como por el Consejo o el Parlamento, e incluso por particulares que se consideren afectados directamente por la norma que se solicita la anulación.

- Garantizar que la UE actúe (*recursos por omisión*).

Objeto/finalidad: Procedimientos en los que se exige la acción de quien debe tomar decisiones y no las toma. Puede ir dirigido frente al Parlamento, el Consejo y la Comisión.

Legitimación: El procedimiento, al igual que en el recurso de anulación, puede iniciarse por los gobiernos nacionales, otras instituciones europeas o (en determinadas circunstancias) los particulares o empresas.

- Sancionar a las instituciones europeas (*acciones por daños y perjuicios*).

Objeto/finalidad: El resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la acción u omisión de la UE.

Legitimación: Se trata de un procedimiento iniciado por cualquier persona o empresa que se considere perjudicada.

3. Estructura del Tribunal

Como se refirió, el TRIBUNAL DE JUSTICIA de la UE fue creado en 1952 como tribunal de la primera comunidad (la del carbón y el acero) y en 1957 de las otras dos siguientes.

La evolución y el progresivo aumento de la litigiosidad llevaron en el año 1988 a la creación del TRIBUNAL GENERAL con la finalidad de reducir la carga de trabajo del Tribunal de Justicia. Se trata de un tribunal que si bien está integrado en el TRIBUNAL DE JUSTICIA, es independiente del mismo incluso desde el punto de vista organizativo. Las resoluciones de este van precedidas de una C (de cour) y la del Tribunal General de una T (tribunal). Así C-1-99, o T-1-99.

En el año 2004 el Consejo de la Unión Europea creó un tribunal de especialidad, el TRIBUNAL DE LA FUNCION PÚBLICA DE LA UNION EUROPEA.

3.1. Competencias

En la actualidad y fruto de la progresiva creación de los distintos Tribunales referidos, las competencias de los mismos vienen establecidas en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012, pudiéndose clasificar de la siguiente forma:

- Tribunal de Justicia: dirime sobre:
 - las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales,
 - ciertos recursos de anulación y
 - los recursos de casación (Recurso de casación contra las decisiones del Tribunal General. Se puede interponer un recurso de casación contra una decisión del Tribunal General. En este caso, se debe presentar al secretario una solicitud que recoja, en concreto, los escritos procesales y los argumentos acreditativos. Dicha solicitud debe perseguir la anulación total o parcial de la decisión.)
- Tribunal General: tiene competencias sobre:
 - los recursos de anulación que interponen los particulares, las empresas y, en algunos casos, los gobiernos nacionales.

(Esto significa que, en la práctica, el tribunal se ocupa sobre todo de la legislación sobre competencia, ayudas estatales, comercio, agricultura y marcas comerciales).
- El Tribunal de la Función Pública resuelve los litigios entre la Unión Europea y su personal.

3.2. Composición

- Tribunal de Justicia:
 - Integrado por:
 - 1 juez de cada país de la U.E
 - 11 abogados generales.
 - Actúa un juez en cada caso y un abogado general.

– Tribunal General:

Integrado actualmente por 2 jueces por cada Estado miembro. En 2019 pasaron a ser 56 (2 jueces por cada país de la UE).

Normalmente actúa como órgano colegiado compuesto por tres o cinco jueces. Existe la posibilidad de juez único o Gran Sala (15 jueces) en función de la complejidad o importancia del caso.

En ambos Tribunales, sus miembros son elegidos por periodos de seis años renovables y los jueces designan un presidente con mandato renovable de tres años.

4. La cuestión prejudicial

4.1. Delimitación de su ámbito

Como ya se ha comentado, los jueces y tribunales nacionales actúan como jueces y tribunales europeos, ya que han de aplicar la legislación europea. Sin embargo, cuando sucede en el derecho de los distintos países europeos en los que los tribunales interpretan de distinta forma la normativa nacional, igualmente cabría que se produjeran interpretaciones dispares de la normativa europea, con lo que el objetivo de la progresiva homogenización de las materias de competencia de la UE no se lograría si no se hubiera establecido un órgano judicial que tuviera la competencia esencial de esa interpretación, que es precisamente el TJUE.

Es preciso tener en cuenta, desde un primer momento y tal como anteriormente se refirió, que el Tribunal de Justicia es una institución nueva que no cabe confundir con tribunal casacional, ya que su función se limita a deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias, sin que esté obligado, por no ser su función, a examinar las circunstancias que llevaron al tribunal nacional a aplicar la norma comunitaria cuya interpretación solicita³. Por tanto, el Tribunal de Justicia de la UE nunca resolverá la controversia, correspondiendo al tribunal nacional resolver la misma teniendo en cuenta la interpretación que dé el TJUE.

En definitiva, a fin de lograr una uniformidad en la interpretación de la normativa comunitaria los tribunales nacionales tienen la posibilidad, cuando duden de la interpretación o de la validez de una norma europea, que estimen sea aplicable al caso

³ Ruiz-Jarabo Colomer, Damaso y López Escudero, Manuel. “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales”. *Revista del poder judicial*, núm. 47, 1997, págs. 83-114.

que analizan, de pedir una clarificación al TJUE. Igualmente, y desde otra perspectiva, puede utilizarse la decisión o cuestión prejudicial a fin de determinar si una normativa o práctica nacional es compatible con la legislación europea.

Se trata, como posteriormente se referirá, de supuestos que traen origen en un proceso judicial, en los distintos ámbitos nacionales que analizan controversias sobre las que existe competencia de la UE y por ende normativa europea de posible aplicación.

4.2. Presupuestos iniciales

El art. 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea es parco en la redacción de las competencias del Tribunal de Justicia, y más concretamente de la cuestión prejudicial. Así dispone: *“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;*
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;*
- c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.*

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia 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 caso 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 de Justicia”.

Tampoco el Reglamento de funcionamiento del Tribunal de Justicia ni el Estatuto, fueron explícitos en la regulación. Sin embargo en un primer momento, ante la trascendencia de la función asignada al TJUE, evitar la interpretación dispar de la normativa europea, pieza fundamental de la propia construcción europea, y la novedad del instrumento que se creaba para los propios jueces nacionales, el mismo TJUE facilitó y potenció el planteamiento de cuestiones prejudiciales, con una actitud de

“*flexibilidad y condescendencia iniciales*”⁴, siendo a través de los propios pronunciamientos del Tribunal como fue delimitando los perfiles fundamentales de la propia institución, desde su propia función, formalidades, requisitos de admisibilidad etc, etc.

Y ese proceso “*jurisprudencial*” se fue configurando durante los primeros treinta y cinco años de funcionamiento, si bien cabe apreciar en los mismos una evolución desde dicha flexibilidad y condescendencia iniciales, en la que el TJCE “*necesitaba y estaba ansioso*” por recibir cuestiones prejudiciales que le permitieran explicar pedagógicamente a los jueces nacionales ese nuevo instrumento de que disponían⁵ y que era esencial en la propia configuración de la Comunidad creada, hacia una cierta disciplina, estableciéndose requisitos y condiciones a respetar a la hora de plantear cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales nacionales.

En esa primera fase el TJCE⁶ vino a delimitar la función que atribuía el art. 177 del Tratado, señalando que tal precepto es esencial para preservar el carácter comunitario del nuevo derecho que se creaba a partir del Tratado, haciendo posible que el mismo tenga y produzca los mismos efectos en todos los Estados miembros de la Comunidad (Sentencia Rheinmuhelen). Y que ello se hacía a través de un proceso de “cooperación” entre el TJCE y los órganos jurisdiccionales nacionales, en el que el primero proporciona a los segundos “*...los elementos de interpretación del derecho comunitario que le son necesarios para la solución de los litigios que deben resolver*”.⁷

Como se deduce de su propio nombre, el TJCE se pronuncia con “carácter prejudicial”. No se trata, por tanto, de procedimientos distintos en el análisis de la controversia planteada inicialmente, ni la conocida separación de fase de instancia y de apelación o recurso, sino el mismo procedimiento, en el que el TJCE facilita la interpretación, pero es el juez nacional quien determina los hechos y la aplicabilidad de normativa comunitaria, interpretada prejudicialmente por el TJCE, al caso concreto. Es la Sentencia del juez nacional y no la Sentencia del TJUE la que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de los recursos que de conformidad con la normativa

⁴ Ruiz-Jarabo Colomer, Damaso. *La justicia de la Unión Europea*, Cívitas, 2011.

⁵ (Ruiz-Jarabo ob.cit).

⁶ Hasta el asunto *Telemasica bruazzo* C-329/90, en los que se negó a responder a la cuestión planteada por la insuficiente información facilitada por el Juez italiano.

⁷ (Ruiz-Jarabo ob.cit)

nacional quepa formular frente a aquella Sentencia, si bien en todo caso habrá de partirse, en las posteriores Sentencias, de la interpretación dada por el TJUE.

Dicha jurisprudencia, configuradora de la propia cuestión prejudicial, recayó fundamentalmente sobre las siguientes materias:

- *Sobre la competencia para plantear la cuestión.* El tribunal se fue pronunciando sobre la oportunidad y competencia para plantear la cuestión prejudicial, reiterando que ello es competencia del juez nacional hasta tanto no fuera revocada de conformidad con los medios de impugnación previstos en su respectivo derecho. Ello conllevaba que una vez planteada la cuestión el TJCE debía responderla, sin entrar en su oportunidad o competencia del propio juez nacional.
- *Sobre la delimitación del relato fáctico.* Igualmente se vino refiriendo que ello era competencia del juez nacional, sin que el TJCE pudiera tener en cuenta hechos nuevos introducidos en el procedimiento prejudicial.
- *Sobre formalismos.* En una primera fase se aprecia una total flexibilidad en cuanto a la forma, admitiendo cualquiera de las permitidas en derecho interno para resolver los incidentes procesales. Así se admitieron cuestiones prejudiciales en forma de mera carta remitida por el juez nacional.
- *En cuanto al momento de planteamiento* de la cuestión se atribuía al juez nacional quien sería el más informado para determinar cuándo necesitaba conocer la interpretación de la normativa comunitaria que habría de realizar el TJCE, si bien fue recomendando que se planteara cuando estuvieran delimitados los hechos, el derecho relevante a nivel nacional, y realizado un debate contradictorio.
- En un intento de no verse encorsetado por la propia formulación de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial nacional, el TJCE se reservó la posibilidad de *reformular las preguntas* o cuestiones teniendo en cuenta el conjunto de informaciones suministradas por el juez nacional y en función del objeto del litigio.

4.3. Control del planteamiento por el TJUE

Una vez asentados los principios básicos de la nueva institución, el TJCE comenzó una nueva fase (a partir del mentado asunto TELEMARSICABRUZZO) progresiva de mayor rigor en la admisibilidad de las cuestiones formuladas.

No se trató de una labor restrictiva, pero sí clarificadora del marco de utilización del art. 177 del Tratado de la CE⁸, y ello guiado fundamentalmente por dos motivos.

- En primer lugar, el transcurso del tiempo posibilitó que los tribunales nacionales se fueran familiarizando con el nuevo instrumento (eso tendría excepciones en relación con quienes no fueron “fundadores” de las Comunidades. Así en nuestro país no fue hasta el año 1986, por tanto, con una desventaja de 34 años respecto a otros países, lo que se nota en el lento pero progresivo planteamiento de cuestiones prejudiciales por órganos judiciales españoles).
- Junto a ello existieron quejas de los distintos países, por considerar que si el art. 19 y 20 del Estatuto del TJCE considera a los distintos Estados como partes que pueden estar representadas y formular las oportunas contestaciones y observaciones, ello requeriría un mínimo conocimiento del contexto fáctico y normativo en que se plantean las preguntas (cuestiones), refiriendo que una admisión excesivamente laxa, sin formalismo ni contenido mínimo, le provocaba indefensión a la hora de realizar sus alegaciones.

El mayor rigor de admisibilidad cabe apreciarlo en relación con la competencia y los requisitos de admisibilidad. Así:

- En relación con la competencia, se declararon supuestos de incompetencia manifiesta cuando no existe punto de conexión con el derecho comunitario que justifique las respuestas a las cuestiones o preguntas planteadas. Así cuando se trate de normativa al margen del propio derecho comunitario (ej. el Convenio europeo para la protección de los Derechos fundamentales y libertades fundamentales, que no era norma comunitaria), o se trate de una situación puramente nacional sin conexión comunitaria (salvo que la normativa nacional remita

⁸ (Ruiz-Jarabo ob. cit).

expresamente a normativa comunitaria, aun cuando ello fuera meramente potestativo, lo que fue objeto de crítica), o cuando la normativa comunitaria es manifiestamente inaplicable al caso.

- En relación con los requisitos de admisibilidad, se fueron perfilando progresivamente.

Así en primer lugar la “exigencia de un litigio real”, planteado ante el juez nacional, inadmitiéndose cuando fuera un litigio ficticio, o una utilización fraudulenta del mecanismo.

Se refirió por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1981⁹ que “...*el artículo 177 no atribuye al TJCE la misión de emitir dictámenes consultivos sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la de contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros. Por consiguiente, no sería competente para responder a cuestiones interpretativas que se le plantearan en el marco de construcciones procesales amañadas por las partes con objeto de que el TJCE se pronuncie sobre ciertos problemas de derecho comunitario que no obedecen a una necesidad objetiva inherente a la solución de un litigio. Una declaración de incompetencia en tal hipótesis no menoscaba en absoluto las prerrogativas del Juez nacional, sino que permite evitar que se utilice el procedimiento del art. 177 con fines que no le son propios*”. No obstante ello no consideró como ficticios o fraudulentos los llamados “casos piloto” o “casos test”, en donde existe un litigio aunque se haya buscado para lograr el pronunciamiento del TJCE.

Y en línea con ello la constatación de que existe un litigio real conllevó la necesidad de un *conocimiento de los hechos y de las posiciones de las partes*, de tal forma que tampoco cabría admitir aquellas cuestiones que no tengan relación con los hechos o con el objeto del litigio o que sean de carácter general o hipotético.

Todo ello llevó a la conclusión de que el juez nacional debía señalar en su resolución de remisión *las razones* por las que consideraba necesaria la respuesta del TJCE a las “*cuestiones/preguntas*” para resolver el litigio “nacional” principal que dio origen a todo el proceso. Tales razones, con independencia de su real procedencia, las habría de considerar el TJCE, si bien cabría inadmitirlas cuando se apreciase un “error” claro y manifiesto de estas.

⁹ Asunto C-244/80.

En cuanto a las razones, se vino refiriendo por el TJCE que ello se habría de *motivar debidamente*, lo que suponía describir el contexto jurídico y fáctico en el que se aplicaría la interpretación que se solicitaba del derecho comunitario, pudiéndose inadmitir cuando ello se omitiera. Dicho requisito de motivación se ha aminorado cuando se explican las dudas en cuanto a la validez o interpretación de la norma comunitaria y el marco jurídico y fáctico es conocido por anteriores cuestiones prejudiciales remitidas.

Por último, se declaró que la inadmisibilidad de la cuestión, por incompetencia o por considerar que era manifiestamente inadmisibile, se podría llevar a cabo por el tribunal, oído el abogado general, por medio de Auto motivado, aunque normalmente lo vino realizando, en la primera fase a través de Sentencia, resaltándose que ello no impide que el órgano judicial nacional pueda volver a plantearlo subsanando los defectos que se hubieran puesto de manifiesto en el Auto o Sentencia de inadmisión.

Esta segunda fase de progresiva concreción a través de pronunciamientos del TJCE de su propia competencia y de los requisitos de admisibilidad, abocaron a una forma peculiar de relación del TJCE con los tribunales nacionales, en lo que se denominó inicialmente como “*notas informativas*” y posteriormente y hasta la fecha como “*recomendaciones*” que sucesivamente va publicando.

Se trata de notas informativas (hoy denominadas recomendaciones) dadas por el TJCE, dirigidas a los órganos judiciales nacionales, en las que condensaba su propia jurisprudencia y concretaba pedagógicamente aquellos aspectos más relevantes a la hora de plantear cuestiones prejudiciales. Cabe resaltar lo novedoso de ese sistema de comunicación que rompe con los modelos tradicionales a nivel nacional de relación entre órganos superiores e inferiores, aun cuando, como se señaló en este caso no nos encontramos con la misma estructura de dependencia, sino con una de cooperación entre órganos judiciales distintos y con competencias distintas, limitándose el TJCE, nada menos pero también nada más, a interpretar la norma comunitaria sobre cuya aplicabilidad al litigio postula el tribunal nacional.

4.4. Primera Nota informativa (1996)

La primera nota informativa fue emitida en noviembre de 1996, con el título de “*Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*”.

Comenzaba resaltando la importancia que habría tenido en el desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del art. 177 del Tratado de la CEE (y también tratados CECA y CEEA), que regula el procedimiento prejudicial y que suponía una colaboración entre el TJCE y los jueces Nacionales.

Posteriormente señalaba que precisamente para facilitar la colaboración y “...satisfacer mejor las expectativas de los órganos jurisdiccionales nacionales, proporcionándoles respuestas útiles a las cuestiones prejudiciales” que puedan plantear, se daban las indicaciones posteriores, resaltando que se trataba de indicaciones puramente informativas, de carácter práctico, sin valor normativo o incluso interpretativo de las disposiciones que regulan el procedimiento judicial. A pesar de la “humildad de planteamiento”, es lo cierto que las mismas recogían y condensaban criterios consolidados que se habían venido reiterando en distintos pronunciamientos del TJCE y que cuestionaban tal proclamación, al adelantar posibles decisiones futuras en caso de no tener en cuenta las mismas.

Sobre la delimitación de las cuestiones a plantear la nota resaltaba el doble objeto posible de la cuestión prejudicial.

Así en primer lugar resaltaba la competencia de los órganos judiciales de los distintos Estados miembros de solicitar del TJCE “...la interpretación de una norma de derecho comunitario contenida en los Tratados o en una disposición de derecho derivado...”, siempre que lo considere “...necesario para resolver un litigio del que éste conociendo”. Por tanto, remarcaba la competencia del tribunal nacional para plantearla o no, si bien señalaba inmediatamente después que en los casos en los que la resolución que dictara no fuera susceptible de ulterior recurso según las normas de derecho nacional, estaban “...obligados a someter al Tribunal de Justicia las cuestiones que se le planteen...”, excepto en los supuestos de que hubiera jurisprudencia en la materia, o fuera evidente la interpretación que se solicitaba.

Añadía a esa competencia inicial, la competencia para pronunciarse sobre “...la validez de las disposiciones y de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad...”. E inmediatamente después clarifica tal competencia, señalando que los órganos judiciales nacionales pueden desestimar los motivos de invalidez que se le invoquen, sin necesidad de formular cuestión alguna al TJUE. Sin embargo, no disponen de la misma posibilidad si pretenden cuestionar la validez de la disposición o

acto comunitario, en cuyo caso necesariamente ha de plantear la cuestión prejudicial. En estos últimos casos y de forma excepcional se le reconoce la posibilidad al órgano judicial nacional de adoptar la suspensión provisional, u otra medida cautelar, del acto que se impugna.

En ambos casos se recuerda en la nota informativa que el TJUE no tiene competencia para la interpretación y apreciación de la validez de la norma nacional, que es competencia del órgano judicial que plantea la cuestión. Así señala que “...*no le corresponde resolver ni las controversias relativas a las circunstancias de hecho del caso principal ni las divergencias de opinión sobre la interpretación o aplicación de las normas de derecho nacional*”.

-Sobre a la estructura de planteamiento, el Tribunal hacía distintas apreciaciones:

Así en cuanto a la estructura puede ser cualquiera de las admitidas en el derecho interno para resolver los incidentes procesales.

Lógicamente, recuerda la nota informativa, en tanto que nos encontramos con un único procedimiento, el planteamiento de la cuestión lleva por lo general a la suspensión del proceso nacional hasta que resuelva la misma el TJUE. No obstante resalta que es el propio tribunal interno el que ha de tomar la decisión sobre la suspensión, de conformidad con su normativa.

Posteriormente recuerda que la resolución (el Auto, en el caso de nuestro país), “...*debe motivarse de manera sucinta pero suficientemente completa...*”, posibilitando con ello que tanto el propio Tribunal como las distintas partes que puedan intervenir, puedan comprender “...*adecuadamente el marco de hecho y de derecho del caso principal*”. Tal información se hace más detallada posteriormente al señalar que debe incluir: “...*los antecedentes de hecho cuyo conocimiento resulte indispensable para comprender el alcance jurídico del litigio principal*”; “*los fundamentos de derecho eventualmente aplicables*”; “*las razones que hayan conducido al juez nacional a plantear la cuestión...*”, y “...*las alegaciones de las partes...*”.

-Sobre aspectos formales también insiste la nota informativa:

Así refiere que dado que posteriormente se ha de traducir la resolución a las demás lenguas oficiales de la Comunidad (24 en 2016) la redacción de la cuestión se habría de realizar de “...*la manera más clara y precisa posible*”.

Igualmente indica que se ha de acompañar el Auto de “...*los documentos necesarios para la adecuada comprensión del litigio, especialmente las disposiciones nacionales aplicables...*”, si bien resalta que, dado que no siempre se traducen los documentos y anexos a la resolución, en la misma se debe contener toda la información necesaria sobre los mismos.

Indica finalmente dónde se ha de dirigir la cuestión, señalando la dirección, secretaría del Tribunal y dando incluso su número de teléfono.

-En cuanto al momento de remisión:

La nota remarca que es una cuestión de competencia del juez nacional, si bien señala que “...*es de desear que la decisión...se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el juez ...esté en condiciones de definir...el marco fáctico y jurídico del problema*”, por lo que “...*resulta útil...se plantee después de haber oído a las partes*”.

Se incluye en la nota “informativa” una solicitud al órgano judicial, en el sentido de que “...*le informe acerca de la aplicación que haga de ella -la Sentencia del TJUE-en el litigio principal...*”, y le envié la decisión definitiva que adopte.

Por último, se recuerda que el procedimiento prejudicial es gratuito, sin perjuicio de las costas del proceso principal sobre las que no se pronuncia, en ningún caso, el TJUE.

Como puede observarse se trata de un conjunto de indicaciones y recomendaciones, que no tienen parangón en las relaciones entre tribunales internos ni entre tribunales y profesionales, conociéndose únicamente la experiencia del denominado tribunal de instancia mercantil de Barcelona que de forma análoga se relaciona con los distintos colegios profesionales remitiéndole notas informativas que recogen los grandes criterios de actuación de este.¹⁰

4.5. Segunda Nota informativa (2005)

Dicha nota informativa estuvo vigente hasta el año 2005, en que emitió la segunda, dado que la primera “...*resultó de gran utilidad en la práctica, -por lo que- el*

¹⁰ Con cierta analogía cabe considerar los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre las tasas en el orden social del año 2013 (con ocasión de la Ley 10/2012 y su posterior modificación por el RDL 3/2013), sobre el RCUD en el año 2015 y sobre notificaciones a través de Lex Net del año 2016.

Tribunal ha decidido actualizarla teniendo en cuenta la experiencia adquirida y ha considerado conveniente divulgarla mediante su publicación en el Diario oficial de la Unión Europea”.

Esta segunda nota informativa tiene un contenido más extenso y estructurado. La primera nota informativa del 96 contenía 9 puntos o apartados. La del 2005 contenía hasta 31 puntos, divididos en los siguientes apartados:

- “Introducción”;
- “Función del Tribunal de Justicia dentro del procedimiento prejudicial”;
- “La decisión de plantear una cuestión al Tribunal de Justicia;
 - o Quién puede plantear una cuestión prejudicial;
 - o Cuestiones de interpretación;
 - o Cuestiones de validez;
 - o Cuando se debe plantear una cuestión prejudicial;
 - o Forma de la petición de decisión prejudicial;
- Efectos de la remisión prejudicial en el procedimiento nacional;
- Costas y beneficio de justicia gratuita;
- Correspondencia entre el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia”.

A pesar del detalle de la nota, incluso se llega a concretar el máximo de páginas recomendables, hasta 12, el Tribunal reitera que se trata de “*indicaciones prácticas*”, “*que no tienen carácter obligatorio*”, y que su finalidad sería la de “*...orientar a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y, en su caso, ayudarles a formular y a presentar las cuestiones que se planteen al Tribunal de Justicia*”.

En el año 2008 se emitió un complemento a la nota informativa de 2005 centrado de manera esencial al “*...nuevo procedimiento prejudicial de urgencia aplicable a las remisiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia*”, volviendo a recordar que “*...carecen de todo valor vinculante*”.

4.6. Tercera Nota informativa (2009)

En el año 2009 (5 de diciembre de 2009), el Tribunal volvió a emitir una nueva nota informativa que reemplazaría a las anteriores, y ello a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.¹¹ El Tribunal vuelve a dirigirse a los tribunales nacionales a través de las notas con las que “...se pretende orientar a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y, en su caso, ayudarles a formular y a presentar las cuestiones que se planeen al Tribunal de Justicia”, insistiendo en que la función de este último consiste “...en interpretar el Derecho de la Unión o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el órgano jurisdiccional nacional”. Igualmente insiste en que “...no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio, ni tampoco resolver las diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho Nacional.” El objetivo de la resolución del tribunal de Justicia “...es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio, pero es el órgano jurisdiccional nacional quien tendrá que deducir las consecuencias que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional”.

Las Notas del 2009 tienen una estructura análoga a las del 2005, si bien incluyen cuestiones introducidas por el Tratado de Lisboa. El número de apartados pasa de 31, en el de 2005, a 42, si bien se ha de resaltar que se habían incluido algunos en el complemento emitido en el año 2008.

4.7. Instrucciones (2012)

En fecha 25 de septiembre de 2012 se dictó una nueva versión del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia en cuyo título tercero, artículos 93 a 118, se regula la cuestión prejudicial.

Como consecuencia de ello el Tribunal actualizó la nota informativa del 2009, cambiando el nombre por el de recomendaciones, publicándose el 6/11/12, y refiriendo que la misma “...tiene por objeto recoger las innovaciones introducidas por el referido Reglamento que puedan incidir tanto en el propio principio de la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia como en las modalidades de tales remisiones”.

¹¹ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de marzo de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

La estructura de estas nuevas recomendaciones que recogían y actualizaban las notas informativas anteriores era más detallada y desglosada, con una clara intención “pedagógica”. Así:

I.-DISPOSICIONES GENERALES:

- Competencia del Tribunal de Justicia en materia prejudicial.
- Función del Tribunal de Justicia dentro del procedimiento prejudicial.
- La decisión de plantear una cuestión prejudicial:
- Quién puede presentar una petición de decisión prejudicial.
- Cuestiones de interpretación.
- Cuestiones de validez.
- Momento adecuado para plantear una cuestión prejudicial.
- Forma y contenido de la petición de decisión prejudicial.
- Efectos de la remisión prejudicial en el procedimiento nacional.
- Costas y asistencia jurídica gratuita.
- Correspondencia entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales.

II.-DISPOSICIONES ESPECÍFICAS RELATIVAS A LAS PETICIONES DE DECISION PREJUDICIAL QUE TIENEN CARÁCTER URGENTE:

- Requisitos para la aplicación del procedimiento acelerado y del procedimiento de urgencia.
- Petición de aplicación del procedimiento acelerado o del procedimiento de urgencia.
- Correspondencia entre el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente y las partes del litigio principal.

En el punto 6 de las recomendaciones se insiste que “...no tienen carácter obligatorio” pretendiéndose “...completar el título tercero del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (artículos 93 a 118) y orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento”.

4.8. Recomendaciones (2016)

En fecha 25 de noviembre de 2016, se publicaron nuevas recomendaciones del TJUE que actualizan las anteriores “...*basándose tanto en la experiencia adquirida al aplicar este Reglamento (de Procedimiento del TJ de 1-11-12), como en la jurisprudencia más reciente...*”.

La primera cuestión a resaltar es que se insiste en la finalidad de éstas, “...*recordar las características esenciales del procedimiento prejudicial y ofrecer a los órganos jurisdiccionales nacionales que plantean cuestiones prejudiciales al tribunal de Justicia todas las indicaciones prácticas necesarias para que este último pueda pronunciarse últimamente sobre las cuestiones planteadas*”. Sin embargo, es la primera vez que se omite la referencia a que “*carecen de todo valor vinculante*”.

La estructura es análoga a la anterior del 2012, si bien aumenta el grado de detalle, reiterando el máximo de páginas recomendable. No obstante, existe una novedad importante y es que la recomendación trae, por primera vez y como anexo, un formulario, con los distintos apartados a rellenar y con detalles mayores, como puede ser que la petición ha de estar “*mecanografiada*”, “...*en papel blanco, sin rayas y de formato A4*”, que el tipo de caracteres habrá de ser el “...*usual (como times New Roman, Courier o Arial)*, y con un tamaño de al menos 12 puntos en el cuerpo del escrito y de 10 puntos en las eventuales notas a pie de página, con un interlineado de 1,5 y unos márgenes horizontales y verticales...*de 2,5 cm como mínimo...*”, debiendo estar todas las páginas “*numeradas*”.

La estructura de las recomendaciones es la siguiente:

-Introducción. (2 apartados)

I.-Disposiciones aplicables a todas las peticiones de decisión prejudicial

- Autor de la petición de decisión prejudicial (5 apartados).
- Objeto y alcance de la petición de decisión prejudicial (4 apartados).
- Momento oportuno para plantear una petición de decisión prejudicial (2 apartados).
- Forma y contenido de la petición de decisión prejudicial. (9 apartados).
- Interacciones entre la remisión prejudicial y el procedimiento nacional (3 apartados).

- Costas y asistencia jurídica gratuita (2 apartados).
- Comunicación entre el Tribunal de Justicia y el órgano jurisdiccional nacional.

II.-Disposiciones aplicables a las peticiones de decisión prejudicial que exigen una especial celeridad (1 apartado)

- Requisitos para la aplicación del procedimiento acelerado y del procedimiento de urgencia (3 apartados).
- Comunicación entre el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente y las partes del litigio principal.

Por su parte el “formulario” que se propone de la resolución de órgano judicial nacional, se recoge en el Anexo, con el rótulo de “*Elementos esenciales de la petición de decisión prejudicial*”. Supone un avance de concreción práctica con dos finalidades que cabe presumir. De un lado homogenizar la forma de planteamiento de las cuestiones prejudiciales, dadas las distintas peculiaridades que pueden existir en los distintos países que conforman actualmente la UE. De otro hacer más fácil para los miembros de TJUE, y de los Abogados Generales, la comprensión de las cuestiones remitidas, máxime ante el creciente incremento de planteamientos de cuestiones prejudiciales, y particularmente a partir de la crisis económica en donde los Estados estuvieron tentados y llevaron a la práctica actuaciones que en muchas ocasiones se encontraban por debajo o en el límite de los derechos ya consolidados por la normativa europea, lo que incentivaba, y en muchas ocasiones obligaba, a los tribunales nacionales a formular las cuestiones prejudiciales.

El formulario que “propone” la recomendación es el siguiente:

1. Órgano jurisdiccional remitente.
2. Partes del litigio principal y representantes de estas.
3. Objeto del litigio principal y hechos pertinentes.
4. Disposiciones jurídicas pertinentes.
5. Motivación de la remisión.
6. Cuestiones prejudiciales.
7. Eventual necesidad de una tramitación específica.

Finalmente termina con los aspectos meramente formales de la petición. Así que se han de presentar mecanografiadas, cual sea el tipo de papel, tipo de impresión, correo electrónico y dirección a la que remitirla, etc.

4.9. Recomendaciones (2019)

El 8 de noviembre de 2019, y después de otras del año 2017, se publicaron las últimas recomendaciones del TJUE (2019/C 380/01) a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales), advirtiendo, ya desde el inicio, sobre el alcance de estas: *“Las presentes recomendaciones, cuyos destinatarios son los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión, son el reflejo de las disposiciones del título tercero del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.*

En ellas se recuerdan 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 se facilitan a aquellos órganos jurisdiccionales indicaciones prácticas sobre la forma y el contenido de las peticiones de decisión prejudicial. En efecto, habida cuenta de que las peticiones de decisión prejudicial han de notificarse necesariamente, previa la correspondiente traducción, a todos los interesados mencionados en el artículo 23 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de que las resoluciones del Tribunal de Justicia que ponen fin al procedimiento prejudicial deben publicarse en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea, es menester prestar la máxima atención a la presentación de las peticiones de decisión prejudicial y, en particular, a la protección de los datos de carácter personal que contienen”.

El contenido de las Recomendaciones se estructura de igual forma que en las anteriores:

- introducción;
- dos epígrafes generales (I. Disposiciones aplicables a todas las peticiones de decisión prejudicial y II. Disposiciones aplicables a las peticiones de decisión prejudicial que exigen una especial celeridad);
- y un Anexo que recoge los elementos esenciales de una petición de decisión prejudicial.

Se destaca, en la introducción, que la cuestión prejudicial es un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea, basado en una estrecha colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros *teniendo como objeto “... garantizar la interpretación y la aplicación uniformes de este Derecho en el seno de la Unión”*. Ese mecanismo de colaboración es lo que hace necesario la elaboración de las recomendaciones, recordando sus características esenciales y *“...ciertas precisiones destinadas a explicitar las disposiciones del Reglamento de Procedimiento en lo que respecta, principalmente, al autor de la petición de decisión prejudicial, al objeto de esta y a su alcance, así como a la forma y al contenido de la misma. Estas precisiones, que son aplicables a todas las peticiones de decisión prejudicial (I), se completan con referencias a las disposiciones relativas a las peticiones de decisión prejudicial que exijan una especial celeridad (II) y con un anexo que recapitula, de un modo sintético, los elementos que han de figurar en toda petición de decisión prejudicial”*.

Se insiste en que el objeto de la petición de decisión prejudicial se limita 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”*, pudiendo solo pronunciarse cuando el Derecho de la Unión sea aplicable al asunto controvertido en el litigio principal. Se menciona expresamente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, señalando que *“...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.”*

En relación al “alcance de la petición de decisión prejudicial”, indica que “... si bien el Tribunal de Justicia adopta su decisión teniendo necesariamente en cuenta el contexto jurídico y fáctico del litigio principal, tal como lo haya determinado el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, no es el propio Tribunal de Justicia quien aplica el Derecho de la Unión al litigio. Al pronunciarse sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia se esfuerza por dar una respuesta útil para la resolución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien debe extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera preciso, la norma nacional declarada incompatible con el Derecho de la Unión”.

En relación a la “Forma y contenido de la petición de decisión prejudicial”, el TJUE mantiene la necesidad, al ser notificada a todos los Estados miembros “con el fin de recoger sus eventuales observaciones” de traducir la petición a todas las lenguas oficiales y ello hace aconsejable 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, así como los motivos que fundamentan su planteamiento ante el Tribunal de Justicia.”

Se remite al artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, copiando literalmente el mismo en cuanto a los requisitos que debe contener la petición, además de las propias cuestiones:

- “una exposición concisa del objeto del litigio principal y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en los que se basan las cuestiones prejudiciales;
- el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente, y
- 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, y de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.”

Para el supuesto de que falten uno o varios de los anteriores elementos, se remite al artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, que posibilita al TJUE “...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”.

Insiste en que “...el órgano jurisdiccional remitente debe proporcionar las referencias exactas de las disposiciones nacionales aplicables a los hechos del litigio principal y de las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación solicita o de cuya validez duda. En la medida de lo posible tales referencias deberán contener tanto la mención del título exacto y de la fecha de adopción de los actos que establezcan las disposiciones en cuestión como las referencias de publicación de tales actos”.

En cuanto a las posibles remisiones que el órgano remitente haga de la jurisprudencia se insta en que las mismas se identifiquen, en el escrito de petición de decisión prejudicial, con “el número ECLI («European Case Law Identifier») de la sentencia o auto de que se trate”.

Recuerda dos posibilidades que tiene el órgano remitente, si lo considera necesario,

- por un lado, la facultad que tiene de poder resumir sucintamente los principales argumentos de las partes del litigio principal, recordando que “únicamente se traduce la petición de decisión prejudicial, y no los eventuales anexos que la acompañen” y
- por otro la posibilidad también de “indicar sucintamente su punto de vista sobre la respuesta que debe darse a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial.

Por último, señala que “...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. 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. El Tribunal de Justicia no tramitará las peticiones de decisión prejudicial manuscritas”.

El anexo que se incorpora a las recomendaciones no hace sino recordar, de un modo sintético los “*Elementos esenciales de la petición de decisión prejudicial*, tanto si se transmite por vía electrónica como por vía postal. Así se debe mencionar en todo caso:

1. *la identidad del órgano jurisdiccional remitente y, en su caso, de la sala o sección competente (véanse, a este respecto, los apartados 3 a 7);*
2. *la identidad exacta de las partes del litigio principal y, en su caso, de las personas que las representen ante el órgano jurisdiccional remitente (en lo que atañe a las partes del litigio principal, véanse no obstante los apartados 21 y 22 de las presentes recomendaciones, relativos a la protección de los datos de carácter personal);*
3. *el objeto del litigio principal y los hechos pertinentes (véase el apartado 15);*
4. *las disposiciones pertinentes del Derecho nacional y del Derecho de la Unión (véanse los apartados 15 y 16);*
5. *las razones que lleven al órgano jurisdiccional remitente a interrogarse sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión (véanse los apartados 8 a 11 y 15 a 18);*
6. *las cuestiones prejudiciales (véase el apartado 19) y, en su caso,*
7. *la eventual necesidad de una tramitación específica relacionada, por ejemplo, con el imperativo de preservar el anonimato de las personas físicas concernidas por el litigio o con la celeridad particular con la que el Tribunal de Justicia deba tramitar la petición (véanse los apartados 33 y siguientes).*

Igualmente señala que “*...En el plano formal, las peticiones de decisión prejudicial habrán de estar mecanografiadas y deberán datarse y firmarse, así como ser enviadas a la Secretaría, preferentemente por vía electrónica, acompañadas de todos los documentos útiles y pertinentes para la tramitación del asunto (véanse, a este respecto, los apartados 20 a 24 de las presentes recomendaciones y, en lo que atañe a*

las peticiones de decisión prejudicial que requieran una celeridad particular, los apartados 40 y 41)”.

Terminan las recomendaciones señalando y “recomendando” a los órganos remitentes la utilización de los siguientes canales de comunicación para garantizar “una óptima comunicación”:

“1) Presentación de la petición de decisión prejudicial (o de otros documentos pertinentes relacionados con dicha petición):

—Original firmado de la petición de decisión prejudicial (o de otros documentos pertinentes relacionados con dicha petición): envío efectuado mediante la aplicación e-Curia. Tanto las modalidades de acceso a esta aplicación, gratuita y segura, como las condiciones de utilización de la misma están disponibles en la siguiente dirección: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_78957/es/

—Versión editable de la petición de decisión prejudicial (o de otros documentos relacionados con ella): DDP-GreffeCour@curia.europa.eu

2) Envío de la resolución final del órgano jurisdiccional remitente (anonimizada, cuando proceda, especialmente a efectos de su publicación en Internet), a raíz de la decisión del Tribunal de Justicia sobre la petición de decisión prejudicial: Follow-up-DDP@curia.europa.eu”.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS

En este apartado se pretende realizar una visión panorámica de los grandes temas analizados por el TJUE con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales de lo social en materia de derecho laboral, referenciando la normativa comunitaria considerada, sus objetivos y las medidas que impone a los Estados para su consecución, así como un resumen de las principales aportaciones que las resoluciones dictadas han supuesto en las relaciones laborales y su recepción por los órganos judiciales españoles. La estructura seguida es la de grandes temas analizados, debiéndose resaltar que una determinada cuestión cabe analizarla desde distintas perspectivas, por lo que se hacen remisiones a aquella en la que se considera más oportuna y ampliamente representada.

El índice que se sigue es el mismo que el del análisis de las distintas Sentencias y que se adelanta:

1. No discriminación
2. Tiempo de trabajo
3. Modalidades contractuales
4. Vicisitudes empresariales
5. Extinción contractual
6. Seguridad y salud laboral
7. Aspectos procesales
8. Otras cuestiones

1. NO DISCRIMINACION

El principio de igualdad y no discriminación es principio fundamental del Derecho comunitario y como tal viene recogido en el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de funcionamiento y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, dicho principio se proyecta a múltiples facetas del ámbito laboral, lo cual ha llevado a los órganos comunitarios a dictar disposiciones, normalmente Directivas, que expliciten y desarrollen la aplicación de dicho principio a las mismas, concretando los objetivos a alcanzar por los Estados, así como los medios que habrían de arbitrar para su consecución mediante la correspondiente normativa nacional de trasposición.

1.1. Delimitación normativa

Como se refirió, los principios y normativa comunitaria se proyectan en las distintas instituciones de forma poliédrica, dando lugar, a su vez, a normativa diversa y también a una posible visión distinta de cada una de las perspectivas.

Así la discriminación en su vertiente maternidad, aparte de las que se resaltan en este apartado, cabe analizarla desde otras perspectivas, entre ellas y de forma especial el propio despido, que se desarrolla con posterioridad de forma más autónoma.

La normativa que resulta de aplicación en este apartado viene dada esencialmente por la siguiente:

I.-A nivel general

Se ha de partir del Tratado de la Unión Europea, en su versión dada por el Tratado de Lisboa en 2007, cuyos artículos 2 y 3 proclaman el principio de igualdad como principio fundamental del derecho comunitario.

Igualmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su versión de Lisboa, dado que supone una discriminación por razón de sexo prevista en el artículo 157 toda discriminación basada en la situación de embarazo o maternidad. Su art. 19 refiere que el Consejo podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra discriminaciones, entre ellas por motivo de edad.

Por último, se ha de estar a la Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹², cuyos artículos 21, 23, 30 y 33, van referidos a la igualdad entre hombres y mujeres y a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar.

II.-A nivel específico

Como desarrollo y aplicación de los principios referidos se dictaron las siguientes Directivas:

- 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.
- 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).
- 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.
- 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

¹² Documento proclamado por el Parlamento, el Consejo de la UE y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2007 en Niza, siendo revisada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Tras la reforma de Lisboa del tratado de la Unión Europea su artículo 6 la hace vinculante para todos los estados. Es un compendio de derechos humanos, redactándose por la Convención que la elaboró, unas explicaciones que detallan el origen de cada precepto y que sirve como guía de interpretación.

oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en casos de empleo y ocupación.

- 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, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

1.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

Los escenarios en los que actúan los principios generales y Directivas de desarrollo anteriormente relacionadas cabe resumirlos en cinco grandes bloques:

- La prevención de riesgos laborales de la mujer en embarazo, parto y lactancia.
- Los permisos vinculados a la maternidad.
- La protección frente al despido sin causa.
- El mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo.
- La no discriminación por edad.

A nivel específico, como desarrollo y aplicando lo proclamado en la normativa general relacionada con maternidad, paternidad, sexo y edad, los objetivos y medidas a adoptar por los Estados son las siguientes:

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, establece protección para las situaciones de embarazo y maternidad, indicando 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*” (art. 4.2).

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, en su art. 1 establece su objetivo coincidente con el nombre de la Directiva, “...*promover 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...*”, resaltando que se establecen mínimos que pueden ser mejorados por las legislaciones nacionales.

Su art. 2 procede a definir las nociones de “*trabajadora embarazada*”¹³, “*trabajadora que ha dado a luz*”¹⁴, y “*trabajadora en periodo de lactancia*”¹⁵. Establece igualmente la obligación de evaluar las actividades que puedan presentar algún riesgo para la seguridad o la salud o repercusión sobre el embarazo o la lactancia, concretándose las medidas que se habrán de adoptar, lo que se ha de comunicar tanto a los representantes de los trabajadores como a las trabajadoras afectadas (art. 4).

Así mismo, y para el caso de que la evolución revele riesgo a la seguridad o repercusión a la embarazada o a la lactancia, el empresario habrá de adoptar medidas para la eliminación del riesgo y, si no fuera ello posible, lo que se habría de justificar, se procederá al cambio del puesto de trabajo. Si ello no resultara posible la trabajadora estará dispensada de trabajo, “*con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*”, durante el tiempo necesario (art. 5)

Se establece la prohibición de trabajo nocturno, con traslado a trabajo diurno o dispensa en el trabajo (art. 7), así como la obligación de que los Estados establezcan los permisos de maternidad de duración mínima de catorce semanas, con periodo obligatorio de dos semanas antes y/o después del parto (art. 8). Se obliga a los Estados miembros a regular los exámenes prenatales cuando tengan lugar durante el horario de trabajo, sin pérdida de salario. El art. 10 establece medidas en relación a la prohibición de despido.

Es, sin duda, la Directiva protagonista en esta materia, realizando un tratamiento detallado de los derechos y garantías de las mujeres en situación de embarazo, maternidad, lactancia, con una protección frente al despido sin causa y mantenimiento de derechos laborales.

La Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos, aun cuando se trate de una Directiva eminentemente procedimental.

¹³ “*cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*”.

¹⁴ “*cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales*”.

¹⁵ “*cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales*”.

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 casos de empleo y ocupación, vino a refundir en un único texto, en aras de claridad, disposiciones anteriores, teniendo en cuenta las novedades derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Así:

- 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.
- La 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 retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.
- La 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.
- La 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.

Su art. 1 refiere su objetivo, “...*garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*”, y en concreto en:

- a) *el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación;*
- b) *las condiciones de trabajo, incluida la retribución;*
- c) *los regímenes profesionales de seguridad social.*”

Lleva a cabo igualmente definiciones para delimitar conceptos relacionados con los fines perseguidos. Así “*discriminación directa*”¹⁶, “*discriminación indirecta*”¹⁷,

¹⁶ “*discriminación directa: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable.*”

¹⁷ “*discriminación indirecta: 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*”

“acoso”¹⁸, “acoso sexual”¹⁹, “retribución”²⁰, “regímenes profesionales de seguridad social”, resaltando que el concepto de discriminación incluye el acoso, el acoso sexual, la orden de discriminar por razón de sexo, o el trato menos favorable por el embarazo o el permiso por maternidad.

El art. 5 establece la prohibición de la discriminación por razón de sexo, resaltando que ello es de aplicación tanto en el sector público como privado, y referido a las condiciones de acceso al empleo, acceso a los tipos y niveles de orientación, formación y reciclaje profesional, las condiciones de empleo, posibilitando la diferenciación por la naturaleza de actividades profesionales y siempre que se trate de un objetivo legítimo y proporcionado (art. 14). El art. 15 establece el derecho a la reintegración en el puesto de trabajo tras los periodos de permisos de maternidad y en condiciones que no resulten menos favorables. El art. 16 prefigura el permiso de paternidad y de adopción, referido a hombres y mujeres y el derecho a reintegrarse en las mismas condiciones y beneficiarse de las mejoras que hubieran existido durante los mismos.

También impone la Directiva que se establezcan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de los derechos establecidos en aplicación de esta, posibilitando que las asociaciones representativas de los trabajadores puedan iniciar igualmente los mismos para exigir su cumplimiento, estableciendo el art. 18 que se incluyan medidas para garantizar indemnizaciones de manera disuasoria y proporcional en los supuestos de discriminación.

Se prefigura lo que en nuestro ordenamiento conocemos como mecanismo de inversión de la carga de la prueba, o minoración de esta, al establecer que cuando se aporten hechos que “...*permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato*” (art. 19).

¹⁸ “acoso: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

¹⁹ “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 intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

²⁰ “retribución: 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.”

El capítulo 2 de la Directiva obliga a los Estados a la promoción de organismos de fomento de la igualdad, fomentando el dialogo social, estableciendo sanciones por incumplimientos, e impulsando que los empresarios adopten medidas eficaces para prevenir toda discriminación por razón de sexo y en particular el acoso y el acoso sexual.

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, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

El art. 1 del acuerdo señala su objetivo que es el de establecer disposiciones mínimas para la “...*conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, siendo aplicable tanto a hombres como mujeres, y a todo tiempo de contratación laboral, parcial, temporal, de puesta a disposición con E.T.T.*”

Su cláusula 2ª regula el “*permiso parental*”, como derecho de los trabajadores, hombres o mujeres, a un permiso con ocasión de nacimiento o adopción de un hijo y hasta los ocho años, con duración mínima de cuatro meses, remitiendo la cláusula 3ª a la ley nacional y convenios colectivos en cuanto a la concreción de las distintas modalidades de estos. Igualmente se establece el derecho a la reincorporación sin discriminación alguna y la posibilidad de ausencias al trabajo posteriores debidas a fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente.

Por último y en relación con la no discriminación por razón de edad se considera igualmente, como se refirió, que es principio general del Derecho de la Unión, siendo 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 que procede a concretarlo²¹.

El art. 1 refiere que el objetivo de esta es el de “...*establecer un marco general 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.*”

²¹ C-555/07 apartado 21, C-43/75 apartado 54.

Su art. 2 procede a definir conceptos, señalando que “...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 1º”, definiendo “discriminación directa”²², “discriminación indirecta”²³ y “acoso”²⁴.

Cual sucede en otras disposiciones sobre discriminación, en este caso el art. 6 refiere la posible “...justificación de diferencias de trato por motivos de edad”, señalando que se podrán establecer 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”. Igualmente establece la minoración de la carga de la prueba (art.10), la remisión al diálogo social para adoptar medidas de promoción de la igualdad, la divulgación de información o la imposición de sanciones.

La edad como causa de discriminación supone una de las más difíciles de delimitar al operar a dos niveles (edad máxima legal y edad mínima), tener dos vertientes (positiva y negativa) y porque abarca múltiples estereotipos y generalizaciones acerca de las habilidades y capacidades personales que no están necesariamente ligadas a la edad cronológica, sino más bien a la biológica²⁵, por lo que hay quien la denomina la “hermana pobre” de todas las causas de discriminación²⁶.

²² “cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”

²³ “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) 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; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

²⁴ “...cuando 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. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.”

²⁵ Requena Casanova, Millán. “La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: La expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013.

²⁶ Preciado Domenech, Carlos Hugo. “La discriminación por razón de edad”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.),

1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

El TJUE se ha pronunciado hasta en dieciséis ocasiones en relación a cuestiones relacionadas con el principio de no discriminación por razón de sexo, embarazo y paternidad, lactancia, conciliación, cuidado de hijo, antigüedad y edad. En relación a despido y maternidad se hace remisión al apartado correspondiente a despidos. Igualmente, en relación a la antigüedad se hace remisión al apartado de la contratación temporal.

Precisamente esos diferentes escenarios justifican la existencia de la múltiple normativa referida.

En relación con la maternidad y paternidad se han planteado y resuelto, hasta la fecha, cinco cuestiones prejudiciales de las que cabe extraer la siguiente doctrina:

- Que la Directiva 76/2007/CEE del Consejo, de 9 de febrero, es de aplicación tanto en el empleo privado como público, siendo discriminatorio todo trato desfavorable por haber disfrutado permiso de maternidad y por ende el posponer la toma de posesión de quien ha superado concurso oposición a la finalización de dicho permiso (Caso Carmen Saerkatzis, C-294/04).
- La aplicabilidad directa de la cláusula 2, apartado 6²⁷, de la Directiva 96/34/CEE, al ser suficientemente precisa, si bien la misma no impone a los Estados el cálculo de pensiones sobre base reguladora distinta a la realizada durante periodos de reducción de jornada, no suponiendo ello discriminación indirecta, a pesar de que sean las mujeres quienes optan de manera más frecuente por dicha reducción (Caso Evangelina Gómez Limón, C-537/07 y Caso Emilia Flores Fanega, C-452/08).
- Que no existiría justificación objetiva para la diferencia de trato por razón de sexo, por aplicación de la Directiva 76/2007/CEE, en normativa que niega permiso de lactancia a trabajador por el hecho de que la madre

Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 431-454.”

²⁷ “6. Los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales.”

no sea trabajadora por cuenta ajena (Caso Pedro Manuel Roca Álvarez, C-104/09).

- Que la Directiva 92/85, relativa a la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que prevé permiso por maternidad y correspondiente prestación sustitutoria, no impone su concesión al trabajador cuando la madre es profesional que opta por régimen de seguridad social no público (Caso Marc Betriu Montull, C-5/12).

En relación al riesgo durante la lactancia se resolvieron dos cuestiones de las que cabe resumir:

- Que la Directiva 92/85 obliga a una evaluación de los riesgos del puesto de trabajo que debe incluir la identificación de los peligros, la identificación de las trabajadoras embarazadas expuestas a los mismos, y la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos. E igualmente la Directiva 2006/54, art. 19, impone la inversión de la carga de la prueba cuando existan hechos que permitan presumir la existencia de riesgo. Por último, que, no desvirtuada la presunción, se produciría una discriminación al imponer un trato menos favorable a la trabajadora por razón de su condición de mujer de conformidad con la Directiva 2006/54 (Caso Elda Otero, C-531/15).
- Que la Directiva 92/85 es de aplicación a trabajadora en periodo de lactancia que trabaja a turnos y una parte en horario nocturno, presumiéndose discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 2006/54, dado el carácter variable de los turnos y la realización del trabajo en solitario (Caso González Castro, C-41/17).

En relación a la conciliación de la vida familiar por cuidado de hijos son dos las cuestiones prejudiciales planteadas, resaltándose:

- Que se ha de diferenciar el “permiso de maternidad”, regulado en la Directiva 92/85, del “permiso parental”, por tener finalidades distintas, protección de condición biológica de la mujer y las relaciones especiales entre mujer e hijo durante periodo posterior a embarazo y parto, y ocuparse del hijo los padres en el segundo caso. A partir de ello no sería de aplicación la Directiva 92/85, relativa al permiso por maternidad,

invocada por trabajadora para cambiar de régimen de turnos y jornada tras reincorporación después de permiso parental (Caso Estrella Rodríguez Sánchez. C-351/14).

- Que la normativa nacional que condicionaba la reducción de jornada para la adaptación de ésta a conciliación familiar, no vulneraría la Directiva 2010/18/UE, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, que imponía la reducción de jornada, cuando el régimen de trabajo habitual es de turnos con horario variable, o un horario fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo (Caso Ortiz Mesonero. C-366/18).

En relación a la discapacidad se han formulado cuatro cuestiones prejudiciales, relacionando la misma con el despido, por lo que se hace expresa remisión al apartado general de Despido.

En cuanto a la contratación temporal y discriminación respecto a la contratación indefinida, se han formulado seis cuestiones prejudiciales, haciéndose igualmente expresa remisión al apartado de la contratación temporal.

En relación a la antigüedad en el trabajo y el trabajo desigual a la hora de su reconocimiento, se han dictado tres resoluciones por el TJUE relacionadas con desigualdad de trato entre fijos y temporales, haciéndose igualmente remisión al apartado de la contratación temporal.

Sobre la edad como elemento discriminatorio se han dictado dos resoluciones, de las cabe destacar:

- Que el principio de igualdad de trato reconocido en el art. 13 TUE y 2.1 de la Directiva 2000/78, no se opone al establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en función de la edad, legal o convencionalmente, si ello está justificado objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y los medios empleados no resultan inadecuados o innecesarias (Caso Félix Palacios de la Villa, C-411/05).
- Que, no obstante la posibilidad de límite de edad en el acceso al empleo, ello requiere que esté “...justificado objetiva y razonablemente en virtud de un objetivo legítimo vinculado a las políticas de empleo, al mercado

de trabajo y a la formación profesional”, no cumpliendo tal requisito convocatoria a plaza de policía local que limita la edad de 30 años (Caso Vital Pérez, C-416/13).

2. TIEMPO DE TRABAJO

Órganos judiciales españoles se han dirigido al TJUE planteando cuestiones prejudiciales relacionadas con controversias referidas a aspectos del contenido del contrato de trabajo, analizándose en este apartado las relativas a vacaciones y tiempo de trabajo, y haciéndose expresa remisión a otros apartados en otras materias que igualmente constituyen el contenido de esta, pero se considera positivo su análisis desde otras perspectivas. El total de resoluciones dictadas en esas materias ha sido de ocho, cuatro relacionadas con vacaciones y otras cuatro relacionadas con la jornada de trabajo.

2.1. Jornada

Sobre la jornada o tiempo de trabajo los órganos judiciales españoles han formulado cuestiones prejudiciales en cuatro ocasiones, un caso la Audiencia Nacional, dos Tribunales Superiores de Justicia y uno un Juzgado de lo Social.

2.1.1. Delimitación Normativa

La normativa objeto de interpretación ha venido siendo también normativa general y normativa de desarrollo.

En cuanto a la normativa general se ha considerado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En cuanto a normas de desarrollo que se analizaron fueron:

- Directiva del Consejo 89/391/CEE, 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 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
- Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.
- 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, que vino a codificar las modificaciones que había sufrido “*de forma significativa*” la Directiva 93/104/CE del Consejo, en “...*aras a una mayor claridad*”.

2.1.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

El art. 1 de la Directiva del Consejo 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989 delimita su objeto en la “...*mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*”, e incluye principios generales relativos a prevención de riesgos profesionales y protección de la seguridad y salud, eliminación de factores de riesgo y accidente, información, consulta y participación representantes etc.

Su art. 2 refiere que se aplica a todos los sectores y actividades, tanto públicas o privadas, excepto actividades específicas de la función pública, como fuerzas armadas, policía o protección civil.

El art. 3 procede a definir términos. Así “*trabajador*”, “*empresario*”, “*representante de los trabajadores*”, “*prevención*”²⁸. Se ha de insistir en que las definiciones que se realizan en cada Directiva lo son en relación a la misma, no pudiéndose extender las definiciones cuando se invoca la aplicación de otra Directiva sobre materia distinta.

Los artículos posteriores proceden a establecer las obligaciones generales de las empresas, los servicios de protección y de prevención, la necesaria información a los trabajadores y sus representantes, la evaluación de riesgos y medidas de protección, la formación. Igualmente resalta las obligaciones de los trabajadores, en cuanto a la utilización de maquinaria y herramientas, equipos de protección, información de toda situación que entrañe peligro grave e inminente para la seguridad, etc.

El art. 1 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 (derogada por la

²⁸ a) *trabajador: cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar;*
 b) *empresario: 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;*
 c) *representante de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores: 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;*
 d) *prevención: el conjunto de disposiciones o de medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa, con el fin de evitar o de disminuir los riesgos profesionales.*

Directiva 2003/88/CE), refería que “...establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”, especificándose que se aplicará a:

- Los periodos de descanso diario, de descanso semanal y de vacaciones anuales, así como a las pausas y a la duración máxima de trabajo semanal.
- A determinados aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo.

Su art. 2 procede a definir conceptos. Así “tiempo de trabajo”, “periodo de descanso”, “periodo nocturno”, “trabajador nocturno”, “trabajo por turnos” y “trabajador por turnos”.²⁹

Los arts. 3 y siguientes establecen obligaciones a los Estados en relación a descanso diario, pausas, descanso semanal, duración máxima de trabajo semanal, duración del trabajo nocturno.

El art. 17 posibilita excepciones a tales medidas en relación a ciertos trabajadores, como ejecutivos, en régimen familiar, actividades litúrgicas y específicas para distintas actividades, tales como hospitales, puertos y aeropuertos, prensa y medios de comunicación, etc.

²⁹ 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;

3) período nocturno: todo período 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;

4) trabajador nocturno:

a) por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente;

b) por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período 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, o

ii) por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional;

5) trabajo por turnos: 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 período dado de días o semanas;

6) trabajador por turnos: todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos.

El art. 1 de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, refiere su objetivo que no es otro que “.... establecer prescripciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo para mejorar la protección de la seguridad y la salud de las personas que realicen actividades móviles de transporte por carretera, así como mejorar la seguridad vial y aproximar en mayor grado las condiciones de competencia”. Se ha de resaltar, como en otras ocasiones, que la Directiva abarca objetivos más amplios que los estrictamente laborales. Así la seguridad vial en general, precisamente como consecuencia de la gran movilidad en una Europa sin fronteras (Espacio Schengen), y evitar distorsiones en materia de libre competencia económica.

Dado ese doble objetivo, protección de la seguridad del trabajador, y seguridad vial, la misma se aplica tanto trabajadores por cuenta ajena como autónomos (art. 2).

Procede igualmente, art. 3³⁰, a dar definiciones de “*tiempo de trabajo*”, “*tiempo de disponibilidad*”, “*lugar de trabajo*”, “*trabajador móvil*”, “*conductor autónomo*”,

³⁰ A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) “*tiempo de trabajo*”:

1) en el caso de los trabajadores móviles: todo período comprendido entre el inicio y el final del trabajo, durante el cual el trabajador móvil está en su lugar de trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de sus funciones y actividades, esto es:

- el tiempo dedicado a todas las actividades de transporte por carretera. Estas actividades incluyen, en particular:

i) la conducción,

ii) la carga y la descarga,

iii) la asistencia a los pasajeros en la subida y bajada del vehículo,

iv) la limpieza y el mantenimiento técnico,

v) todas las demás tareas cuyo objeto sea garantizar la seguridad del vehículo, de la carga y de los pasajeros o cumplir las obligaciones legales o reglamentarias directamente vinculadas a una operación de transporte específica que se esté llevando a cabo, incluidos el control de la carga y descarga, los trámites administrativos de policía, aduanas, funcionarios de inmigración, etc.;

- los períodos durante los cuales el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en su lugar de trabajo, dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando determinadas tareas relacionadas con el servicio, en particular, los períodos de espera de carga y descarga, cuando no se conoce de antemano su duración previsible, es decir, o bien antes de la partida o antes del inicio efectivo del período de que se trate, o bien en las condiciones generales negociadas entre los interlocutores sociales o definidas por la legislación de los Estados miembros;

2) en el caso de los conductores autónomos: todo período comprendido entre el inicio y el final del trabajo durante el cual el conductor autónomo está en su lugar de trabajo, a disposición del cliente y ejerciendo sus funciones y actividades, a excepción de las labores generales de tipo administrativo que no están directamente vinculadas a una operación de transporte específica en marcha.

Quedan excluidos del tiempo de trabajo las pausas contempladas en el artículo 5, el tiempo de descanso contemplado en el artículo 6, así como, sin perjuicio de la legislación de los Estados miembros o de los acuerdos negociados entre los interlocutores sociales que establezcan que tales

“persona que realiza actividades móviles de transporte por carretera”, “semana”, “periodo nocturno”, “trabajo nocturno”.

Los arts. 4 y ss. establecen obligaciones para los Estados miembros, quienes han de adoptar medidas en relación a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, para que no se superen más de seis horas consecutivas, exista pausa de treinta minutos si se trabaja más de seis horas, y de cuarenta y cinco minutos si es más de 9 horas.

períodos sean compensados o limitados, el tiempo de disponibilidad contemplado en la letra b) del presente artículo.

b) "tiempo de disponibilidad":

- los períodos distintos de los períodos de pausa o de descanso durante los que el trabajador móvil no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos. En particular, se considera tiempo de disponibilidad los períodos durante los que el trabajador móvil acompaña un vehículo transportado en transbordador o en tren y los períodos de espera en las fronteras o los causados por las prohibiciones de circular.

El trabajador móvil deberá conocer de antemano estos períodos y su previsible duración, es decir, antes de la salida o justo antes del inicio efectivo del período de que se trate o bien en las condiciones generales negociadas entre los interlocutores sociales y/o definidas en la legislación de los Estados miembros;

- para los trabajadores móviles que conducen en equipo, el tiempo transcurrido durante la circulación del vehículo sentado junto al conductor o acostado en una litera;

c) "lugar de trabajo":

- el lugar donde está ubicado el establecimiento principal de la empresa para la que trabaja la persona que realiza actividades móviles de transporte por carretera, y sus diversos establecimientos secundarios, coincidan o no con su domicilio social o su establecimiento principal,

- el vehículo que utiliza la persona que realiza actividades móviles de transporte por carretera cuando realiza su trabajo, y - cualquier otro lugar donde se llevan a cabo las actividades relacionadas con la ejecución del transporte;

d) "trabajador móvil", cualquier trabajador que forme parte del personal que se desplace, incluidos las personas en prácticas y los aprendices, que estén al servicio de una empresa que efectúe, por cuenta ajena o propia, servicios de transporte de viajeros o de mercancías por carretera;

e) "conductor autónomo", toda persona cuya actividad profesional principal consista en efectuar servicios de transporte de viajeros o de mercancías por carretera a cambio de una remuneración en el sentido de la legislación comunitaria y al amparo de una licencia comunitaria o de cualquier otra habilitación profesional para llevar a cabo los servicios de transportes mencionados, que esté habilitada para trabajar por cuenta propia y que no esté relacionada con un empresario mediante un contrato de trabajo o mediante cualquier otro tipo de relación laboral jerárquica, que es libre para organizar las actividades laborales pertinentes, cuyos ingresos dependan directamente de los beneficios realizados y que disponga de la libertad necesaria para mantener relaciones comerciales con varios clientes, ya sea individualmente o en colaboración con otros conductores autónomos.

A los efectos de la presente Directiva, los conductores que no cumplan estos criterios estarán sometidos a los mismos derechos y obligaciones previstos por la presente Directiva para los trabajadores móviles;

f) "persona que realiza actividades móviles de transporte por carretera", todo trabajador móvil o conductor autónomo que realiza dichas actividades;

g) "semana", el período que comienza a las 00:00 horas del lunes y finaliza a las 24:00 horas del domingo;

h) "período nocturno", todo período de un mínimo de cuatro horas, tal como esté definido en la legislación nacional, entre las 00:00 horas y las 07:00 horas;

i) "trabajo nocturno", todo trabajo realizado durante el período nocturno.

Igualmente han de adoptar medidas en relación al trabajo nocturno, art. 7, y velar por que se dé información a los trabajadores y se dispongan de mecanismos de registro horario que se habrán de conservar durante dos años, facilitándolo a los trabajadores que lo soliciten.

2.1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

Como se refirió son cuatro las resoluciones dictadas por el TJUE en relación con el tiempo de trabajo, dando respuesta a sendas cuestiones prejudiciales formuladas por distintos órganos de la jurisdicción social, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores y Juzgado de lo Social.

Las dos primeras cuestiones se formularon por los TTSSJ de Valencia³¹, y Galicia³² y fueron dictadas en relación a profesionales sanitarios, clarificando cuestiones en un sector históricamente problemático a la hora de delimitar su jornada de trabajo.

La tercera cuestión se formuló por el Juzgado de lo Social 3 de Barcelona³³ y versó sobre el sector del transporte de mercancías, igualmente problemático en materia de jornada, si bien en ese caso la resolución fue de inadmisión por considerar que la normativa comunitaria alegada no sería de aplicación al supuesto de hecho, dejando sin analizar el fondo de la controversia. Por último, la cuestión planteada por la Audiencia Nacional,³⁴ que ha tenido un gran impacto mediático³⁵ y en los blogs jurídicos³⁶, sobre registro y control horario y que puede tener un efecto muy importante no solo en las condiciones de trabajo, al incidir en la remuneración exigible por el trabajador, sino también en relación al cumplimiento del principio de competencia entre las empresas en pie de igualdad, al coadyuvar a evitar ilegalidades en materia de remuneración y cotización a seguridad social, en definitiva costes económicos empresariales que se distorsionan en la denominada economía total o parcialmente sumergida.

De las mismas resulta la siguiente doctrina:

³¹ Asunto Sindicato Médico, C-303/98.

³² Asunto Servicio Galego de Saúde, C-241/99.

³³ Asunto Pérez Retamero, C-97/16.

³⁴ Asunto Deutsche Bank, C-55/18.

³⁵ <https://www.lavanguardia.com/economia/20190514/462240145406/tjue-registro-horario-horas->

³⁶ Beltrán de Heredia, “*El TJUE exige la obligatoriedad del registro de jornada (y confirma la oportunidad de la reforma del RD Ley 8/2019)*”, en Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <https://ignasibeltran.com/2019/05/15/el-tjue-exige-la-obligatoriedad-del-registro-de-jornada-y-confirma-la-oportunidad-de-la-reforma-del-rdley-8-2019/>.

- Que es de aplicación la Directiva 89/391/CEE del Consejo, con efecto directo ante la falta de transposición y la Directiva 93/104/CEE del Consejo, a la actividad desarrollada por los médicos de atención primaria (Caso Sindicato Médico, C-303/98).
- Que el tiempo de presencia física en el centro sanitario se considera de trabajo en su totalidad, siendo horas extras las que superen a las ordinarias (C-303/98).
- Que el tiempo de localización, sin presencia física, solo se considera de trabajo el de prestación efectiva de atención médica (C-303/98).
- Que los que prestan servicios cíclicos durante la noche no cabe considerarlos nocturnos por aplicación de la Directiva 93/104/CEE (C-303/98).
- El acuerdo entre interlocutores sociales en un convenio o acuerdo colectivo, no suple el necesario consentimiento a dar por el trabajador y previsto en la Directiva 93/104/CEE (C-303/98).
- Que lo anteriormente referido es de aplicación igualmente al personal de enfermería (caso Servicio Galego de Saude, C-241/99).
- Que el objeto de la Directiva 2002/15 es “...establecer prescripciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo para mejorar la protección de la seguridad y la salud de las personas” que realicen actividades móviles de transporte por carretera, y también y esencialmente “...mejorar la seguridad vial y aproximar en mayor grado las condiciones de competencia” (caso Pérez Retamero, C-97/16).
- Que si bien la competencia para formular la cuestión prejudicial es exclusiva del órgano judicial nacional y es obligación del TJUE dar contestación a la misma, tiene la excepción de cuando aquella no afecta realmente a la cuestión litigiosa (C-97/16).
- Que la normativa comunitaria se opone a normativa nacional que no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador (caso Deutsche Bank SAE, C-55/18).

2.2. Vacaciones

2.2.1. Delimitación Normativa

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en cuatro ocasiones, a raíz de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, y con perspectivas fácticas distintas que han permitido dar contestación a las interrogantes que planteaba tanto la legislación española como los pronunciamientos judiciales de los tribunales españoles.

Las principales normas europeas y por remisión internacionales, tenidas en cuenta por las Sentencia sobre vacaciones que se analizan, han sido las siguientes:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Su art. 31, apartado 2, dispone que: *“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 periodo de vacaciones anuales retribuidas”*. Es necesario recordar, como anteriormente se refirió, que el Tratado de Lisboa otorgó valor de tratado a dicha Carta (artículo 6).
- De otro lado todas las cuestiones que se analizan tienen como denominador común normativo 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 trabajo³⁷ que codificó *“...en aras de una mayor claridad”*, como refiere la propia exposición de motivos, la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
- La Comisión Europea en su comunicación interpretativa (C/2017/2601)³⁸ sobre la Directiva 2003/88/CE, se hizo eco de las sentencias dictadas hasta esa fecha que venían reconociendo el derecho a vacaciones como un principio de especial importancia del Derecho social comunitario y de la Unión y que consecuentemente su aplicación alcanza a todos los

³⁷ A fecha de la cuestión C-342/01 estaba en vigor la Directiva 93/104/CE, de 23 noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo cuyo artículo 7 era idéntico al actual.

³⁸ Boletín Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2017.

sectores de actividad, privados y públicos, conforme al artículo 1.3 de la Directiva.

- Por último, la propia Directiva en su considerando sexto remite a principios de la OIT señalando que “*Conviene tener en cuenta los principios de la Organización Internacional del Trabajo por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo, incluidos los que se refieren al trabajo nocturno.*”

2.2.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

En lo referente a los objetivos, el considerando quinto de la Directiva 2003/88 ya adelanta que dentro de sus objetivos se encuentra el garantizar que “*...Todos los trabajadores deben tener períodos de descanso adecuados. El concepto de descanso debe expresarse en unidades de tiempo, es decir, días, horas o fracciones de estos. Los trabajadores de la Comunidad deben poder disfrutar de períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, y de períodos de pausa adecuados. En este contexto, es conveniente establecer, asimismo, un límite máximo de duración de la semana de trabajo.*”

En cuanto a los medios para lograr los objetivos de la Directiva, el artículo 7 prescribe a los Estados miembros que garanticen:

- la periodicidad anual de las vacaciones,³⁹
- una duración mínima de cuatro semanas,
- la retribución de estas,
- y la prohibición de sustituir el descanso por una compensación financiera, excepto en supuesto de extinción de la relación laboral.⁴⁰

Dentro de las relaciones laborales el derecho a las vacaciones ha resultado una cuestión especialmente controvertida, dado su indiscutible componente económico, lo que motivó, una vez dictada la primera sentencia por el TJUE en esa materia, que se suscitara multitud de interrogantes que se tradujeron en una “avalancha” de cuestiones

³⁹ 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

⁴⁰ El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.

prejudiciales planteadas por órganos judiciales de diferentes países miembros de la unión.

Debido precisamente a su incidencia económica, llegó a analizarse por el TJUE en la primera sentencia que abordó la materia⁴¹, si las interpretaciones que se hicieran de la propia Directiva debían procurar un justo equilibrio entre el derecho al descanso y evitar trabas excesivas a las pequeñas y medianas empresas, (conforme al artículo 118 A, apartado 2-2⁴², del Tratado CE, que constituye la base jurídica de la Directiva), pues sería en éstas en donde el coste económico se dejaría notar en mayor medida. Sin embargo, ello se rechazó en la Sentencia dictada, remitiéndose al considerando quinto de la propia Directiva⁴³.

El 3 de septiembre de 2001, se presentó la primera cuestión referente a las vacaciones (Caso Merino Gómez, C-342/01) y en conexión con el permiso de maternidad, relacionándose la Directiva 2003/88/CE con las:

- 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 (arts. 5, apartado 1),
- y 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 periodo de lactancia (art. 11, apartado 2, letra a).

Los efectos de la futura sentencia y la incidencia que podría tener en las normativas internas del resto de miembros comunitarios explican el interés que suscitó la misma y que motivó la propia personación en el procedimiento de otros gobiernos, como fue el italiano.

⁴¹ Planteada mediante resolución de 14 de abril de 1999 por la High Court of Justice (England&Wales), Queen's Bench Division (Crown Office),

⁴² *“Para contribuir a la consecución del objetivo previsto en el apartado 1, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 C, previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante Directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales Directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.”*

⁴³ Asunto Bectu, C-173/99: *“...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”*

2.2.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

Como se refirió han sido cuatro ocasiones en las que se ha pronunciado el TJUE sobre dudas relativas al disfrute de vacaciones, pudiéndose resaltar los siguientes aspectos de éstas.

En la primera⁴⁴ ya se resaltaba que el derecho a vacaciones anuales retribuidas constituye un principio del derecho social comunitario de especial importancia “...*del cual no puede establecerse excepciones*” y que su aplicación por parte de los Estados nacionales solo puede efectuarse respetando los límites establecidos en la Directiva. Ello ha sido constante en todas las sentencias posteriores que han examinado el artículo 7 de la Directiva.⁴⁵

Se ha resaltado el elemento finalista de las vacaciones anuales y retribuidas como parte de una protección eficaz de la seguridad y salud del trabajador, al contrario de lo interpretado, en una primera fase, por el Tribunal Supremo quien hasta el año 2009 venía sosteniendo que la obligación legal del empresario respecto a las vacaciones era una obligación de medio y no de resultado, que se limitaba a fijar, mediante acuerdo colectivo o individual, unas fechas de libranza anuales⁴⁶, doctrina que fue modificada a la luz de los pronunciamientos del TJUE, hasta declarar que la finalidad era doble, la protección de la salud y la posibilidad de conciliación de la vida personal en toda su amplitud. Así se ha resaltado que la finalidad era la de permitir el descanso en la ejecución de tareas (TJUE C-214/10, apartado 31) y posibilitar que disponga el trabajador de un periodo de ocio y esparcimiento (TJUE 20-1-19 C-350/06 apartado 25), lo que era distinto a las finalidades de otros periodos como el de maternidad, que pretende 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 hijo⁴⁷ o la incapacidad temporal que es posibilitar la recuperación de una enfermedad⁴⁸. En conexión con lo anterior se recuerda por el TJUE la idea relativa a que un permiso

⁴⁴ C-173/99 apartado 43.

⁴⁵ Asunto Merino Gómez, C-342/01 apartado 29. Asunto Vicente Pereda, C-277/08 apartado 18. Asunto Fetico, C-78/11 apartado 16. Asunto Maestre García, C-194/12 apartado 16.

⁴⁶ STS de 3 de octubre de 2007, RCU 5068/2005.

⁴⁷ C-342/01 apartado 32.

⁴⁸ C-277/08 apartado 21.

garantizado por el Derecho Comunitario no puede menoscabar otro permiso también garantizado⁴⁹.

Por último, se ha de resaltar que, en el supuesto de coincidencia del periodo vacacional con el periodo de maternidad, embarazo y permisos relacionados con la maternidad, paternidad o adopción, se produce una directa conexión funcional con:

- 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 (arts. 5, apartado 1.)
- y 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 periodo de lactancia (art. 11, apartado 2, letra a).

La doctrina que emana de los pronunciamientos del TJUE en relación a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles cabe concretarla en los siguientes términos:

- El derecho a vacaciones anuales retribuidas constituye un principio de derecho comunitario de especial importancia, que no admite excepciones salvo los límites establecidos en la propia Directiva (Caso Merino Gómez, C-342/01, Caso Vicente Pereda, C-277/08, caso Fetico, C-78/2011, caso Maestre García, C-194/12).
- Como principio de especial importancia su aplicación alcanza a todos los sectores de actividad, públicos y privados (C-342/01)
- Son distintas las finalidades de las vacaciones y permiso maternidad. Las primeras descansar como protección eficaz de la seguridad y salud del trabajador/a. El segundo, protección de la condición biológica de la mujer y particulares relaciones con hijo (C-342/01).
- Se ha de tender a igualdad material y no formal, por lo que el embarazo y la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable respecto a las vacaciones (C-342/01).

⁴⁹ C-519/03 apartado 33, C-342/01 apartado 41.

- Se ha de posibilitar, a tenor de la Directiva 93/104, el disfrute de las vacaciones en periodo distinto del permiso de maternidad (C-342/01).
- Las vacaciones no se pueden perder por coincidir incapacidad temporal con el previo periodo fijado entre empresa y representantes de los trabajadores (Caso Vicente Pereda, C-277/08, C-194/12).
- La coincidencia con incapacidad temporal puede justificar su disfrute fuera del periodo anual(C-277/08).
- Son distintas las finalidades de periodo de Incapacidad temporal y vacaciones. La primera recuperar la salud, la segunda disponer de ocio y esparcimiento (C-277/08, C-78/11.)
- El pleno disfrute de las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso de estas. (C-78/11).
- La incapacidad temporal no puede incidir negativamente en el disfrute de las vacaciones, tanto si se inicia antes del periodo previamente señalado como si es una vez iniciado (C-78/11).
- El periodo mínimo de vacaciones retribuidas no puede ser sustituido por compensación económica excepto conclusión de la relación laboral (C-78/11).

2.3. Permisos

Sobre permisos o ausencias al trabajo se han dictado resoluciones referidas a maternidad, paternidad y adopción, así como a personal sanitario, haciéndose expresa remisión a los apartados ya analizados.

3. MODALIDADES CONTRACTUALES

Las distintas modalidades contractuales han sido analizadas por el TJUE con ocasión de controversias relacionadas con contratación a tiempo parcial, contratación temporal y periodo de prueba.

El total de resoluciones dictadas ha sido ciertamente importante, hasta dieciocho, si bien en tres de ellas lo fueron en materia de seguridad social que no es objeto del presente trabajo.

3.1. Tiempo parcial

Analizando la contratación parcial se han dictado cuatro resoluciones por el TJUE.⁵⁰

3.1.1. Delimitación normativa

La normativa analizada ha venido dada esencialmente por las siguientes Directivas:

- 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, que constituye el epicentro normativo de las 4 cuestiones prejudiciales planteadas.
- 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.
- 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 casos de empleo y ocupación (refundición).

3.1.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

La Directiva 97/81/CE surgió de la misma forma que, unos años después y en relación con la contratación temporal, lo haría la Directiva 99/70, con la idea de poner en valor normativo de Directiva el acuerdo alcanzado por los agentes sociales comunitarios.

La firma de este acuerdo marco necesitó de un largo camino que se inició con ocasión de la institucionalización de la negociación colectiva de las organizaciones interprofesionales en el protocolo social del Tratado de Maastricht, año 1993.

Los objetivos de la Directiva y del acuerdo marco han sido también declarados por el propio TJUE⁵¹, en los siguientes términos:

- por una parte, promover el trabajo a tiempo parcial,

⁵⁰ Asunto Elbal Moreno, C-385/11. Asunto Cachaldora Fernández, C-527/13. Asunto Espadas Recio, C-98/15. Asunto OH y ER, C-439/18 y C-472/18.

⁵¹ Sentencia de 10 de junio de 2010, Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, apartado 24.

- y por otra suprimir las discriminaciones de los trabajadores a tiempo parcial con respecto a los trabajadores a tiempo completo⁵².

Esta doble finalidad se deduce de la cláusula 1ª del Acuerdo marco y del undécimo considerando de la Directiva, según el cual las partes firmantes del Acuerdo marco “...expresaron su voluntad de establecer un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con los trabajadores a tiempo parcial y contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores”.

Lo resume acertadamente la profesora M.ª Begoña García Gil afirmando que el impacto de la Directiva se refleja de forma destacable implantándose en las garantías relativas a materias de igualdad y no discriminación, protección social y voluntariedad de los trabajadores en la elección de esta forma contractual sin olvidar los beneficios que aporta a las relaciones laborales⁵³.

La cláusula 4 del acuerdo marco y con la rúbrica “*principio de no discriminación*” dispone que “...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.”

Se incluye dentro de las “*condiciones de empleo*”, la remuneración, concepto que a su vez incluye las pensiones, a excepción de las que están incluidas en el régimen de Seguridad Social. Aunque pueda resultar confuso en una primera lectura, es clarificador recordar que el Acuerdo marco fue firmado por organizaciones interprofesionales, no pretendiendo ni pudiendo imponer obligaciones a los organismos nacionales de seguridad social que no fueron parte⁵⁴. Por ello, a modo de ejemplo, ante una cotización que se considere discriminatoria se podrá alegar la Directiva frente al empleador, pero no directamente solicitar a los organismos competentes de seguridad social la pensión que correspondería si no se hubiese producido la discriminación.

⁵² C-439/18 y C-472/18 apartado 27.

⁵³ García Gil, Begoña. El Acuerdo Marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial. Derecho del trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro / coord. por María Areta Martínez; Miguel Cardenal Carro (dir.), Ana Isabel Pérez Campos (dir.), 2019, Editorial Dykinson, S.L.; págs. 137-144.

⁵⁴ C-537/07 apartados 48 a 50, C-395/08 y C-396/08 apartados 44 a 45.

La cláusula 4.2 establece expresamente el principio de “*prorrata temporis*” que también ha sido objeto de interpretación, destacándose que no es aplicable a la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a un componente de la retribución, en la medida en que ésta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador.

La cláusula 3.2 define el concepto de “*trabajador a tiempo completo comparable*”, como “...*el 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*”.

De otro lado y dado que la mentada Directiva pretende evitar situaciones desiguales entre contratados parciales y completos, siendo los primeros, en mayor porcentaje cubiertos por mujeres, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de 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 el artículo 14 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 casos de empleo y ocupación (refundición).

3.1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

Son 4 las cuestiones prejudiciales que componen el bloque de resoluciones dictadas por el TJUE a raíz de planteamientos realizados por órganos judiciales españoles, que se reparten equitativamente el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona⁵⁵ y la Sala de lo Social del TSJ de Galicia⁵⁶.

De las resoluciones referidas cabe resaltar los siguientes criterios interpretativos:

- La Directiva 97/81/CE abarca a todo empleador, privado y público.
- Despliega efecto directo frente al empleador público, no frente al empleador privado donde hay que acudir a la regla de “*interpretación conforme*”.

⁵⁵ Asunto Espadas Recio, C-98/15 y asunto Elbal Moreno, C-385/11.

⁵⁶ Asunto Cachaldora Fernández, C-527/13 y asunto OH y ER, C-439/18 y C-472/18.

- En las “*condiciones de empleo*” se incluye retribuciones y pensiones que dependan de la relación laboral.
- Se permite diferencia de trato siempre que existan “*razones objetivas*”, no bastando que venga así dispuesto por la norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo⁵⁷, debiendo existir elementos precisos, concretos, determinados con criterios objetivos, transparentes y que respondan a una necesidad, incumbiendo también al órgano nacional determinar si se dan esos elementos en el caso concreto.⁵⁸
- Se permite la aplicación del principio “*prorrata temporis*” cuando resulte “*adecuado*”.
- No se permite justificar la diferencia de trato en la naturaleza parcial.
- La comprobación de estar ante “*situaciones comparables*” es del órgano remitente.
- La remuneración de los trabajadores a tiempo completo y parcial debe ser equivalente, sin perjuicio de la aplicación del principio de prorrata temporis enunciado en la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco⁵⁹, o que existan razones objetivas que justifiquen el trato diferente.

Tres de las cuatro cuestiones planteadas tienen como núcleo de la controversia el cálculo de la prestación de la seguridad social efectuado a trabajadoras que habían cotizado en régimen de contratación parcial. Se fundamentaba la pretensión en la inexistencia de “*razones objetivas*” que permitan la diferencia de trato en el cálculo. Por otro lado, al ser mayoritariamente mujeres las contratadas a régimen parcial, se alegaba, para el supuesto de que la norma nacional no se opusiera a la Directiva 97/81/CE, la vulneración del principio de igualdad previsto en el artículo 4 de 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. Es decir, aun suponiendo que la norma nacional no se opusiera a la Directiva 97/81/CE, por existir razones objetivas que justificaran la diferenciación de trato entre contratados

⁵⁷ C-439/18 y C-472/18 apartado 46.

⁵⁸ C-273/10 apartado 44.

⁵⁹ C-395/08 y C-396/08 apartado 64.

parciales y completos, se preguntaba si podría la normativa vulnerar el art. 4 de 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, al afectar en su inmensa mayoría a mujeres.

Resulta llamativo que en los citados casos se trate de prestaciones contributivas por desempleo y pensiones de jubilación contributivas cuando el TJUE⁶⁰ ya había aclarado que pueden incluirse en el concepto de “condiciones de empleo”, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, “...*las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de seguridad social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social*”.

Solo es en la cuarta de las cuestiones donde la controversia encuentra refugio en el ámbito de aplicación de la Directiva 97/81/CE, pudiendo el TJUE entrar a valorar la existencia o no de razones objetivas. Así recuerda que “...*el concepto de «razones objetivas», que figura en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, 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 (véanse, en este sentido, la sentencia de 1 de marzo de 2012, O’Brien, C-393/10, EU:C:2012:110, apartado 64, y, por analogía, la sentencia de 9 de julio de 2015, Regojo Dans, C-177/14, EU:C:2015:450, apartado 54).*” La inexistencia de razón objetiva habría bastado para resolver el pleito, pero se alegó además que la norma en cuestión afectaba en su mayoría a mujeres y por tanto estaríamos ante discriminación indirecta prohibida en el artículo 14 de la Directiva 2006/54, declarando el tribunal que existía “*una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres*”, a tenor de la jurisprudencia del TJUE.

3.2. Contratación temporal

En relación a la contratación temporal se han formulado hasta catorce resoluciones, de las cuales específicamente referidas a Administraciones Publicas han sido siete, destacándose una controversia, la De Diego Porras, que dio lugar a dos cuestiones prejudiciales durante el proceso, la primera planteada por TSJ y la segunda

⁶⁰ Sentencia de 10 de junio de 2010, Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08.

por el T.S., y que entre una y otra se suscitó gran litigiosidad en nuestro país, formulándose, por análogo motivo, diversas cuestiones prejudiciales.

3.2.1. Delimitación normativa

La normativa considerada fue:

- 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, que es la base del planteamiento de las 14 cuestiones suscitadas al tener como protagonistas trabajadores con contrato de duración determinada, principalmente en la administración pública.
- El Acuerdo Marco sobre el contrato de duración determinada se alcanzó entre la CES, la UNICE y el CEEP y supuso un éxito en lo que se denominó la “*dimensión convencional del Derecho social comunitario*”⁶¹ y cuya eficacia se garantizó a través del mecanismo de encumbrar el resultado de las negociaciones a rango de Directiva.⁶²

En la propia norma, encontramos los “*considerandos*” habituales y el Acuerdo marco con “*el preámbulo*” que justifica la necesidad de alcanzar dicho acuerdo. Así el párrafo segundo dispone que “*Las partes de este Acuerdo reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores.*”

Según el párrafo tercero de la Directiva, el Acuerdo marco “*establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada,*

⁶¹ Casas Baamonde, María Emilia. El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1999, págs. 68-77.

⁶² Gallardo Moya, Rosario. “Los acuerdos colectivos comunitarios fuertes”, en *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Antonio Pedro Baylos Grau (coord.), Bomarzo, 2003, págs. 63-93.

protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores.”

3.2.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

Dos años antes, 1997, los agentes sociales habían firmado un acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial con la finalidad de conseguir “...un mayor equilibrio entre flexibilidad del tiempo de trabajo y seguridad para los trabajadores”. En 1999 volvieron a suscribir nuevo acuerdo sobre contratos de duración determinada, reconociéndose, en el propio preámbulo, que los contratos de duración determinada responden, “...en ciertas circunstancias”, a necesidades de la empresa, pero considerando que el contrato indefinido es la forma “más común” y que mejor contribuye a la calidad de vida, siendo el contrato indefinido a tiempo completo la “estrella polar” de los ordenamientos laborales⁶³.

Ambos textos se mueven en términos de “calculada ambigüedad”⁶⁴, pudiéndose distinguir dos objetivos diferenciados:

- El de la propia Directiva que no es otro que el señalado en el artículo 1 de la misma “*aplicar el Acuerdo marco [...], que figura en el anexo, celebrado [...] entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)*” y
- El del propio Acuerdo marco, que en su cláusula 1 refiere que tiene por objeto, de un lado, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, y, de otro, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

El considerando 14 refiere que la voluntad de los firmantes era establecer los “... principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de

⁶³ Romagnoli, Umberto. “El derecho, el trabajo y la historia”, *Consejo Económico y Social de España*, 1997.

⁶⁴ Pérez Rey, Joaquín. “La contratación de duración determinada”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 685-733.

duración determinada y las relaciones laborales de este tipo...”, y su deseo sería “...mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad de establecer un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo”, y para ello “...establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores.”

Para alcanzar el anterior objetivo, el artículo 2 establece que los Estados miembros *“...pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias...”*

En el Acuerdo marco encontramos ocho breves cláusulas que han dado lugar a multitud de doctrina científica y de planteamientos de cuestiones prejudiciales europeas:

- objetivos (cláusula primera),⁶⁵
- ámbito de aplicación (cláusula segunda),⁶⁶
- definiciones (cláusula tercera),⁶⁷

⁶⁵ *El objeto del presente Acuerdo marco es:*

- a) *mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;*
- b) *establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.*

⁶⁶ *1. El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.*

2. Los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:

- a) *las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;*
- b) *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.*

⁶⁷ *1. "trabajador con contrato de duración determinada": 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 obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;*

2. "trabajador con contrato de duración indefinida comparable": un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, 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.

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no

- principio de no discriminación (cláusula cuarta),⁶⁸
- medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula quinta),⁶⁹
- información y oportunidades de empleo (cláusula sexta),⁷⁰
- información y consulta (cláusula séptima)⁷¹
- y una última denominada disposiciones para la puesta en práctica (cláusula octava).

existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

⁶⁸ Principio de no discriminación (cláusula 4)

1. 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.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis

3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

⁶⁹ *1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:*

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

⁷⁰ *1. Los empresarios informarán a los trabajadores con contrato de duración determinada de los puestos vacantes en la empresa o el centro de trabajo, para garantizarles que tengan las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo.*

2. En la medida de lo posible, los empresarios deberán 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 profesional.

⁷¹ *1. Los trabajadores con contrato de duración determinada serán tenidos 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.*

2. Las disposiciones de aplicación de la presente cláusula serán definidas por los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según las legislaciones, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula 4.1.

3. En la medida de lo posible, los empresarios deberán procurar facilitar la información adecuada a los órganos de representación de los trabajadores existentes sobre el trabajo de duración determinada en la empresa.

3.2.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

Las dos Directivas sobre contratación temporal y parcial fueron publicadas cuando ya por aquellas fechas el TJUE se había pronunciado extensamente sobre el principio general de igualdad y no discriminación al que están vinculados los Estados miembros cuando aplican normativa comunitaria.

A pesar de ello se incluyeron expresamente, en aras de tener mayor impacto, el principio de no discriminación (cláusula 4), prohibiendo el trato diferente entre trabajadores de duración determinada y los fijos comparables y entre los trabajadores a tiempo parcial y los a tiempo completo comparables, a excepción, como venía señalando las SSTJUE, de que existan “razones objetivas” que justifiquen ese trato dispar en situaciones comparables. Consecuentemente una de las finalidades claras de la Directiva se concretaba en impedir que fuese utilizada una relación laboral de duración determinada para privar a estos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida.⁷²

El contenido de las Directivas es muy parecido, a excepción, obviamente, de a qué contratos van dirigidos, contratos tiempo parcial y duración determinada.

El único concepto diferente que encontramos es el cambio de la denominación de “condiciones de empleo” en la Directiva 97/81/CE, por “condiciones de trabajo” en la Directiva 1999/70/CE.

El apartado 1 de la cláusula 3ª de ambas Directivas (y su Acuerdo marco) se refiere de manera general a los trabajadores con contrato a tiempo parcial y de duración determinada, englobando a todos los trabajadores, sin diferenciar el carácter público o privado del empleador⁷³.

El principio de igualdad de trato y de no discriminación establecido en la cláusula 4, punto 1, de ambos acuerdos⁷⁴, forma parte, además, de los principios generales del Derecho de la Unión y tienen incidencia en las disposiciones previstas por las Directivas, reconociéndosele un alcance general al constituir normas de Derecho

⁷² Asunto Del Cerro Alonso, apartado 37. Asunto Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, apartado 48. Asunto Montoya Medina, apartado 30.

⁷³ Sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 56) y asunto C-444/09 y C-456/09 apartado 40.

⁷⁴ C-439/18 y 472/18 apartado 29. C-385 y C-396/08 apartado 24.

social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador y tratarse de disposiciones protectoras mínimas⁷⁵.

A pesar de lo anterior el efecto directo de la Directiva y el Acuerdo marco, no tratándose de reglamento, queda circunscrito a las controversias donde el empleador sea administración pública, incluyendo en general a las entidades de derecho público. Sin embargo cuando se trate de empleador privado, únicamente podrá aplicarse a través del principio de interpretación conforme, debiendo el Juez nacional hacer todo lo posible para que el resultado que se obtenga se ajuste a la finalidad de la Directiva, siempre que a la hora de aplicar e interpretar el derecho interno no se alcance una conclusión *contra legem* del derecho nacional y ello además por imperativo del art. 4 bis de la LOPJ que dispone, como es sabido, 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*”.

El efecto directo de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco ha sido reconocido en diferentes sentencias, al ser su contenido lo suficientemente preciso para que pueda ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez⁷⁶, terminando con las dudas existentes en los casos acumulados C-444/09 y C-456/09, al afirmar que el acuerdo marco está dotado de efecto directo⁷⁷.

La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre duración determinada, bajo la rúbrica, “*principio de no discriminación*”, señala en su apartado primero el importantísimo concepto de “*condiciones de trabajo*” que ha sido ampliamente estudiado por el TJUE, dada la indeterminación que mantiene el acuerdo marco por lo que la noción debe ser interpretada a la luz de la jurisprudencia del TJUE (remuneración, antigüedad, acceso a servicios, a planes y fondos de pensiones, suspensión del contrato, representación y derechos colectivos...) ⁷⁸.

En el asunto Impact (C-268/06) declaró que están comprendidas en el concepto de condiciones de trabajo “*...las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de seguridad*”

⁷⁵ C-444/09 y C-456/09 apartado 41.

⁷⁶ Sentencias Impact, antes citada, apartado 60.

⁷⁷ C-444/09 y C-456/09 apartados 97 y 99.

⁷⁸ Moreno Vida, María Nieves. “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015, págs. 195-242.

*social que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social*⁷⁹. y ello igualmente en consonancia con el párrafo quinto del preámbulo del Acuerdo marco, conforme al cual las partes “...reconociendo que los casos relativos a los regímenes legales de seguridad social (serían) competencia de los Estados miembros” apelaron a éstos para que concretaran su Declaración sobre el empleo del Consejo Europeo de Dublín de 1996, que puso de relieve, entre otras cosas, la necesidad de adaptar los sistemas de seguridad social a los nuevos modelos de trabajo para facilitar una protección social adecuada a las personas que efectúan esos nuevos tipos de trabajo.⁸⁰ En consecuencia, la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es aplicable a las pensiones que dependen de una relación laboral entre el trabajador y el empresario, con exclusión de las pensiones derivadas de regímenes legales de seguridad social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social. (Apartado 76 de la citada STJUE, asunto Impact).

En resumen, las condiciones de trabajo referidas en la cláusula 4 del Acuerdo marco es interpretada por el TJUE en el sentido que incluyen exclusivamente las condiciones relativas a la retribución y a las pensiones que dependen de la relación de trabajo, no así a las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social.⁸¹

En relación al concepto de “...trabajador con contrato de duración indefinida comparable” recogida en la cláusula 3, como “...trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, 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”, el TJUE viene señalando que para apreciar si determinados trabajadores ejercen un trabajo idéntico o similar, debe tenerse en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales⁸². En cuanto a situaciones comparables insiste que incumbe al tribunal nacional⁸³, aunque en alguna de las cuestiones ha llegado a afirmar en la propia

⁷⁹ Acumulados C-395/08 y C-396/08.

⁸⁰ C-444/09 y C-456/09 apartado 71.

⁸¹ C-268/06 apartado 134.

⁸² C-439/18 y 472/18 apartado 34, C-177/10 apartado 66, C-273/10 apartado 37, y C-556/11 apartado 43.

⁸³ C-273/10 apartado 39.

sentencia que estamos, sin ninguna duda, ante situaciones comparables en función de lo informado en el auto de planteamiento por el tribunal remitente⁸⁴.

En el apartado cuarto expresamente refiere que los criterios de antigüedad serán los mismos para los trabajadores temporales que los indefinidos a excepción de que vengan justificados por razones objetivas. Ello ha dado lugar a que se tengan que analizar dos cuestiones distintas, una inicial sobre si nos encontramos ante “*situaciones comparables*” y por tanto podría ser de aplicación la cláusula 4 y otra determinante acerca de si existen “*razones objetivas para el trato diferente*”.

Se recuerda por el TJUE⁸⁵ que el criterio que justifique la diferencia de trato en cuanto a las condiciones de trabajo de aquellos contratados temporales y fijos no puede basarse en la mera naturaleza temporal del contrato puesto que ello:

- privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco;
- y equivaldría a “*...perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada*”.

Con dichas premisas, la inicial de considerar si estamos ante situaciones comparables, y posteriormente analizar si existen razones objetivas, parece que poco recorrido puede darse a cuestiones prejudiciales en esta materia, al ser ambas nociones competencia del órgano remitente nacional y ello derivado de que el Acuerdo marco aprobado por la Directiva establece unos principios generales y requisitos mínimos relativos al trabajo temporal, obligando a los Estados en cuanto al resultado pero no sobre la elección de la forma y medios.

Sin duda la cláusula 5 del Acuerdo marco es la más “*conflictiva*”, al referir que los Estados miembros tienen la obligación de establecer mecanismos que prevengan el abuso de la contratación temporal.

Por tanto, hasta aquí varias cuestiones importantes que podemos destacar y resumir de forma sucinta:

- La Directiva abarca a todo empleador, privado como público.

⁸⁴ C-439/18 y 472/18 apartado 35.

⁸⁵ C-556/11 apartado 50, C-38/13 apartado 38.

- Despliega efecto directo frente al empleador público, no frente al empleador privado donde hay que acudir a la regla de “interpretación conforme”.
- En las “condiciones de trabajo” se incluye retribuciones y pensiones que dependan de la relación laboral.
- Se permite diferencia de trato siempre que existan “razones objetivas”.
- No se permite justificar la diferencia de trato en la naturaleza temporal.
- La comprobación de estar ante “situaciones comparables” es del órgano remitente.
- La Directiva establece una obligación de resultado, prohibición de “la contratación temporal abusiva”, pero la elección de los medios es de los Estados miembros.

Las 14 sentencias analizadas en este bloque, ponen de manifiesto el alto índice de temporalidad existente en nuestro país y la disparidad de interpretaciones que los órganos judiciales nacionales vienen realizando de la norma comunitaria, lo que justificaría unos nuevos acuerdos por parte de los agentes sociales comunitarios que aborden el problema actual dando respuesta en el texto a cuestiones que permanentemente son foco de controversias y principalmente o en especial a la cláusula 5 sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva del contrato de duración determinada y recogiendo la propia doctrina del TJUE que ha sido profusamente referenciada por nuestros órganos judiciales. Y es que los acuerdos fueron suscritos hace más de 20 años, 1997 y 1999, con una realidad absolutamente diferente a la actual.⁸⁶

4. VICISITUDES EMPRESARIALES

Igualmente son múltiples, hasta diecisiete, las cuestiones suscitadas por órganos judiciales españoles interpelando al TJUE sobre variadas vicisitudes empresariales, tales como insolvencia, traspaso de empresas, modificación sustancial de condiciones de trabajo, despidos.

⁸⁶ Así la gran crisis económica de 2008, la revolución tecnológica y las que se derivaran de la pandemia mundial que seguimos sufriendo.

En este apartado se hace referencia a las tres primeras, insolvencia y traspaso y a modificación sustancial de condiciones de trabajo, remitiendo en cuanto al despido a otros apartados.

4.1. Insolvencia

En relación a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial, se han planteado hasta ocho cuestiones prejudiciales con ocasión de previas denegaciones por el Fogasa de la prestación de garantía solicitado por los respectivos trabajadores.

4.1.1. Delimitación normativa

Se reitera que toda aproximación a las distintas instituciones, en este caso el FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), ha de partir de que la razón de su existencia y la regulación trasciende el espacio nacional, debiéndose estar fundamentalmente al ordenamiento comunitario. De ahí que la propia rúbrica de esta parte de la investigación no aluda al organismo autónomo en cuestión, sino al modo en que el Derecho de la UE se aproxima a un problema (imposibilidad de que la empresa cumpla con sus obligaciones patrimoniales respecto de su plantilla) y a su solución (la elección de entes que asuman, en determinadas condiciones, la obligación desatendida por el empleador).

Desde tal perspectiva debemos prestar especialísima atención, como en todos los temas analizados, a un concreto instrumento normativo, la Directiva que viene imponiendo unas obligaciones mínimas tendentes a armonizar de ese modo las regulaciones nacionales. El paso del tiempo y la evolución de los problemas explican la siguiente secuencia:

- Se aprueba la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.
- La Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, procede a modificar la anterior.

En cuanto a los motivos de la modificación, el apartado 3 del preámbulo señala que “...*la evolución del Derecho en materia de insolvencia en los Estados miembros, así como el desarrollo del mercado interior exigen una adaptación de determinadas*

disposiciones de dicha Directiva.” El 4 refiere que “...la seguridad y la transparencia jurídica requieren, por otra parte, precisiones por lo que se refiere al ámbito de aplicación y a determinadas definiciones de la Directiva 80/987/CEE. Entre otras cosas, es necesario precisar en el articulado de la Directiva las posibilidades de exclusión concedidas a los Estados miembros, y suprimir en consecuencia el anexo de la misma”. Igualmente se señala la necesidad de concretar la definición del “estado de insolvencia”, y los procedimientos de insolvencia distintos a la liquidación. Así mismo refiere que se procede a garantizar la seguridad jurídica de los trabajadores asalariados que ejerzan sus actividades en varios Estados y concretando la institución competente.

- La Directiva 2008/94/CE 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 cuyo considerando primero señala que “*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 (3), ha sido modificada en diversas ocasiones (4) y de forma sustancial. Conviene, en aras de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la codificación de dicha Directiva*”.

En conexión con las Directivas el marco normativo se completa, como en otras ocasiones, con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/ C 364/01), al resultar de aplicación los derechos de igualdad y no discriminación y el derecho fundamental al proceso judicial, en la interpretación comunitaria, siempre que la controversia gire sobre materia regulada por las mentadas Directivas.

4.1.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

La exposición de motivos de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo resalta la necesidad de normas cuya finalidad sea “...*la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, especialmente para garantizar el pago de sus créditos impagados*”. Se recurre a la fórmula de la Directiva ante la evidencia de la heterogeneidad de situaciones nacionales y la constatación de los inconvenientes de ello. Así declara que las diferencias entre los Estados miembros en lo relativo al nivel de protección en tales situaciones deben reducirse ya que “...*pueden tener una incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común*”.

Así pues, observamos, como sucede en otras muchas Directivas, una doble finalidad y perspectiva.

- De un lado, la perspectiva de los trabajadores, siendo conscientes de las consecuencias sociales negativas que puede tener la frustración por no recibir el pago del trabajo realizado, lo que podría ser un foco latente de conflictividad social. El objeto, por tanto, de la Directiva sería garantizar a los trabajadores un mínimo de protección en caso de insolvencia del empresario, obligando a los estados a crear una institución que lo garantice.
- De otro, el propio funcionamiento del mercado, al cuestionar los principios esenciales del mercado común (hoy unión europea), como la competencia en pie de igualdad.

A partir de ello se pone de relieve su ámbito objetivo, es decir, el tipo de deuda empresarial cuya satisfacción debiera asegurarse: “...*los créditos a favor de los trabajadores asalariados, derivados de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en situación de insolvencia*” (art. 1.1.).

Sin embargo, siendo la protección frente al impago de remuneraciones adeudadas a quien trabaja el objetivo básico de la Directiva, aparece íntimamente relacionado un segundo tema relativo a Seguridad Social, a fin de “...*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*”.

Sobre el concepto de insolvencia (magnitud que puede interpretarse de modo muy diverso en cada Estado), la regulación comunitaria señala que es tanto cuando se apertura un procedimiento de reembolso colectivo a los acreedores (concurso en la legislación española), como cuando se haya constatado el cierre definitivo de la empresa o la insuficiencia del activo disponible.

Respecto de los otros componentes conceptuales de la ecuación (“la definición de los términos” «trabajador asalariado», «empresario», «retribución», «derecho

adquirido» y «derecho en curso de adquisición») aparece una remisión a la legislación nacional que, puede adelantarse, no por ello va a impedir que surjan múltiples dudas de orden práctico.

En el plano organizativo, la Directiva delimita las instituciones de garantía (en España, el Fondo de Garantía Salarial), resaltando su carácter de patrimonio, la contribución a la financiación por los empresarios, salvo que se financie íntegramente por los poderes públicos, y que la obligación de pago será con independencia del cumplimiento o no de la obligación de contribuir a su financiación.

La Directiva faculta a los Estados miembros a “*establecer límites a la responsabilidad*” de la garantía, siempre que sean compatibles con su objeto, así como a que exista una diferencia en la prelación de los créditos (Considerando 7), dando igualmente margen suficiente a los estados miembros en relación al tiempo de protección de los créditos laborales fijando, en su artículo 4, un mínimo (“*los tres últimos meses de relación laboral*”), cuyo cómputo debe hacerse en meses naturales, estableciendo un periodo de referencia no inferior a 6 meses y dando la posibilidad de establecer límites a los pagos, que en ningún caso podrá ser inferior “*...a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la presente Directiva*”, cuestión analizada por el TJUE en diferentes sentencias .

Por último, se ha de tener presente que la propia interpretación y aplicación de la Directiva, como sucede con otras y se refirió con anterioridad, se ha de realizar teniendo en cuenta otros instrumentos normativos. Así en relación a la prohibición de discriminación y principio de igualdad se ha de tener presente:

- la propia Carta de Derechos Fundamentales, art. 20 (principio de igualdad, cuestionándose diferencias de la garantía salarial en función de que el despido fuera declarado improcedente o no),
- la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación),
- el Convenio 111 de la OIT (relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación).

4.1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

A partir de lo analizado en cuanto a las Directivas aplicadas y las Sentencias dictadas como consecuencia de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, cabe realizar un resumen, a modo de conclusiones, sobre el “*estado de la cuestión*” relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial y por tanto del ámbito de responsabilidades en nuestro derecho del organismo que asume tales competencias, el FOGASA.

De las nueve ocasiones que ha tenido oportunidad de pronunciarse el TJUE en temas relacionados con el FOGASA, confrontando la normativa europea con la transposición de la Directiva en la norma nacional y la interpretación, en algunos supuestos, realizada por nuestro Tribunal Supremo, se desprende que en seis de las cuestiones planteadas tuvieron un resultado positivo, es decir que frente a la denegación de las prestaciones por parte del FOGASA, finalmente la demanda interpuesta por el trabajador, tras el auto de planteamiento y la posterior resolución del TJUE, fue estimatoria. Por el lado contrario, solo dos de las cuestiones avalaron la denegación del Fogasa, como fueron la exclusión de la garantía respecto al abono de los salarios de trámite reconocidos en fase de conciliación extrajudicial y la inaplicación de la Directiva al supuesto en el que el trabajador puede reclamar directamente al Estado el pago de salarios de trámite devengados durante el procedimiento de impugnación de un despido, después del 60º día hábil posterior a la presentación de la demanda.

Como se ha indicado el capítulo 1 de la Directiva establece el ámbito de aplicación de ésta y aun cuando el artículo 1.1. refiere que se aplicará a los créditos a favor de los trabajadores asalariados, se remite a las diferentes normativas nacionales a la hora de definir los conceptos de “trabajador asalariado”, “empresario”, “remuneración”, “derecho adquirido” y “derecho en vías de adquisición”. No obstante, ello el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dichos conceptos en función del derecho fundamental consagrado en el principio general de igualdad y no discriminación, al que están vinculados los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria.

De este modo el TJUE considera que los salarios de trámite son créditos a efectos de la Directiva, fundamentalmente porque así lo reconoce la propia normativa nacional en el artículo 33 ET, al incluir a los salarios de trámite como créditos

garantizados por el Fondo de Garantía Salarial. Entiende que no se encuentra justificada objetivamente la diferencia de trato de los créditos correspondientes a salarios de tramitación, dependiendo si están reconocidos en resolución judicial o en conciliación judicial, de tal manera que no sería admisible que la garantía existiría solo para los primeros, excluyéndose de la misma los reconocidos en conciliación judicial.

No se ha planteado cuestión prejudicial acerca de la exclusión de la normativa nacional a los salarios de trámite acordados en conciliación extrajudicial. Sin embargo, sí tuvo ocasión de pronunciarse sobre la exclusión de indemnización acordada en sede extrajudicial por lo que tales fundamentos serían aplicables para rechazar la garantía de estos y cuya justificación vendría dada en virtud del artículo 10 de la propia Directiva que posibilita a los Estados miembros “...adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos”. Aunque es cierto que tales abusos se podrían eliminar, con una modificación legislativa que permitiese que impagado lo acordado en conciliación extrajudicial se presentase demanda judicial, en proceso ordinario, a fin de depurar si ha existido fraude, de tal manera, que, si se constata la existencia de relación laboral y la veracidad del salario y antigüedad, se pudiera eliminar toda duda de la existencia de abuso. También estableciendo la citación obligatoria del propio Fogasa al acto de conciliación administrativo.

En cuanto a las indemnizaciones, es llamativo que el texto de la Directiva original no recogiese el termino indemnización, pero el TJUE fue tajante afirmando que, dentro de las competencias del juez nacional, se encuentra determinar “...si el término «retribución», tal como lo define el Derecho interno, incluye las indemnizaciones por despido improcedente”⁸⁷, en cuyo caso sería de aplicación la Directiva. En la versión modificada por la Directiva 2002/74/CE, ya se incluye expresamente, en su artículo 3, las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, inclusión que se mantiene en la vigente Directiva 2008/94/CE. Aun cuando es facultad de la normativa nacional, según la Directiva, indicar cuáles serían las indemnizaciones garantizadas, el TJUE insiste en que ello viene condicionado al cumplimiento de las exigencias del principio general de no discriminación a fin de garantizar que “...situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente”, incluyendo por tanto a “determinadas indemnizaciones legales debidas por la extinción del contrato de

⁸⁷ STJUE de 14 de diciembre de 2004, asunto Vicente Olasso, C-520/03.

trabajo por voluntad del trabajador” como puede ser las indemnizaciones consecuencia de una movilidad geográfica no aceptada.

Por otro lado y en conexión con las sentencias analizadas los principios de igualdad y no discriminación constituyen derechos fundamentales reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales en sus artículos 20 (principio de igualdad) y 21 (prohibición de discriminación) y aunque su estructura no es la más deseable, lo que ha provocado que se dicte multitud de normativa explícita que prohíba diferentes tipos de discriminación (salario, hombres y mujeres.....), el TJUE ha venido asumiendo la definición de discriminación dada por el Convenio número 111 de la OIT de 1958 en su artículo primero, párrafo uno a)⁸⁸. Por ello a pesar de la remisión en gran parte a la normativa nacional a la hora de señalar lo que se considera “retribución”, “*trabajo asalariado*” o “*empresario*” y consecuentemente se encuentre dentro del ámbito de aplicación, como también se ha insistido, ello no puede realizarse por la norma nacional de una manera arbitraria sino que es preciso que se respeten los derechos fundamentales, entre los que destacan los principios generales de igualdad y no discriminación que exigen que situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que esté objetivamente justificado.

De este modo el TJUE se pronunció considerando vulnerado el principio de igualdad, al no estar suficientemente justificada la diferencia de trato, en situaciones como la denegación de salarios de trámite e indemnizaciones reconocidos en conciliación judicial, tomando como hecho de comparación los mismos créditos reconocidos por resolución judicial, al no considerar razón suficiente la alegación de evitar abusos, puesto que el Fogasa tiene a su alcance medios para evitar los mismos. De igual forma, en cuanto a la indemnización por despido y la exclusión de las previstas en el artículo 40 ET por movilidad geográfica, no se encuentra objetivamente justificada remitiéndose a la jurisprudencia comunitaria previa consideración del carácter comparable de las situaciones de las indemnizaciones previstas en el artículo 40 ET y

⁸⁸ *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 tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

las previstas en el artículo 50 a 52 ET, al entender que una modificación tan sustancial como la que implica cambio de residencia no puede considerarse como una extinción voluntaria del trabajador como alegaba el Gobierno español negando la existencia de situaciones comparables.

Una vez apreciada la existencia de una discriminación contraria al derecho comunitario, el TJUE viene insistiendo que solo se puede garantizar el respeto al principio de igualdad otorgando, mientras no se adopten medidas que eviten la discriminación, las mismas ventajas que disfrutaban las personas comprendidas en la situación comparada.

Es por ello denominador común en la mayoría de los autos de planteamiento de cuestiones prejudiciales en materia de créditos garantizados por el FOGASA que el órgano judicial remitente cuestione si debe dejar de aplicar la norma nacional que vulneraría, de ser aplicada, los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, insistiendo el TJUE en que dicha normativa se debe dejar sin aplicar y ello sin esperar ni solicitar su derogación por el legislador o por el propio Tribunal Constitucional. Consecuentemente es de tener muy presente las recientes recomendaciones del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01) publicadas el 8 de noviembre de 2019, en las que se insiste, en el punto 10, que las “...*disposiciones de esta Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*”.

Resumidamente la doctrina que cabe extraer de las siete resoluciones dictadas por el TJUE es la siguiente:

- El juez nacional debe dejar de aplicar toda disposición nacional que suponga una vulneración del Derecho comunitario, aunque la legislación interna obligara a plantear cuestión de inconstitucionalidad si vulnera la Constitución respectiva (Caso Rodríguez Caballero, C-442/00).
- No existen razones objetivas que permitan justificar la distinción entre los créditos salariales ordinarios y los créditos correspondientes a salarios de tramitación pactados en acto de conciliación judicial(C-442/00).
- La normativa española en relación a los salarios después del 60º día desde la presentación de la demanda tiene como finalidad indemnizar por mal funcionamiento de la justicia y no desarrolla Directiva europea

relativa a protección frente a insolvencia, por lo que no responde el Fogasa (Caso Víctor Manuel Julián Hernández (C-198/13).

- La indemnización se ha de incluir en el concepto más amplio de salario, por lo que no existiría razón objetiva para diferenciar si es determinada por sentencia o resolución administrativa y conciliación judicial. Caso José Vicente Olaso Valero (C-520/03), Caso Cristina Guerrero Pecino (C-177/05), Caso Velasco Navarro (C-246/06), Caso Robledillo Núñez (C-498/06), Caso Cordero Alonso (C-81/05).
- A efectos de garantía salarial la indemnización como consecuencia de la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador, pero motivada por el traslado de lugar de trabajo que suponga cambio de residencia se ha de equiparar a las de despido objetivo (Caso Soraya Checa, C-57/17).

Por último, cabe compartir la crítica de que resulta extraña la falta de una mínima motivación en todo el texto de la Directiva (a la que estamos acostumbrados por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión, en los supuestos de exclusiones), a pesar de poder resultar razonable, en cuanto a la posibilidad que se le concede a los Estados miembros, párrafo 3 del artículo 1, de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva “...*al personal doméstico al servicio de una persona física*”. Dicha previsión y, en su caso, posterior exclusión nacional debe ser siempre justificada y motivada, puesto que en caso contrario podría suponer la existencia de una discriminación indirecta por parte de la propia Directiva en base a los derechos fundamentales del principio de igualdad y no discriminación reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales (en sus artículos 20 y 21) y 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 casos de empleo y ocupación, dado que estadísticamente es incuestionable que el empleo en el sector recae mayoritariamente en mujeres. Motivación que por otro lado tampoco se encuentra en la legislación nacional más allá de la previsión explícita de no aplicación del artículo 33 del ET contenida en el artículo 3.2 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.

4.2. Traspaso

En relación al traspaso de empresas y protección de los derechos de los trabajadores, ocho han sido las veces que se ha interpelado al TJUE a través de cuestiones prejudiciales formuladas desde órganos judiciales españoles.

4.2.1. Delimitación Normativa

La evolución normativa europea en materia de traspaso de empresas o centros de actividad ha sido la siguiente:

- Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, 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.
- Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o partes de centros de actividad.
- 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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Junto a las anteriores Directivas las cuestiones prejudiciales planteadas en esta materia han tenido que examinar, en algunos supuestos, la citada normativa en confluencia de diferente regulación comunitaria, en concreto:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.
- 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.

4.2.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

Como se viene reiterando, el análisis de las Directivas Europeas y su aplicación por el TJUE obliga necesariamente a delimitar cual sea el objetivo particular de las mismas y los medios a que obliga a los respectivos Estados para conseguirlos.

La Directiva 77/187/CEE fue la primera que instó a los Estados a que regulasen en sus normativas internas sobre los derechos de los trabajadores, con ocasión de traspasos, fusiones o cesiones. La necesidad de la Directiva venía dada, nuevamente, por la existencia de diferencias entre los Estados miembros en relación a la protección de los trabajadores y la posibilidad de que ello pudiera influir sobre el funcionamiento del mercado económico común, pretendiendo así, por medio de la Directiva, reducir las diferencias entre países evitando distorsiones en el mismo. Así, los considerandos de la Directiva refieren este doble objetivo:

- La protección de los trabajadores y garantizar sus derechos “en caso de cambio de empresario”;
- La defensa de un mercado común reduciendo las diferencias entre Estados miembros.

Trascurrieron más de veinte años en los que la Directiva 77/187/CE no sufrió modificaciones pese a las diferencias que se dieron en la transposición a los ordenamientos nacionales, a la numerosa jurisprudencia del concepto “traspaso” o “trabajador” por el Tribunal Comunitario, y a las interpretaciones por los jueces nacionales. Ello motivó que se hiciera necesaria la modificación por medio de la Directiva 98/50/CEE que realizaba una revisión de su articulado, pero sin modificar su numeración. Sus objetivos, según sus considerandos, eran dos:

- Aclarar diferentes conceptos a la luz de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 77/187/CEE;
- La promoción de los derechos de información consulta y participación de los trabajadores de la empresa al tratarse de “*derechos sociales fundamentales de los trabajadores*”.

Trascurrida más de una década y a consecuencia de la evolución económica y de las transformaciones en las estructuras empresariales, las modificaciones de la anterior Directiva a raíz de la Directiva 98/50/CEE y de nuevo la jurisprudencia del TJUE en la

materia, hizo necesario la codificación de la Directiva publicándose la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 que si derogaba a las dos anteriores (se hace necesario recordar que la Directiva 77/187/CEE fue modificada, no derogada, por la Directiva 98/50/CEE).

El objetivo de la actual Directiva sigue siendo el mismo que la de sus predecesoras, la reducción de las diferencias existentes en este ámbito en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores y la exigencia a los cedentes y cesionarios de *“...que informen y consulten a los representantes de los trabajadores con la suficiente antelación”*, como se indicaba en los considerandos de la Directiva.

Así el tercer considerando de la nueva Directiva 2001/23 disponía que *“...son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos”*.

El artículo 1, apartado 1, resaltaba que:

“a) La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el 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.”

Del mismo modo el artículo 3, apartado 1, precisa que *“...Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”*.

En el apartado 2 establecía que *“...Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso”*. Este artículo que recogía un concepto amplio de traspaso fue introducido en la modificación de la Directiva 98/50/CE y respetado en la posterior y actual Directiva.

Es precisamente la delimitación de cuándo nos encontramos ante un traspaso lo que ha suscitado el mayor número de dudas y justificado el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

4.2.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

Hasta el año 2020 han sido ocho las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos nacionales del orden social en relación a la interpretación de las indicadas Directivas. El propio título de las Directivas hace referencia por un lado al mantenimiento de derechos de los trabajadores en caso de traspasos y por otro a los conceptos de empresa o partes de empresa y centros de actividad o de partes de centros de actividad

La mera disección literal de la Directiva nos vislumbra dos grandes bloques que generan conflictividad.

- Por un lado, tendríamos el concepto de “*mantenimiento de los derechos de los trabajadores*”, al que se dedica el capítulo 2 de la Directiva.
- Como segundo bloque estaría la determinación de qué se considera “*traspaso a los efectos de la Directiva*” al que se dedica en gran parte el capítulo 1.

Este segundo bloque, se reitera, es el que mayoritariamente ha sido objeto de interpelación al TJUE. Así en las 3 últimas cuestiones prejudiciales planteadas, ya bajo la actual Directiva, se pregunta si la situación analizada se habría de considerar “*traspaso a efectos de la Directiva*” y consecuentemente si entra dentro del ámbito de aplicación de ésta.

Las situaciones de hecho que se daban en los diferentes casos versaban sobre:

- la finalización del contrato de servicio de limpieza y realización de este por personal propio;
- la reversión del servicio de limpieza a la administración y posterior nueva concesión;
- la reversión a la administración del servicio inherente a su propia actividad con infraestructura de esta;

- o, el supuesto donde una empresa resuelve la contrata con la administración y esta asigna el servicio a nueva contrata sin asunción de plantilla siendo los materiales propiedad de la administración.

La redacción actual de nuestra norma interna que regula esta materia, el artículo 44 del ET, se debe a la Ley 12/2001 de 9 de julio por la que se traspone la Directiva 2001/23, habiendo trascurrido ya una década en la que no cesaron las continuas transformaciones encaminadas a la descentralización productiva lo que exigiría, para facilidad de todos los agentes implicados, al menos una nueva codificación de la Directiva con soporte en la abundante jurisprudencia del TJUE en esta materia. Apunta Molina Navarrete que enmarcados en un escenario desbordante de descentralización productiva la “...*extremada conflictividad judicial de la materia relativa a la transmisión de empresa, objeto de un número desmedido y creciente de litigios, que dan lugar a continuos recursos y a soluciones dispares sin que, por su exceso de casuismo, admitan fácil unificación, salvo que se trate de conflictos colectivos, es sola punta de un inmenso Iceberg de problemas socio-económicos y laborales*”.⁸⁹

En nuestra norma interna las novedades más importantes que introduce la Directiva 2001/23/CE son las siguientes:

- Se amplía el ámbito de la subrogación a los compromisos de pensiones y a las obligaciones en materia de protección social complementaria adquiridas por el empresario cedente;
- Se amplían los supuestos de sucesión de empresa a toda transmisión que afecte a una entidad económica que mantenga su identidad;
- Se garantiza el mantenimiento de las condiciones dimanantes del convenio colectivo vigente en el momento de la transmisión y la no extinción del mandato de los representantes legales de los trabajadores en determinados supuestos;

⁸⁹ Molina Navarrete, Cristóbal. “El nuevo estatuto de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria”. La Ley, 2017.

- La adopción de medidas laborales por el empresario cedente o cesionario con motivo de la transmisión requiere un previo y preceptivo período de consulta⁹⁰.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE ha reiterado el carácter imperativo de las disposiciones de la Directiva, de manera que no pueden admitirse excepciones en perjuicio de los trabajadores (STJCE de 26- 05-2005, caso Celtec Ltd, C-478/03) de tal forma que *“...como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores, con la única excepción, en lo relativo a éstos, de la posibilidad que tienen de no continuar después de la transmisión de la empresa la relación laboral con el nuevo empresario, si así lo deciden libremente (véanse las sentencias de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar, 105/84, Rec. p. 2639, apartado 16, y D’Urso y otros, antes citada, apartado 11”*.

Del total de ocho cuestiones prejudiciales planteadas cabe deducir los siguientes principios esenciales:

- Lo susceptible de traspaso sería la entidad económica organizada de forma estable, o conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (Caso Hernández Vidal, C-127/96 y acumulados C-226/96 y C-74/97).
- Es suficiente que sea un conjunto organizado de trabajadores lo que se transmite, cuando no existen otros factores destacables de producción, cual sucede en el caso de la limpieza de local, o vigilancia (C-127/96 y Caso Sánchez Hidalgo, C-173/96).
- La mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y por el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad (C-173/96).

⁹⁰ Martínez Lucas, José Antonio. “La Ley 12/2001, de 9 de Julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”. La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, número 5, 2001, pág 3.

- A efectos de determinar si existe o no entidad transmitida, se ha de considerar como más relevante:
 - o la naturaleza de la empresa o centro de actividad afectado;
 - o la eventual transmisión de elementos materiales de la empresa;
 - o el valor de los inmateriales;
 - o la eventual cesión de parte de la plantilla; la cesión de la cartera de clientes;
 - o la duración de la interrupción de la actividad (C-173/96),
 - o la transmisión o no de clientela,
 - o la duración de eventual suspensión de actividad, no considerándose excesiva 5 meses en supuesto de enseñanza, con vacaciones por medio. (Caso Jorge Luis Colino, C-472/16, Caso ángel Somoza, C-60/17).
- No puede quedar en manos del propio empresario la aplicación o no de la Directiva mediante su decisión de asumir o no el personal, ya que ello le permitiría fácilmente eludir la aplicación de esta. Y ello salvo en aquellos casos en que la mano de obra es elemento fundamental, en los que no puede considerarse que exista transmisión de entidad económica si no se asume la mayor parte de su plantilla (Caso Hernández Vidal C-127/96).
- La Directiva se aplica a los contratos vigentes en la fecha de la transmisión (C-173/96).
- No cabe equiparar los conceptos de autonomía y de identidad. El primero hace referencia a la estructura organizativa después de la transmisión, si se conserva o no la “autonomía” y el segundo hace referencia a si existe una entidad objeto de transmisión (Caso UGT/Ayuntamiento Linea, C-151/09).
- Tras la transmisión, la empresa, en función de la libertad de empresa, puede llevar a cabo una reestructuración organizativa (C-151/09).

- La Directiva es aplicable a empresas privadas y entidades públicas, con o sin ánimo de lucro (Caso Adif, C-509/14).
- Elemento determinante para determinar si existe o no subrogación puede ser la puesta a disposición de importante infraestructura, grúas, y del local (C-509/14).
- El hecho de que la asunción de personal sea motivada por las cláusulas del convenio o de la concesión, no resulta relevante para considerar no aplicable la Directiva de subrogación (C-60/17).

4.3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

En una ocasión el TJUE ha analizado la modificación de condiciones de trabajo a instancia de la empresa por motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción. Ello lo hizo con ocasión de controversia relacionada con la protección de los trabajadores en caso de insolvencia (Fogasa). Se trata del caso Soraya Checa, C-57-17 y se hace expresa remisión al apartado de insolvencia.

5. EXTINCIÓN CONTRACTUAL

Múltiples, hasta diez, han sido igualmente los pronunciamientos del TJUE en relación con la extinción de la relación laboral, lo que se analiza agrupándolos en supuestos de despidos colectivos, despidos durante periodos genéricos de maternidad y despidos relacionados con discapacidad.

5.1. Despido Colectivo

5.1.1. Delimitación normativa

En relación con los despidos colectivos el TJUE ha tramitado cinco cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, siendo una de ellas (caso Jessica Porras frente Bankia y otros) analizado dentro del bloque de despido individual dada su peculiaridad.

La evolución normativa ha venido dada por:

- Directiva 75/129/CEE del Consejo de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.
- Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las

legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

- 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 refieran a los despidos colectivos y que es producto, en gran parte, de la codificación de las anteriores.

Por tanto, los precedentes de la actual Directiva los encontramos en la Directiva 75/129/CEE y su modificación por la Directiva 92/56/CEE. Esta Directiva a su vez trae causa, en gran parte, de la resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 relativa a un programa de acción social tras la crisis del petróleo de 1973 en donde por primera vez se mencionaba la necesidad de “...una Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes a los despidos colectivos”.

5.1.2. Objetivos Generales y medidas a adoptar

La Directiva 98/59/CE es anterior en el tiempo a las vigentes versiones del TUE, del TFUE y de la CDFUE, resultando esencial el papel del TJUE a la hora de interpretar la misma en armonía con los indicados textos.

El objetivo genérico de la Directiva 98/59/CE, especificado en su considerando segundo, es “...reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos”, armonizar las legislaciones nacionales, conforme los considerando 3 y 7, respecto a las diferencias que existían en sus respectivos ordenamientos jurídicos, como así el propio TJUE había referido, estableciendo la obligatoriedad de que los despidos colectivos vayan precedidos de un procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores y de obligación de información a la autoridad pública competente.⁹¹

El TJUE ha señalado que ni la actual Directiva 98/59 ni, anteriormente, la Directiva 75/129 afectan a la libertad del empresario de proceder o no a despidos colectivos ni en qué circunstancias estos deben plantearse⁹², ciñendo su finalidad a garantizar “...una armonización parcial de las normas de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, esto es, el procedimiento que debe seguirse para llevar a cabo dichos despidos colectivos”⁹³.

⁹¹ C-201/15 apartados 27 y 28.

⁹² C-284/83 apartado 35. C-187/05 apartado 10. C-190/05 apartado 35.

⁹³ C-323/08 apartado 51.

Consecuentemente con lo anterior la Directiva 98/59/CE es principalmente procedimental, al introducir la consulta como obligatoria en los despidos colectivos, dejando el elemento causal o los requisitos materiales que posibilitan llevar a cabo los despidos colectivos, a la competencia de los Estados⁹⁴ (como se sabe en nuestro ordenamiento jurídico interno se requiere la concurrencia de causa económica, técnica organizativa o de producción, artículo 51.1 ET), lo que muestra, una vez más, la difícil delimitación de las competencias Comunidad/Estados en materia económica.

5.1.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

Han sido pocas, cinco las ocasiones en que ha tenido el TJUE la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en contestación a cuestiones planteadas por órganos españoles, por tratarse, sin duda, de una regulación protagonista durante años en los tribunales dada la incidencia en el mercado laboral de la crisis financiera del año 2008 y que previsiblemente seguirá siéndolo en el futuro inmediato por el efecto de la pandemia del covid-19 en las relaciones laborales.

Las Sentencias dictadas han analizado variedad de temas, pudiéndose resaltar los siguientes:

En cuanto al posible efecto útil de las disposiciones contenidas en la Directiva, ha sido objeto de análisis por el TJUE a pesar de que la misma solo garantice, en palabras del propio tribunal, “...una armonización parcial de las normas de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos”⁹⁵, pero ello no puede privar de efecto útil a sus disposiciones, en especial las insertas en los artículos 2 (Información y consulta) y 3 (notificación a la autoridad competente)⁹⁶, admitiendo en el artículo 5 que los Estados miembros puedan adoptar medidas más favorables para la protección de los trabajadores. A tales efectos la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016⁹⁷ analizó el tema y si bien negó una eficacia directa horizontal de la Directiva 98/59/CE, sí realizó una “interpretación conforme” del artículo 51.1 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre.

⁹⁴ C-201/15 apartado 33.

⁹⁵ C-323/08.

⁹⁶ C-12/08 apartado 35. C-383/92 apartado 25.

⁹⁷ STS de 17 de octubre de 2016, RC36/2016.

El artículo 1.1 de la Directiva define los despidos colectivos limitándolos a los “*despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*”, cuando se superen unos umbrales determinados. Respeto a la definición de los conceptos que integran el anterior precepto (despido, empresario y trabajador) no es posible acogerse a la interpretación que de los mismos haya dado el TJUE a la luz de otras Directivas, sino que se ha de hacer una interpretación o definición en el sentido explícito y concreto de esta Directiva. Ello, se reitera, es una nota común en el ordenamiento comunitario, no existiendo siempre identidad en las definiciones de un mismo concepto según se interprete en el sentido de una u otra Directiva (centro de trabajo, despido/modificación), lo que en ocasiones puede provocar confusión.

El concepto de empresario en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, incluye según el TJUE⁹⁸ “...*también a los empleadores que ejercen su actividad sin ánimo de lucro*”, puesto que la referida disposición se aplica a los despidos efectuados por “...*un empresario*” sin establecer más distinciones.

El concepto de trabajador a los efectos de la Directiva es un concepto que debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión, no pudiendo precisarse mediante la remisión a las legislaciones nacionales⁹⁹, puesto que ello equivaldría a dejar en manos de los Estados miembros la concreción de los umbrales que prevé dicho precepto ya que supondría poder alterar el ámbito de aplicación de la Directiva y privarla de su plena eficacia¹⁰⁰.

Al indicar la Directiva que los despidos colectivos serán los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, impide limitar el concepto de despido colectivo a los despidos por causas del artículo 51.1 ET, como ya se pronunció el TJUE al analizar la norma portuguesa¹⁰¹,

⁹⁸ C-32/02 apartado 26.

⁹⁹ C-422/14 apartado 28. C-229/14 apartado 33.

¹⁰⁰ C-385/05 apartado 47.

¹⁰¹ El TJUE declaró (C-55/02) “*que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 6 de 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, al haber limitado el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural y al no haber ampliado el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores.*”

por lo que habrá de estar a todos los despidos efectuados por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores.

Centro de trabajo es un concepto de Derecho de la Unión y no puede definirse, tampoco, por referencia a las legislaciones de los Estados miembros¹⁰² y cuya definición no se halla en la Directiva 98/59 por lo que hay que estar a las precisiones efectuadas por el TJUE¹⁰³.

EL TJUE define el “centro de trabajo” como” ... *entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas*”¹⁰⁴. Del mismo modo refiere que” ...*el Tribunal de Justicia precisó que los conceptos de empresa y de centro de trabajo son distintos y que el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa. No obstante, ello no excluye que el centro de trabajo y la empresa puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades distintas*”.¹⁰⁵

La Directiva 98/59 desaprovechó la oportunidad que tuvo de redefinir los anteriores conceptos, no introduciendo cambio jurídico alguno, sino limitándose, en palabras del abogado general N. Wahl¹⁰⁶, a unir y codificar las Directivas 75/129 y 92/56, sin llevar a cabo ninguna modificación significativa en cuanto al concepto de centro de trabajo, lo que aconsejaría el dictado de una Directiva que incorporase y clarificase los conceptos en el sentido dado por el TJUE al mismo tiempo que se adaptase la Directiva de despido colectivo a las nuevas realidades sociales.

Aun cuando la finalidad de la Directiva, como se ha expuesto, es garantizar una protección equiparable de los derechos de los trabajadores de los diferentes Estados miembros, en el apartado 1.1 a) establece una doble opción, permitiendo a los mismos elegir entre dos formas distintas de cálculo:

“i) *para un período de 30 días:*

¹⁰² Asunto Rockfon, C-449/93 apartado 25.

¹⁰³ C-182/13 apartados 26 y 27.

¹⁰⁴ C-270/05 apartado 27.

¹⁰⁵ C-182/13 apartado 31. C-80/14 apartado 50.

¹⁰⁶ C-182/13 apartado 57.

- *al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,*

- *al menos el 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 período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados;”

El Abogado General N. Wahl en conclusiones de diferentes procedimientos¹⁰⁷, tras analizar los diferentes métodos de cálculo que permite la Directiva, resaltó que con carácter general “...*ambos métodos protegen a los trabajadores en ciertos casos, pero no en otros*”.

La referencia prevista en el artículo 1.a.ii de la Directiva, haría innecesario analizar el concepto de trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo, puesto que la literalidad de la norma indica que “*sea cual fuere el número de trabajadores*” empleados.

Sin embargo, cabe considerar que la norma interna española opta por un sistema mixto, mejorando la opción del apartado i en cuanto a los umbrales y número de trabajadores afectados y fijando un periodo de referencia de 90 días como viene previsto en el apartado ii. Con esta forma mixta se hace preciso analizar el concepto “*empresas que ocupen*” de la normativa española y el concepto “*trabajadores habitualmente empleados*” de la Directiva, cuestión que ha dado lugar a numerosos procedimientos judiciales. Por ello si se hubiese optado por la previsión literal contenida en el apartado ii, sin entrar a mayor valoración, habría ocasionado, posiblemente, un menor debate jurídico.

En cualquiera de los supuestos sí se habría de analizar el término “*trabajadores habitualmente empleados*” a efectos de la Directiva, habiendo tenido el TJUE oportunidad de pronunciarse incluyendo, por ejemplo, a los trabajadores con un contrato

¹⁰⁷ Asunto Lyttle, C-182/13, asunto USDAW, C-80/14 y asunto Rabal Cañas, C-392/13.

de duración determinada, puesto que lo contrario –excluirlos– menoscabaría el efecto útil de la Directiva¹⁰⁸. De igual forma se incluye como trabajador, conforme a lo resuelto por el TJUE, aquellos que realizan “*una actividad práctica en una empresa, como 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 del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad, reconocida por este organismo.*”¹⁰⁹

También problemático resulta la unidad de referencia a la hora de determinar la existencia, o no, de un despido colectivo. La norma española establece un criterio cualitativamente distinto al de la Directiva (empresa frente al centro de trabajo como unidad de referencia), apreciándose en las legislaciones nacionales de los Estados miembros también una regulación heterogénea (Dinamarca, Grecia, Reino Unido e Irlanda del Norte).

El anterior desajuste entre la legislación comunitaria y la legislación española a la hora de determinación de la unidad de referencia ha sido resaltado por la doctrina de nuestro país, hasta el punto de que se habla de “clara discrepancia” o de “relevantes divergencias” entre una, la Directiva, y otro, el art. 51 del ET, aunque es preciso señalar que no toda diferencia en la regulación interna confrontada con la norma comunitaria debe calificarse, a priori, como incumplimiento de la Directiva¹¹⁰.

El TJUE en el caso Rabal Cañas¹¹¹ despejó, en parte, la controversia en este punto resaltando los apartados 57 y 52 que:

- “*...La sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo 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*

¹⁰⁸ C-442/14 apartado 32 y artículo 1.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada («BOE» núm. 261, de 30/10/2012).

¹⁰⁹ C-229/14 apartado 52.

¹¹⁰ Sánchez-Urán Azaña, Yolanda y García-Romero de Tejada, Carlos de Fuentes. “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La trasposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales (2017)”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, págs. 117-163.

¹¹¹ C-392/13.

requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo»”

- “... *infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 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 establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, 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»*” a la luz de la Directiva (ex art. 1.1 párrafo 1º, letra a).”

En definitiva, habrá que examinar y analizar cada supuesto concreto para evitar que la transposición de la Directiva, en cuanto a la unidad de referencia, suponga una reducción de la protección pretendida por la misma, pero ello puede ser imposible ya que solo se puede acudir, para hacer valer la misma, al mecanismo de “interpretación conforme”, dado que carece de un verdadero efecto directo vertical motivado por la exclusión que la misma hace en su artículo 1.2., dejando fuera de su ámbito de aplicación “*los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)*”; exclusión sobre la que tuvo oportunidad de pronunciarse el TJUE en el sentido que a los despidos que sean actos de una autoridad pública, motivados por una reorganización administrativa, no es posible extenderle la protección prevista por la Directiva 98/59, aunque pudiera afirmarse que ejercían una actividad de carácter económico.¹¹²

La propia Directiva distingue, en su artículo 1.1, 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*”¹¹³, habiendo sido objeto también de pronunciamientos en cuanto a la inclusión en alguno de los conceptos de supuestos distintos.

Así en las extinciones a iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador, no se tienen en cuenta extinciones de contratos

¹¹² C-583/10 apartado 28.

¹¹³ C-429/16 apartado 26 y C-422/14 apartados 44 y 45.

de duración determinada que tiene lugar en la fecha prevista para su finalización¹¹⁴, siempre que su contratación no sea fraudulenta y la obra o servicio hubiese finalizado¹¹⁵, cuestión que ya prevé expresamente la propia Directiva (artículo 1.2.a).

En cuanto al concepto de «despido», en el sentido del artículo 1, apartado 1, el Tribunal de Justicia ha declarado que la 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.¹¹⁶

Son importantes y contundentes las conclusiones del Abogado General Wahl¹¹⁷, de las que se hace eco el TJUE en multitud de sentencias, al indicar que: “...*La Directiva no exige, ni tampoco impide, sumar el número de despidos en todos los centros de trabajo del empresario a efectos de verificar si se alcanzan los umbrales establecidos en el art. 1, apartado 1, letra a). Corresponde a los Estados Miembros decidir, si lo estiman oportuno, aumentar el nivel de protección al amparo del art. 5 de la Directiva, a condición de que ello resulte más favorable para los trabajadores despedidos en todas las ocasiones y no solo por término medio, como propone el Gobierno español. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar si ése es realmente el caso*”.

Más reciente ha resultado el análisis de unos de los parámetros temporales que delimitan los umbrales del despido colectivo. Es sabido que nuestra doctrina interna consolidada¹¹⁸ (por todas, STS 11 de enero 2017, rec. 2270/2015) venía manteniendo que el último párrafo del art. 51.1 establece una norma general, en virtud de la cual “...*el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer período de noventa días y el inicial del siguiente*” es decir, el mismo día de la extinción de la relación laboral, “...*constituye el día final del plazo (el “dies ad quem”) para las*

¹¹⁴ Asunto Rabal Cañas, C-392/13.

¹¹⁵ STS de 3 de julio de 2012, RCU 1675/2011 y STS de 8 de julio de 2012, RCU 2341/2011.

¹¹⁶ C-422/14 apartado 55.

¹¹⁷ C-182/13.

¹¹⁸ Beltrán de Heredia, I. “Despido colectivo: el cómputo de 90 días debe hacerse en cualquier dirección (según conclusiones del AG del TJUE)” en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/06/11/despido-colectivo-el-periodo-de-referencia-de-90-dias-debe-hacerse-en-cualquier-direccion-segun-conclusiones-del-ag-del-tjue/>.

extinciones contractuales que se acuerden ese día y, al mismo tiempo, el día inicial (el “dies a quo”) para el cómputo del período de los 90 días siguientes”.

Sin embargo, nuevamente el TJUE, en fecha 11 de Noviembre 2020 (C-300/19) *Marclean Technologies*, siguiendo el criterio del abogado general¹¹⁹, vuelve a alterar, posiblemente con acierto, las relaciones laborales internas al entender que el computo del periodo de 90 días puede ser en “*cualquier dirección*” (esto es, pasado, futuro y/o mixto), elasticidad que le ha hecho valedora de ser identificada como regla del compás. Se afirma por el TJUE que la plena eficacia de la Directiva se vería limitada (ap. 35) «*si fuera interpretada en el sentido de que los tribunales nacionales no pueden computar los despidos producidos antes o después de la fecha del despido individual impugnado a efectos de determinar si existe o no un despido colectivo*»¹²⁰.

Una nueva, seguro no ultima, sentencia que analiza la sucinta, pero de profundísimos efectos, 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.

5.2. Maternidad y su protección frente al despido

Se analiza en este apartado la maternidad y su relación con el despido y por tanto la regulación normativa comunitaria que tiene por objeto la protección de la trabajadora embarazada o en situación de maternidad frente a la extinción de la relación laboral. En otros apartados se analizó también la maternidad y su protección, excluyéndose precisamente la extinción de la relación laboral que ahora se analiza.

5.2.1. Delimitación normativa

Al igual que en otros temas hemos de distinguir normativa comunitaria general y normas de desarrollo, normalmente Directivas.

Los pronunciamientos habidos sobre el tema han considerado principios generales del Derecho comunitario insertos en:

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ello partiendo de la consideración de que cualquier extinción motivada por la situación de

¹¹⁹ Sr. Michal Bobek, presentadas el 11 de junio de 2020.

¹²⁰ (Beltrán de Heredia, I. ob. Cit)

embarazo o maternidad supone una discriminación por razón de sexo prevista en los artículos 8, 153 y 192¹²¹.

- Tratado de la Unión Europea. Principio de igualdad como principio fundamental del derecho comunitario. Artículo 2 y 3¹²².
- Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Igualmente proclama el principio de igualdad y proscribire toda discriminación por razón de sexo en sus artículos 21, 23 y 30¹²³, sirviendo de protección especial en caso de despido injustificado.

De otro lado se ha de tener presente la normativa de desarrollo de tales principios, concretada en Directivas que cronológicamente han sido las siguientes:

- 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.

¹²¹ 8°. *En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.*

153°. (...) *i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; (...)*

192°. (Antiguo 175) *El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

¹²² 2°. *La Unión se fundamenta en los valores de 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.*

3°. *La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.*

¹²³ 21°. *Se 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.*

23°. *La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.*

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

30°. *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.*

Establece protección para las situaciones de embarazo y maternidad, indicando su artículo 4.2 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*”.

- 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

Resulta ser, sin duda, la Directiva protagonista en esta materia, realizando un tratamiento detallado de los derechos y garantías de las mujeres en situación de embarazo, maternidad, lactancia, con una protección frente al despido sin causa y mantenimiento de derechos laborales.

- 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.

Se hace necesario su mención en el plano de la protección del despido en los supuestos de maternidad aun cuando la Directiva es eminentemente procedimental (consulta a los representantes de los trabajadores), dado que el artículo 1.1 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, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros...*”.

- 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 casos de empleo y ocupación (refundición).

En ella se viene a refundir, en aras de claridad, en un único texto, las disposiciones siguientes, teniendo en cuenta las novedades derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia:

- La 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 retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos

- 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.
- La 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.
- La 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.

5.2.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

El decimoquinto considerando de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, señala como objetivo principal el de proteger a las trabajadoras contra el riesgo de despido como consecuencia de su estado, circunstancia que podría perjudicar su salud física y psíquica, estableciendo el artículo 10 una prohibición expresa de despido “...durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad...”, remitiendo a las legislaciones o prácticas nacionales la concreción de la finalización de ese periodo.

La concreción del inicio del espacio temporal durante el que opera la prohibición ha dado lugar a debate al indicar el artículo 2 que se entenderá por trabajadora embarazada “...cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, pudiendo interpretarse que la protección solo tiene efectos frente a la trabajadora que hubiera comunicado su situación o, si de otro modo, ello solo sería cuando así lo estableciera la norma nacional del Estado miembro. La finalización de la protección no es estricta, sino que puede admitir una amplitud mayor como refiere la sentencia del TJUE de 11 de octubre de 2007 (caso Paquay C-460/06), declarando en la misma sentencia que debe interpretarse en el sentido de que prohíbe “no solamente notificar una decisión de despido a casusa del embarazo del nacimiento de un hijo, durante el periodo de

protección al que se refiere el punto 1 de dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho periodo”¹²⁴.

Por su parte, como se ha comentado, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 refunde las distintas Directivas existentes en la misma materia y supone una protección general antidiscriminatoria que opera a consecuencia de la expresa asimilación de la discriminación por razón de embarazo y maternidad a la discriminación por razón de sexo (artículo 2.2.c). Por tanto en el supuesto comentado en el párrafo anterior, trabajadora que no hubiese comunicado su estado a la empresa, el hecho del embarazo constituye por sí solo y a la luz de esta Directiva, 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 prueba¹²⁵, aun cuando ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo venía aplicando, en supuesto de “...no superación de periodo de prueba de trabajadora embarazada”, la inversión de la carga de la prueba. Así la STC 10 de octubre de 2013¹²⁶, ratificó la doctrina del propio Tribunal y del TS y mantuvo que en estas situaciones se debe acreditar que se conocía la situación de embarazo y que no operaba la nulidad objetiva prevista en el art. 55.5 E.T.

Las Directivas refundidas en la Directiva 2006/54/CE tenían los siguientes objetivos:

- La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, en su artículo 3, apartado 1, disponía que “*La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional*”. En el artículo 5, apartado 1, se señalaba que: “*La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo,*

¹²⁴ Camara Botia, Alberto. “El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Nº 133, 2017, págs. 296-311.

¹²⁵ Ballester Pastor, María Amparo. “La protección de la maternidad”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 309-327.

¹²⁶ STC 173/2013.

comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.”

- 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, tiene como objetivo la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, entre hombres y mujeres, estableciendo ya en sus considerandos que “...*la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad y que, dentro de este ámbito, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho*”.
- La Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.
- La 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 cuyo objetivo explicitado en el artículo 1 es “...*mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes*”.

5.2.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

El TJUE se ha pronunciado en tres ocasiones acerca del despido de trabajadora en situación de embarazo, en cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales, dos de ellas por el TSJ de Cataluña y una por el Juzgado Social de Algeciras.

La normativa referida, tiene como objetivo común la protección, dentro de la Unión Europea, de la maternidad desde diferentes escenarios: la prevención de los riesgos durante la situación del embarazo, parto y lactancia, la protección frente al despido sin causa de aquellas, de los permisos vinculados a la maternidad y por último el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo.

Precisamente esos diferentes escenarios justifican la existencia de la múltiple normativa mencionada, para cubrir cada uno de ellos, así:

- La Directiva 92/85/CEE se aplica a las mujeres embarazadas, que hubieran dado a luz o que estuvieran en situación de lactancia natural delimitando así la propia Directiva su aplicación a la condición de madre biológica, excluyendo al resto de supuestos aun cuando se hubiera podido llevar a cabo la lactancia del menor por medio de técnicas específicas de estimulación (TJUE 18 de marzo de 2014, C-167/12).
- La Directiva 2006/54/CE normativiza la larga y consolidada doctrina jurisprudencial del TJUE que había venido estableciendo que la discriminación por razón de embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo¹²⁷.
- La Directiva 92/85 establece una triple tutela
 - o Preventiva (ex ante). Prohíbe el despido, individual o colectivo, para evitar el riesgo para la salud, salvo casos excepcionales.
 - o Informativa (ex interim), que exigiría una motivación justificada y por escrito a la afectada.
 - o Reparadora (ex post), que impone a los Estados tomar medidas para proteger a la trabajadora contra el despido ilegal. (Caso Carolina Minayo Luque C-432/16).

De los pronunciamientos habidos hasta la fecha cabe extraer la siguiente doctrina:

- En la primera de las sentencias analizadas (C-438/99) se indicó que el artículo 10 de la Directiva, la prohibición del despido produce efecto

¹²⁷ (Ballester Pastor, Maria Amparo. ob. Cit).

directo, pudiendo los particulares invocar ante un órgano nacional la Directiva cuando el empleador sea la administración.

- Es de aplicación la Directiva 92/85 tanto en relación al contrato temporal como el indefinido. (Caso Jiménez Melgar, C-438/99).
- Existiendo indicios de discriminación se produce la inversión de la carga de la prueba de la inexistencia de discriminación, que caso de no producirse provoca la nulidad del despido (C-438/99).
- El Estado español cumple adecuadamente lo establecido en el artículo 10 de la Directiva cuando admite el despido de una trabajadora embarazada si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y ello en previsión del propio artículo que dispone que “... *salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales...*”. Sin embargo, advirtió que el ordenamiento español con este sistema no prohíbe suficiente el despido de la trabajadora embarazada ni tiene adecuada capacidad preventiva, recordando que la finalidad de la Directiva es doble: preventiva y reparadora. (Caso Porras Guisado, C-103/16).
- En el caso de despido colectivo y con independencia de la causa, en la carta se han de especificar los criterios objetivos de designación de la trabajadora(C-103/16).
- En el plano de la prevención, la legislación nacional podría oponerse a la Directiva 92/85, al no prever medidas de carácter preventivo al despido de una trabajadora embarazada y ello dado que el preámbulo dispone que “...*el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido.*” Sin embargo no se da orientación a lo que deba considerarse reparación preventiva. Consecuencia de ello, y como indicó la STSJ de Cataluña de 26-4-2018, quizá sería posible la interposición de la “*acción Francovich*”, por responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento del Derecho de la UE, en concreto por “...*la falta de*

trasposición al ordenamiento interno de la prohibición preventiva de despedir a mujeres embarazadas” (C-103/16).

5.3. Discapacidad y su protección frente al despido

5.3.1. Delimitación normativa

En la múltiple y diferente normativa en la que se sustentan las sentencias dictadas por el TJUE a raíz de las cuestiones prejudiciales que analizan la Discapacidad como factor de discriminación, se puede distinguir normativa comunitaria e internacional:

Dentro de la normativa comunitaria se encuentran normas generales y específicas.

Entre las normas generales tenemos:

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Su artículo 151 (antiguo 136 TCE) 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, 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.”*
- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 21 dispone que *“1. Se 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.”*
- La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los trabajadores, adoptada con ocasión de la reunión del Consejo Europeo celebrada el 9 de diciembre de 1989, cuyo apartado 26 dispone que: *“Todo*

minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social. Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.”

Por lo que se refiere a la normativa de desarrollo:

- 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, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. Adoptada sobre la base del artículo 13 TCE, en su versión anterior al Tratado de Niza, que dispone que *“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 Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al 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”*.

Por último, se ha tenido en cuenta normativa internacional, en concreto:

- Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y aprobada en nombre de la Unión Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

La letra e) de su preámbulo declara que *“Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que 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”*.

Su artículo 1 señala que *“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y*

promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Su artículo 2, titulado «Definiciones», lo hace en los siguientes términos:

- *«Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.»;*
- Por “ajustes razonables” se entenderán 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.
- Por último, el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la readaptación profesional y el empleo (“personas inválidas”), que entró en vigor el 20 junio 1985.

5.3.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

Se reitera que el principio general de no discriminación forma parte de los principios generales del derecho comunitario que componen los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales (artículo 21), vinculando a los Estados miembros cuando la situación está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además

de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva.¹²⁸

El considerando 12 de la Directiva urge a los Estados miembros a prohibir toda discriminación enunciada en el artículo 1 tanto se produzca de forma directa como indirecta. Esta doble vertiente del principio de discriminación fue establecida en un primer momento por 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, reproduciéndose literalmente en esta Directiva su artículo 2, excepto en lo previsto en el párrafo 5.

La discriminación directa e indirecta se diferencia:

- En primer lugar, por la existencia del criterio aparentemente neutro en el supuesto de discriminación indirecta.
- Del mismo modo la primera no admite justificación alguna, mientras que la segunda admite la posibilidad de que se argumente con éxito en sentido contrario a la existencia de una discriminación prohibida bajo la necesidad de concurrencia de una doble justificación,
 - el test de necesidad rigurosa, en la medida que la cuestión es imprescindible para alcanzar una finalidad legítima y
 - el examen de proporcionalidad, es decir, que genera el menor daño posible en el bien jurídico protegido¹²⁹.

El artículo 1 de la Directiva establece que la misma supone un marco general para luchar contra las distintas formas de discriminación referidas a religión o convicciones, discapacidad, edad o de orientación sexuales en el empleo y la ocupación. Así la literalidad del articulado refiere que “*La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito*

¹²⁸ C-13/05 apartado 56.

¹²⁹ Fernández López, María Fernanda. “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 221-243.

del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

La aprobación por el Consejo de la Unión del Convenio de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, supuso que sus disposiciones formaran parte del ordenamiento jurídico de la Unión, pero ello se vio parcialmente cuestionado por la STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-363/12), al indicar que la Convención no contiene disposiciones incondicionales y suficientemente precisas para dotar de efectos directos frente al derecho de la UE, de modo que la validez de la Directiva 2000/78/CE no puede apreciarse en relación con ella, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con ella¹³⁰. En el preámbulo de la Convención se refiere que “...*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que 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*” y que la discriminación por discapacidad al mismo tiempo constituye una “*vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano.*” Es en el artículo 5 donde se establece la taxativa prohibición de trato discriminatorio y la obligada necesidad de adopción de medidas de acción positiva para que la igualdad sea realidad.

5.3.3. Coordinadas generales y breve valoración conjunta

El TJUE se ha pronunciado en cuatro ocasiones, hasta la fecha, en relación a cuestiones prejudiciales formuladas por juzgados españoles, todas ellas planteadas por Juzgados de lo Social, sobre despido de trabajadores en situación de Incapacidad temporal: una en el año 2006 (Caso Sonia Chacón, C-12/05), otra en 2016, (Caso Daoidi, C-395/15), una nueva en 2018 (Caso Ruiz Conejero C-270/16) y la última en el año 2019, (Caso DW y Nobel Plásticos Ibérica, S.A. C-397/18).

Las sentencias dictadas por el TJUE lo son a raíz de cuestiones prejudiciales planteadas por los juzgados nacionales, en relación con la Directiva 2000/78/CE y con soporte específico en la discriminación por discapacidad, y en esencia las dudas planteadas giraban sobre si dentro del concepto de discapacidad recogido en el artículo 1º se encuentra la enfermedad.

¹³⁰ Aramendi Sánchez, Pablo. “La discapacidad como factor de discriminación”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 405-430.

El planteamiento de las cuestiones se justificó en análogas razones. Pronunciamientos reiterados del TS y del propio TC que les impedían dictar Sentencia declarando la nulidad del despido (y no meramente la improcedencia) en supuestos análogos de trabajadores que se encontraban en situación de I.T, cuando son despedidos no procedentemente.

El epicentro normativo sobre el que giran las sentencias dictadas por el TJUE se encuentra en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, traspuesta a nuestro ordenamiento mediante una ley de contenido plural, Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en cuya exposición de motivos, refiere las dos Directivas aprobadas en el año 2000 que abordan el principio de igualdad desde dos ámbitos diferentes:

- la citada 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, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.
- y 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.

Con la transposición se pretendió adecuar la legislación española a las Directivas y establecer, según la misma “... *un marco legal general para combatir la discriminación por el origen racial o étnico de las personas en todos los ámbitos*”, realizando una definición legal de la discriminación, directa e indirecta, y modernizándose “...*la regulación de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo*”.

El concepto discapacidad no viene definido en la Directiva 2000/78, ni se remite al derecho de los Estados miembros, aunque ello no conlleva que no se tenga que buscar una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad.¹³¹ Consecuentemente tras recordar cuál es la finalidad de la Directiva, combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación, entiende que en ese contexto el concepto de discapacidad se refiere “...*a una limitación derivada de dolencias*

¹³¹ C-13/05 apartado 39.

físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional". Rechaza equiparar los conceptos de enfermedad y discapacidad por mera voluntad del legislador que escogió deliberadamente un término que difiere del de enfermedad.¹³²

Aun así, se resalta el decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 y la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad, ya que "*...demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de "discapacidad", se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración*"¹³³.

El despido motivado exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. Entiende el TJUE que el concepto discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, y que dicho obstáculo se pueda superar con un acondicionamiento de las condiciones en que el trabajador presta sus servicios.

6. Seguridad y salud laboral

En apartados anteriores, a los que se hace expresa remisión, se han referido pronunciamientos del TJUE en los que se ha considerado normativa europea relativa a seguridad y salud laboral, y ello relativo fundamentalmente a supuestos de tiempo de trabajo (asuntos C-303/98, C-241/99, C-97/16, C-55/18), vacaciones (C-342/01, C-277/08, C-78/11, C-194/12), maternidad y riesgo de lactancia (C-438/99, C-103/16, C-432/16). Junto a tales casos se dictó Sentencia el 19-5-2011 (C-256/10 y 261/10) sobre materia específica de ruido y que se analiza en este apartado.

6.1. Delimitación normativa

La normativa fundamentalmente analizada ha venido dada por:

- El art. 137 del Tratado constitutivo de la CE (actual 153 UE) que dispone que la Comunidad "*...apoyará y completará la acción de los Estados*

¹³² C-13/05 apartados 43 y 44.

¹³³ C-13/05 apartado 45.

miembros, con vistas a mejorar el entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores...”.

- Disposiciones 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.
- La Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que estableció las disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en materia de ordenación del tiempo de trabajo.
- La Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de armadores de la CE y la Federación de Sindicatos del Transporte de la UE.
- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, que lleva a cabo la codificación de la normativa europea que regulaba la ordenación del tiempo de trabajo, en tanto incidía en la seguridad y salud laboral.

Por lo que se refiere a la STJUE relativa al ruido en el trabajo, se analizó Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de febrero de 2003 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).

El considerando 10º ya resalta que “...*La reducción de la exposición al ruido se logra de manera más eficaz mediante la aplicación de medidas preventivas a partir de la concepción de los puestos y lugares de trabajo, así como mediante la elección de los equipos, procedimientos y métodos de trabajo, de manera que se conceda prioridad a la reducción de los riesgos en su origen*”, concluyendo que “...*las medidas de protección colectiva tienen prioridad sobre las medidas de protección individual*”.

Su artículo 2 procede a definir los distintos parámetros físicos¹³⁴. Su art. 3 establece los valores límite de exposición¹³⁵, determinando, lo que fue especialmente

¹³⁴ a) presión acústica de pico (Ppico): el valor máximo de la presión acústica instantánea ponderada «C» en frecuencia;

analizado por el TJUE en la Sentencia 19-5-2011 (C-256/10 y 261/10), que para los “valores límites de exposición”, se “...*tendrá en cuenta la atenuación que procuran los protectores auditivos individuales utilizados por los trabajadores*”, pero no para los “valores de exposición que dan lugar a una acción”.

6.2. Objetivos generales y medidas a adoptar

Establece la Directiva cuales sean las obligaciones de los empresarios:

- Determinar y evaluar los riesgos. Art. 4.
- Evitar o reducir la exposición. Art. 5.
- Protección personal. Art. 6.
- Limitación a la exposición. Art. 7.
- Información y formación de los trabajadores. Art. 8.
- Consulta y participación de los trabajadores. Art. 9.
- Vigilancia de la salud. Art. 10.

Por último, la Directiva dispuso que los Estados miembros habrían de adaptar su normativa nacional a lo dispuesto en la Directiva y ello antes del 15 de febrero de 2006, debiendo informar de ello a la Comisión.

7. Aspectos procesales

Varios han sido los pronunciamientos del TJUE, con ocasión de sendas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, en los que el aspecto procesal ha sido preeminente, omitiendo finalmente el análisis de la controversia de fondo. Así, en aspectos relativos a allanamiento, tasas judiciales u honorarios profesionales y competencia del propio TJUE en función de la naturaleza de la cuestión planteada.

b) nivel de exposición diaria al ruido (LEX,8 h) (dB(A), ref 20 µPa): promedio ponderado en el tiempo de los niveles de exposición al ruido para una jornada de trabajo nominal de ocho horas tal como se define en la norma internacional ISO 1999: 1990, punto 3.6. Se considerarán todos los ruidos existentes en el trabajo, incluidos los ruidos de impulsos;

c) nivel de exposición semanal al ruido (LEX,8 h): promedio ponderado en el tiempo de los niveles de exposición diaria al ruido para una semana de trabajo nominal de cinco jornadas de ocho horas, tal como se define en la norma internacional ISO 1999: 1990, punto 3.6 (nota 2).

¹³⁵ a) valores límite de exposición: LEX,8 h = 87 dB(A) y Ppico = 200 Pa (1), respectivamente;

b) valores superiores de exposición que dan lugar a una acción: LEX,8 h = 85 dB(A) y Ppico = 140 Pa (2), respectivamente;

c) valores inferiores de exposición que dan lugar a una acción: LEX,8 h = 80 dB(A) y Ppico = 112 Pa (3), respectivamente.

7.1. Allanamiento

La segunda cuestión prejudicial planteada por órganos judiciales españoles (la primera la planteó el extinto T. Central de Trabajo en fecha 21-3-87), lo fue por el TSJ del País Vasco en fecha 1-6-93, caso Zabala Erasun, C-126/86 y dio lugar a la STJCE de 15-6-95.

La Sentencia, como se referirá en su momento, no se pronunció sobre el fondo de la cuestión planteada por el TSJ del País Vasco, pero resulta relevante porque delimitó la propia competencia del TJCE¹³⁶.

El tema planteado por el TSJ País Vasco giraba sobre seguridad social y la problemática relacionada con prestaciones de seguridad social de los trabajadores transfronterizos que acreditan periodos de cotización en distintos países europeos.

No obstante, antes de dictarse sentencia se produjo allanamiento por parte de la demandada, INEM, de tal forma que la pretensión procesal del trabajador logró satisfacción extrajudicial, lo que motivó que el TJUE interesara del TSJ País Vasco manifestara si mantenía el planteamiento de la cuestión formulada, contestando afirmativamente por estimar que era un tema que, con independencia de la solución del caso concreto, interesaba su aclaración a nivel general.

La Sentencia finalmente dictada por el TJCE resaltó, lo que se ha de considerar criterio extensible a cualquier cuestión prejudicial planteada o que se pueda formular, que:

- el órgano jurisdiccional nacional sigue conociendo del caso quedando meramente pendiente durante la tramitación de la cuestión prejudicial.
- el órgano jurisdiccional nacional es el competente para determinar si el proceso ha finalizado por satisfacción de la pretensión del demandante.
- el TJCE no formula opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino interpretaciones necesarias para la solución efectiva de un litigio.

¹³⁶ Con el tratado de Lisboa cambio la denominación a TJUE.

7.2. Competencia TJUE

En diversas ocasiones se ha pronunciado específicamente el TJUE sobre su competencia, pudiéndose resaltar el caso Torralbo Marcos, (C-265/13), el caso Miravittles Ciurana (C-243/16) y el caso Barba II (C-426/17).

En el asunto Torralbo Marcos la declaración de incompetencia vino motivada por considerar que la cuestión suscitada (exceso en la fijación de honorarios de letrada) era cuestión hipotética que solamente se podría plantear cuando se hubiera dictado resolución sobre la ejecución de acuerdo conciliatorio, posterior declaración de insolvencia, solicitud ante el Fogasa y denegación por el mismo. Por tanto, no era una controversia sobre interpretación de normativa comunitaria (Directiva sobre insolvencia) ya que ello hubiera requerido la previa denegación de solicitud formulada al Fogasa, por lo que caía fuera de la competencia del TJUE.

En el caso Barba II, (C-426/17), la incompetencia del TJUE se declara por considerar que igualmente la controversia era un futuro, no era actual, ya que habría de dictarse previamente resolución del LAJ y ante oposición a ella es cuando cabría plantearse la cuestión relativa igualmente a materia relacionada con normativa europea sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia.

Para ello tuvo en cuenta lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 47, art. 51-1) y en el TFUE, 267.

Así el art. 47 de la Carta reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva a juez imparcial, señalando que *“...Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.*

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.”

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

El art. 51 señala que *“1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del 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 y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.*

2. 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.”

Por su parte el art. 267 del TFUE delimita las competencias del TJUE señalando que *“...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. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

Como en su momento se detallará la concreta pretensión del actor era relativa al acceso al recurso de suplicación que inicialmente se había denegado por no haber cumplido la exigencia de abono de tasa establecida por la Ley 10/12. La duda que se planteaba el Juzgador de instancia era si el hecho de que finalmente la pretensión del actor fuera conseguir la insolvencia para formular solicitud de prestación de garantía ante el FOGASA, suponía que la exigencia de la tasa vulneraría la normativa

comunitaria sobre dicha institución, a lo que se contesta negativamente, delimitando la competencia del TJUE.

Efectivamente, señala, la interrogante planteada en la cuestión prejudicial era relativa al acceso al recurso y no relativa a la garantía salarial, por más que muy posteriormente se declarara la insolvencia y se solicitara al Fogasa, por lo que no pretendiéndose directamente la aplicación de la normativa comunitaria tampoco sería de aplicación la carta en las referencias al acceso al recurso y por ende resultaría incompetente el TJUE.

Así pues y en resumen la doctrina a destacar sería la que determina que la competencia del TJUE exige que la controversia:

- Sea necesaria y útil para la resolución de la controversia.
- Sea real y existente.
- No se trate de meras opiniones en relación a hipotéticas y futuras controversias.

En una última Sentencia el TJUE volvió a declararse incompetente, en este caso por considerar que la materia sobre la que giraba la controversia, competencia de los juzgados de lo social para extender la responsabilidad de la deuda de la sociedad a los administradores de esta no tenía amparo en derecho comunitario. Fue en el caso *Miratvilles Ciurana*, C-243/16.

El TJUE consideró que la competencia para extender la responsabilidad de deudas sociales, por incumplimiento de normativa de sociedades de capital, no es materia regulada por el Derecho comunitario, en tanto que si bien la Directiva 2009/101/CE y la Directiva 2012/230/UE establecen garantías para protección de los intereses de los socios y terceros en relación a las sociedades de capital, no confieren al trabajador derecho a ejercitar la acción frente a los administradores ante la jurisdicción social.

Para ello tuvo en cuenta lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 47, art. 51-1) y en el TFUE (art. 267) y que se refirió con anterioridad en relación al caso *Barba II*.

A partir de ello refiere la Sentencia que la cuestión planteada, determinación de la jurisdicción competente para la extensión de la responsabilidad, era cuestión de la legislación nacional y caía fuera del ámbito competencial del TJUE.

Con tema de fondo relacionado con honorarios profesionales se han formulado dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE, curiosamente referidas a la misma trabajadora y sobre el mismo tema, en los que no se entró en el fondo de la cuestión quedando circunscrita finalmente a la legitimación para plantear cuestiones prejudiciales y la competencia del propio TJUE.

Así en el caso Barba Giménez I, C-269/16, la cuestión fue planteada por LAJ del Juzgado de lo Social 2 de Terrasa, por considerar que el importe de la minuta de honorarios, fijado unilateralmente según tarifas del colegio de abogados, podría cuestionar la Directiva 2005/29/CE del Parlamento y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales.

Es de resaltar que con posterioridad al Decreto de planteamiento se dictó Sentencia en asunto C-503/15 que daba contestación a cuestión prejudicial formulada por LAJ también de Juzgado de Terrasa, pero en este caso de violencia sobre la mujer, en la que se declaraba que en ámbito de jura de cuentas no estaba legitimado el LAJ para formular cuestión prejudicial al no ser “órgano jurisdiccional” a efectos del artículo 267 del TFUE en esa actuación. Los criterios que refiere el TJUE a la hora de determinar si el correspondiente órgano, más allá de su denominación, habría de considerarse como “jurisdiccional” a efectos de planteamiento de cuestión jurisdiccional fueron los siguientes:

- El origen legal del organismo,
- Su permanencia,
- El carácter obligatorio de su jurisdicción,
- El carácter contradictorio del procedimiento,
- La aplicación por el organismo de normas jurídicas,
- Su independencia.

Dos meses más tarde se volvió a plantear cuestión prejudicial en el mismo asunto, en esta ocasión por el propio titular del mismo Juzgado de lo Social, con análoga fundamentación, cuestionamiento de honorarios presentados por la letrada que había llevado el pleito a la Sra. Barba. (C-426/17) y a la que anteriormente se hizo referencia en relación a la competencia del propio TJUE.

8. Otras cuestiones

8.1. Libre circulación

Por último y cerrando el elenco de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles hasta diciembre de 2020 y en los que ha recaído pronunciamiento del TJUE, cabe resaltar la referida a libre circulación de trabajadores, cuyo marco referencial viene dado por las Directivas, derogadas actualmente, 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, y 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE que tienen como objetivo el desarrollo del principio de libre circulación previsto en el art. 48 del Tratado de la CE. Actualmente en vigor la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013 por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) no 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»).

Es el caso Fernández Bobadilla, C-234/95, en el que se declara que los Estados miembros pueden establecer requisitos para ejercer profesión no regulada por las Directivas (y por tanto que no requiere titulación de grado superior), entre ellos la convalidación de títulos expedidos por otros Estados miembros, siempre que dicha convalidación comparara los conocimientos adquiridos en uno y otro Estado y no estableciera requisitos complementarios que supusieran un gravamen que dificultara la libre circulación.

8.2. Muerte del empresario persona física

La STJUE de 10 diciembre de 2009, caso Rodríguez Mayor, C-323/08, analizó tangencialmente el tema de los despidos colectivos y la aplicación de la Directiva 98/59/CE, en supuesto de comunicación de extinción de los contratos de trabajo por muerte del empresario persona física, considerando que no sería de aplicación en tanto que no existiría empresarial al no haber continuado los herederos, o más concretamente la herencia yacente, la actividad empresarial.

PARTE ESPECIAL: ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

I. NO DISCRIMINACIÓN

1. Materias relacionadas con la maternidad

1.1. Su incidencia en la toma de posesión en el empleo público

✓ STJUE 16 febrero 2006, Caso Carmen Sarkatzis. C-294/04

a. Identificación de la sentencia

La primera vez que el TJUE se pronuncia sobre tema relacionado con la maternidad fue mediante Sentencia de su Sala Segunda, de fecha de 16 de febrero de 2006¹³⁷, que responde a cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 30 de Madrid.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho que origina el planteamiento de la cuestión se resume en:

- Trabajadora funcionaria interina del INSALUD.
- Es nombrada funcionaria fija tras aprobar pruebas de acceso.
- Su toma de posesión se pospone por encontrarse en permiso de maternidad.
- Solicita que su antigüedad se compute desde la fecha del nombramiento y el INSALUD considera que es desde la fecha de toma de posesión efectiva.

c. Marco normativo coetáneo

La norma española analizada en el Auto de planteamiento es la siguiente:

- Con carácter principal el Real Decreto 118/1991, de 25 enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, artículo 12.5, que establecía que quienes, dentro del plazo fijado, y salvo casos de fuerza mayor, no presentasen la documentación, no podrían ser nombrados y

¹³⁷ Asunto Carmen Sarkatzis Herrero contra Instituto Madrileño de la Salud. Identificación: ECLI:EU:C:2006:109. Ponente Sr. P.Kūris.

quedarán anuladas todas sus actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por falsedad en su instancia. En tal caso, la plaza se incluirá entre las convocadas en el siguiente proceso selectivo.

- Del mismo modo se hace expresa mención que ni la Orden 5 julio 1971, relativa al estatuto del personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seg. Social, ni la Ley, 39/1999, de 5 noviembre 1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, por su parte, contienen norma alguna directamente “conducente a resolver litigios como el presente”.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto, posiblemente por la peculiaridad del supuesto de hecho, no hace referencia a jurisprudencia nacional a la que estuviera compelido, ni que pudiera ser aplicada por analogía.

Sin embargo es de destacar que la Sentencia que finalmente dicta el juzgado sí hace referencia a pronunciamientos judiciales, tanto del orden contencioso administrativo (STSJ Navarra 12-5-1995¹³⁸), como del orden social (STSJ Aragón de 9-5-01¹³⁹), que coincidían en considerar que “...*la circunstancia de que una empleada que accede a la plaza fija o en propiedad, sea en uno u otro orden y con independencia de la naturaleza del vínculo de prestación, se encuentre en situación de baja por maternidad es enteramente irrelevante a efectos de toma de posición que en todo caso puede prorrogarse....*”, si bien señalaba posteriormente “...*pero sin que en modo alguno se puedan retrotraer sus efectos ni igualar las situaciones de dichas empleadas con quienes tomaron parte en el mismo proceso y no tuvieron que demorar su posesión por tal circunstancia*”.

Por tanto, dicha doctrina judicial, aunque no fuera de nuestro Tribunal Supremo, sí daba relevancia, para discriminar, a que el retraso en la toma de posesión de la adquisición de funcionario o laboral, en el caso concreto por razón de maternidad, si habría de incidir negativamente en la trabajadora.

¹³⁸ ROJ: STSJ NA 418/1995 - ECLI:ES:TSJNA:1995:418

¹³⁹ ROJ: STSJ AR 1396/2001 - ECLI:ES:TSJAR:2001:1396

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto de planteamiento de fecha 5 de julio de 2004 refiere expresamente que las autoridades administrativas nacionales, habían considerado, sin norma expresa, que la situación de la maternidad de la trabajadora constituye una situación análoga a la fuerza mayor y consecuentemente existe razón por la que se permite una demora en su incorporación, pero ello se hace, a su entender, dentro de lo que denomina, “*concesión graciosa, o al menos discrecional*” obligando a la trabajadora a formalizar una instancia o solicitud y no una mera comunicación con el “*...riesgo probable que pudiera ser denegando el derecho y obligarle a interponer recursos administrativos y judiciales*”.

Del mismo modo discrepa que la maternidad sea una situación equiparable a un caso fortuito o situación de fuerza mayor, sino que es una situación que merece protección legal, expresamente prevista y protegida por el ordenamiento jurídico comunitario, y formula las siguientes tres preguntas:

1. *Si las disposiciones comunitarias en materia de permiso de maternidad y de igualdad de trato de hombres y mujeres en el acceso al empleo ha de ser interpretada en el sentido de que una mujer que está disfrutando permiso de maternidad debe de disfrutar los mismos derechos que los demás aspirantes que hubieran superado el concurso de acceso a la función pública.*
2. *Si existe diferencia alguna posible por el hecho de que no accediera por primera vez a la función pública, ya que venía prestando servicios como interina.*
3. *Si por tanto la empleada interina que se encuentra en permiso por maternidad y obtiene plaza definitiva tiene derecho a tomar posesión y condición de funcionaria en igualdad de condiciones de los demás aspirantes que hubiera obtenido plaza, por tanto con misma fecha de inicio de su carrera y cómputo de su antigüedad.*

f. Conclusiones de la Abogada General¹⁴⁰

El día 10 de noviembre de 2005 se presentaron las conclusiones por la Abogada General, resumiendo la controversia en los siguientes términos: “*El presente caso trata*

¹⁴⁰ Sra. Christine Stix-Hackl.

esencialmente de si una mujer que se encuentra en permiso de maternidad sufre una discriminación -prohibida por el Derecho comunitario- cuando el Derecho nacional supedita la adquisición de la condición de funcionario -y las consecuencias jurídicas inherentes a dicha condición- a la efectiva toma de posesión del puesto.”

La conclusión de la Abogada es favorable a la cuestión planteada en línea con el Auto de Juez nacional y en base a la previsión contenida en el artículo 2, apartados 1 y 3, y el artículo 3 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.

Efectivamente el apartado 1 del art. 2 de la mentada Directiva dispone que *“El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar”*. El apartado 3 dispone que *“La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.”*

De ello considera que no cabría ninguna diferencia en la adquisición de la consideración de funcionario por el hecho de que la toma de posesión se hubiera pospuesto por el permiso de maternidad, remitiendo al juez nacional a la hora de determinar, aplicando el derecho interno de manera conforme a la Directiva, el día pertinente que adquirió la condición de funcionaria, sin que sufriera desventaja alguna respecto a otros funcionarios que hubieran superado igualmente el procedimiento de selección.

g. La sentencia del TJUE

El 16 de febrero de 2006, se dictó la Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), argumentando en la misma línea que lo había hecho el órgano remitente y la Abogada General en sus conclusiones.

Resalta en un primer momento que, contrariamente a lo referido en el Auto de planteamiento, no sería de aplicación la Directiva 96/34 de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. Tampoco lo sería la Directiva 92/85, 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, dado que la misma hace referencia a reincorporación a su empleo anterior, dado que al adquirir la condición de funcionaria accedió a un nuevo empleo, y no a su “...empleo anterior”.

Por ello considera que las cuestiones habrían de analizarse en base a 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, a fin de analizar si cuando se encuentra en permiso maternal en el momento de su nombramiento, el aplazamiento de la toma de posesión constituye una discriminación por razón de sexo. Para ello resalta que:

- La Directiva referida se aplica también a las relaciones de empleo público, al tener un alcance general.
- Que la misma prohíbe toda discriminación, directa e indirecta en las condiciones de acceso al empleo, acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, en la formación profesional, reciclaje, experiencia laboral práctica, en las condiciones de empleo y de trabajo.
- Por tanto, el embarazo no cabe considerarse como negativa a la contratación, sino que desde el primer momento no puede, por su embarazo, ocupar el puesto (caso Mhlburg).
- Que cualquier trato desfavorable, por disfrutar del permiso de maternidad, supondría una discriminación.

No obstante, refiere la Sentencia que de los autos no se podría deducir si de conformidad con la legislación española el periodo de interinidad se considera a efectos de progresión de la carrera profesional, remitiendo al órgano jurisdiccional remitente averiguar si la actora, en base a dicha normativa, habría sido objeto de un trato desfavorable.

Con las anteriores consideraciones concluye contestado en los siguientes términos:

“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, se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad”

h. La sentencia Tribunal Español

Tan solo unas semanas más tarde, el 1 de marzo de 2006, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 30 de Madrid¹⁴¹, por la que, en consonancia con la STJUE, estima la demanda interpuesta por la actora frente al Servicio Madrileño de Salud, declarando *“...su derecho a la antigüedad en su relación de servicio como auxiliar administrativo a todos los efectos de la fecha de su nombramiento de 20.12.2002, condenando al SERMAS demandado a estar y pasar por la anterior declaración y reconocimiento de derecho”*.

Y es que, refiere la Sentencia, lo contrario supondría que *“...por la sola circunstancia de su maternidad, es objeto de una diferencia de trato enteramente injustificada, ya que en lo sucesivo....-tendría- una antigüedad inferior a los restantes aspirantes, dado que a la actora, que actuó con toda diligencia, previa manifestación de su estado, se le impidió tomar posesión y se le facultó, conceptuándolo como una concesión graciosa, y no como un derecho suyo, para solicitar una prórroga, pero en modo alguno se...-admitía- que los efectos de la toma de posesión puedan retrotraerse al momento en que debió tener lugar la toma de posesión de no haber sido por el estado de la actora.”*

i. Breve valoración

El análisis de la Sentencia del año 2006, con auto de planteamiento del año 2004, pone de manifiesto, una vez más, la importancia que ha tenido la doctrina del TJUE a la hora de acompañar e impulsar los cambios jurídicos y culturales en relación con la cada vez más deseada real igualdad entre hombre y mujer y la eliminación de las

¹⁴¹ Sentencia nº 57/2006, autos 945/03.

trabas que suponía la maternidad para la mujer en su progresiva incorporación al trabajo. Piénsese, como sucede en otras cuestiones, que hoy día un planteamiento de la administración en los mismos términos que los tenidos en el caso analizado sería difícilmente que se diera. Pero para ello, para ese cambio “cultural” han sido necesarias iniciativas, como la tenida por el Juzgado de lo Social que planteó la cuestión prejudicial, y de otros muchos juzgados y en general órganos judiciales, que han coadyuvado al mismo, junto con otros comportamientos en distintas instancias de nuestra sociedad.

En ese sentido se ha de resaltar la trascendencia múltiple que han tenido y tienen los pronunciamientos del TJUE, tanto en su recepción por pronunciamientos de posteriores resoluciones judiciales españolas, como por análisis por la doctrina, como, en fin, en muchas ocasiones por su trascendencia mediática.

Así la doctrina la ha comentado desde distintas perspectivas y ocasiones.

La profesora Ana De La Puebla Pinilla¹⁴² resaltó la peculiaridad del caso analizado, ya que “...se trata no de una desigualdad durante el desarrollo de la relación laboral sino del acceso a un nuevo empleo durante un permiso de maternidad, con aplazamiento de su toma de posesión hasta el término de dicho permiso. No se trata pues de una discriminación que afecte a una relación ya existente sino a un nuevo empleo”. En ese sentido el Tribunal no buscaría la igualdad puramente formal sino material, por lo que posponer la toma de posesión de la Sra. Sarkatzis suponía un trato desfavorable en el sentido de la Directiva 76/207/CEE.

Por su parte María Teresa De La Cruz Martínez,¹⁴³ con ocasión de su comentario a STC 162/2016 indica que la misma se hizo eco de la del TJUE, caso Sarkatzis Herrero, señalando que los “...permisos y licencias relativos a la maternidad no pueden equipararse al resto de permisos y licencias”, admitiendo el amparo al constatar que “...el aplazamiento de las fechas señaladas para la toma de posesión fue exclusivamente consecuencia del permiso de maternidad que se disfrutaba”.

¹⁴² Puebla Pinilla, Ana (de la). “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 67, marzo 2007, pág. 303.

¹⁴³ Cruz Martínez, María Teresa (de la). “Comentarios jurídicos sobre la STC nº 162/2016 (Sala Primera)”. *Revista de Derecho Uned*, núm. 20, 2017, pág. 12.

Andrés Ramón Trillo García, “*Los subsidios de la Seguridad Social en el Derecho de la Unión Europea*”¹⁴⁴, sintetizaba la doctrina del TJUE en el sentido de que el reconocimiento del derecho a permiso por maternidad por razón de parto conlleva protección de la trabajadora frente a cualquier trato desfavorable por haber disfrutado de un permiso, remitiéndose al asunto Sarkatzis que consideró discriminatorio que no se reconozca a trabajadora que se encuentra en permiso por maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes.

Igualmente cita la Sentencia M.^a Inmaculada Benavente Torres¹⁴⁵, refiriendo que a tenor de la doctrina del caso Sarkatzis “...*tampoco cabe el aplazamiento de la toma de posesión de la funcionaria por razones vinculadas al disfrute del descanso por maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad*”.

Así mismo se refiere a ella la “*Memoria de la abogacía general del estado, dirección del servicio jurídico del estado*” publicada por el Ministerio de Justicia en el año 2006¹⁴⁶, señalando que “...*El Tribunal de Justicia considera que 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, se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.*”

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

Como se refirió con anterioridad, se irá haciendo una breve referencia de la primera y última sentencia de órgano judicial español, principalmente del Tribunal

¹⁴⁴ Trillo García, Andrés Ramón. Los subsidios de la Seguridad Social en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pág. 169.

¹⁴⁵ Benavente Torres, M^a Inmaculada. “El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo”, *Ediciones Laborum*, 2016.

¹⁴⁶ Pág. 45.

Supremo, y en su defecto de TTSSJ, que han citado o aplicado la doctrina de cada una de las Sentencias del TJUE que se analizan.

- La primera Sentencia de TSJ que la cita fue la del TSJ Cataluña de 22-1-08 (ROJ. STSJ CAT 714/2008, ECLI:ES:TSJCAT:2008:714), que analizó el despido producido al solicitar reducción de jornada por cuidado de hijo menor tras la reincorporación posterior al permiso de maternidad, que llevó a la declaración de nulidad del mismo, al existir indicios de que el mismo estaba relacionado con la maternidad, revocando la de instancia que había declarado la improcedencia.
- La última Sentencia de TSJ que se tiene constancia es la del TSJ de Galicia (ROJ: STSJ GAL 5590/2012, ECLI:ES:TSJGAL:2012:5590) que confirmó la de instancia en relación a complemento de productividad de la que se había excluido a la actora por estar en situación de incapacidad temporal por amenaza de aborto, y estimó parcialmente la demanda, señalando que “...*la situación de incapacidad temporal por amenaza de aborto es una situación solamente predicable del sexo femenino, de modo que, si la tomáramos como justificante de la exclusión del devengo del complemento, estaríamos avalando una discriminación por razón de sexo...*”

1.2. Los efectos, en las bases reguladoras, de la reducción de jornada

✓ STJUE 16 julio de 2009. Caso Gomez-Limon. C-537/07

a. Identificación de la sentencia

La segunda ocasión en que se analizó la incidencia de maternidad/paternidad en la esfera de las relaciones laborales fue en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 julio 2009¹⁴⁷, respondiendo a cuestión prejudicial planteada, nuevamente, por el mismo Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid en fecha 20 de noviembre de 2007.

Se ha de resaltar que es cuestión que gira sobre bases reguladoras de prestaciones de seguridad social, siendo así que el presente trabajo es sobre cuestiones prejudiciales españolas en materia laboral, excluida seguridad social. No obstante ello

¹⁴⁷ Asunto Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Alcampo SA. Identificación ECLI:EU:C: 2009:462. Ponente Sr.U. LÖHMUS.

se hace una excepción (así como en algunas otras ocasiones) por estimar que esta cuestión es fronteriza, en tanto que incide de manera significativa en la “utilización” de la reducción de jornada como medida de conciliación de la vida laboral y familiar.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho que se somete a análisis judicial, cabe resumirlo de la siguiente forma:

- Trabajadora que solicita reducción de jornada por cuidado de hijo.
- Estando en dicha situación inicia proceso de I.T. que finaliza declarándole en situación de incapacidad permanente total.
- La base reguladora se calcula teniendo en cuenta las bases de cotización realmente tenidas durante el periodo de reducción de jornada.
- La actora demanda por considerar se debieron tener en cuenta bases equivalentes a su jornada ordinaria y no reducida, ya que en caso contrario no tendría valor alguno las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral y entre ellas la reducción de jornada para cuidado de hijo.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo que considera de aplicación el Auto de planteamiento venía dado por las siguientes disposiciones:

- Estatuto de los Trabajadores: Art. 37.5, que posibilitaba la reducción de jornada (entre un mínimo de un tercio y un máximo de la mitad) por cuidado de hijo para promover la conciliación de la vida familiar y laboral.
- Ley General de la Seguridad Social: Artículo 139, apartado 2 y Artículo 140, apartado 1., que establecían el porcentaje de la prestación de incapacidad permanente total, 55%, y la base reguladora, la de los últimos 96 meses dividido por 112.
- La Ley Orgánica 3/2007 que dio nueva redacción el art. 180 de la LGSS, estableciendo que en caso de reducción de jornada para cuidado de hijos los dos primeros años se considerarían cotizado al 100% de la base de

cotización. No obstante, dicha normativa habría entrado en vigor con posterioridad a los hechos que analiza, por lo que no podría aplicarla por la irretroactividad de la misma.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto no hace referencia a jurisprudencia española, quizá por la convicción de que era pacífico el criterio de considerar a las cotizaciones realmente realizadas y ello hasta tanto se dictó la Ley Orgánica 3/2007.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El extenso Auto, de fecha 27 de noviembre de 2007, dictado por el Juzgado de lo Social número 30, plantea 5 cuestiones prejudiciales, pero en esencia lo que solicita son aclaraciones de la cláusula 2, apartados 6 y 8, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, recogido en el anexo de la Directiva 96/34 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco sobre el permiso parental»), y de la Directiva 79/7/CEE.

El Auto repasa la doctrina del TJUE en cuanto al propio planteamiento de cuestión prejudicial, señalando que “...tanto del tenor como del sistema del artículo 234 CE se desprende que los órganos jurisdiccionales nacionales solo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales en la medida en que ante ellos penda un litigio en el que proceda adoptar una decisión que puede tener en cuenta la sentencia prejudicial...”, concluyendo que “...la justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de u litigio...”.

Por ello señala que “...las cuestiones que se suscitan se refieren únicamente a la dimensión comunitario del litigio, dejando al margen las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, y solamente en la medida en que es necesario para resolver el litigio determinar las condiciones de aplicabilidad y la interpretación del Derecho Comunitario, de modo directamente relevante para la solución del pleito, que está en directa relación y directa dependencia con la interpretación que proceda dar a las disposiciones comunitarias y doctrina jurisprudencial de ese Tribunal de Justicia”.

Posteriormente repasa las Directivas que considera de aplicación. Así:

- Directiva 96/34/CE 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 («Acuerdo marco sobre el permiso parental»).

Refiere que la cláusula 2 número 3 ap a) remite a los Estados a la hora de establecer si el permiso parental se instituye a favor de los trabajadores, hombres o mujeres, y como medida para promover la igualdad de oportunidades, en forma de jornada parcial o en otra forma. Y que el apartado 6 establece que los derechos adquiridos o en curso de adquisición a la fecha de inicio del permiso se mantendrán sin modificación, entre ellos los derechos a las prestaciones de seguridad social.

A partir de ello plantea la duda de si es posible que la reducción de jornada y salario por cuidado de hijo se proyecte negativamente sobre la futura pensión de incapacidad a recibir, diferenciándolo si no hubiera tenido dicha reducción.

- 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.

En relación a la misma plantea la duda de si dado que la misma impone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, sea directa o indirecta, en relación a los regímenes legales que aseguren una protección contra distintos riesgos, entre ellos el de enfermedad, la misma se vulneraría por normativa como la española que discrimina en función de dicha reducción de jornada y salario.

A partir de tales consideraciones, extensamente desarrolladas, plantea cinco cuestiones, que cabe resumir de la siguiente forma:

- Si es posible que el disfrute del periodo de permiso parental, en caso de reducción de jornada y salario por cuidado de hijos menores, pueda afectar negativamente a los derechos en trance de adquisición de quienes disfrutan de permiso parental y si se puede invocar el principio de no afectación de derechos adquiridos o en trance de adquisición.

- Si la expresión “*derechos adquiridos o en trance de adquisición*”, es en relación solamente a las condiciones de trabajo o también a derechos adquiridos o en trance de adquisición en materia de seguridad social.
- Si la normativa comunitaria es compatible con legislación nacional que permite que la reducción de jornada por permiso parental incida negativamente en las futuras prestaciones de seguridad social a percibir.
- Si, en definitiva, una permisibilidad como la referida, puede considerarse una discriminación directa o indirecta contraria a las previsiones de la Directiva 1979/7 CEE de 19 de diciembre.

*f. Conclusiones de la Abogada General*¹⁴⁸

El 4 de diciembre de 2008 se presentaron las conclusiones por la Abogada General, considerando:

- En primer lugar, que no se aplica a los casos de seguridad social la cláusula 2, apartado 6¹⁴⁹, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, anexo a la Directiva 96/34/CE 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.

Considera que no puede invocarse judicialmente contra autoridades dado que la cláusula 2, apartado 8¹⁵⁰, del mismo Acuerdo marco no impone a los Estados miembros ninguna obligación precisa, concreta e incondicional.

- En cuanto al fondo del caso considera que no es incompatible con el derecho comunitario el cálculo *pro rata temporis*, aun cuando la razón que motive la reducción de la jornada laboral sea el disfrute de un permiso parental.

¹⁴⁸ Sra. Eleanor Sharpston.

¹⁴⁹ “6. *Los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales.*”

¹⁵⁰ “8. *Todos los asuntos de seguridad social vinculados con el presente Acuerdo habrán de ser examinados y determinados por los Estados miembros de conformidad con la legislación nacional, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos, y en particular los cuidados sanitarios.*”

g. La sentencia del TJUE

La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de julio de 2009 contesta a las cuestiones planteadas por el Auto del Juzgado de lo Social.

En primer lugar, expresa su no coincidencia con la alegación de la Abogada General respecto a la aplicabilidad directa de la Directiva 96/34/CEE, declarando que la cláusula 2, apartado 6, puede ser invocada por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales y aplicada por el Juez al ser suficientemente precisa.

Ya en cuanto al fondo del caso concluye señalando que:

- No se opone a la norma europea una norma nacional que prevea la utilización del método de caculo prorata temporis, es decir, que *“...tenga en cuenta, a la hora de calcular la pensión de incapacidad permanente de un trabajador, la circunstancia de que ha disfrutado de un permiso parental a tiempo parcial, durante el que ha cotizado y ha adquirido derechos a pensión en proporción al salario percibido”*; considerando que constituye un criterio objetivo y ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo remitiéndose a sentencias propias como la del 23 de Octubre de 2003.¹⁵¹
- Que la cláusula 2, apartado 8 del Acuerdo, no impone a los Estados miembros más obligación que la de examinar y determinar los casos de seguridad social vinculados con dicho acuerdo de conformidad con la legislación nacional, y en particular no les impone la continuidad en la percepción de prestaciones durante el permiso parental, y que esta cláusula no puede invocarse por los particulares frente a las autoridades.
- Señala que no existe discriminación directa, en el sentido de la Directiva 79/7, por el hecho de que la normativa establezca que durante el periodo de reducción de jornada se genera derecho a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo trabajado y por tanto del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo, puesto que se aplica indistintamente a hombres y mujeres.

¹⁵¹ Asunto Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02 apartados 90 y 91.

- Y finalmente descarta la existencia de discriminación indirecta, aun aceptando lo informado por el órgano remitente en cuanto a que son las mujeres quienes “...optan mucho más frecuentemente que los hombres por disfrutar de períodos de reducción del horario de trabajo para encargarse de la educación de los hijos, con reducción proporcional del salario y la consiguiente disminución de los derechos de seguridad social derivados de la relación laboral”, puesto que la jurisprudencia viene sosteniendo que la discriminación consiste en” *la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes* “ y en una actividad a tiempo parcial, “*se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse a la de un hombre o una mujer que trabaje a tiempo completo*”.

h. La sentencia Tribunal Español

Consecuencia de la STJUE, que discrepa radicalmente del criterio del titular del Juzgado de lo Social número 30 de Madrid¹⁵², se dicta finalmente sentencia en fecha 27 de julio de 2009, desestimando la demanda en su totalidad.

Aun así hace mención en su FD Sexto a la Disposición Adicional Decimoctava, Apartado Doce de la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo, no aplicable al caso concreto por tratarse de una prestación causada con anterioridad a la entrega en vigor de esa ley, que da nueva redacción al art. 180 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), indicando, en su número 3, que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el art. 37.5 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores se computaran incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones reseñadas en el apartado 1 del mismo artículo 180 y que son, entre otras, las prestaciones de incapacidad permanente, como la reclamada en el litigio presente.

i. Breve valoración

Es relevante la sentencia del TJUE puesto que vino a descartar la existencia de discriminación indirecta, alegada y justificada en el porcentaje mayoritario de mujeres

¹⁵² Sentencia nº 390/09, autos 1137/2004.

que acceden a la reducción de jornada y por tanto verían reducida una posible prestación de seguridad social por el único motivo de que las situaciones no son comparables por estar ante contratos a tiempo completo y contratos a tiempo parcial. Se trata de criterio que, como señaló el Juzgador español en su sentencia definitiva, vino superada por la modificación legal operada por la ley orgánica 3/07 que no pudo aplicar al supuesto planteado por ser anterior a su publicación.

Y es que, como refiere Rodríguez Rodríguez, E.,¹⁵³ el TJUE ha tenido una postura restrictiva “...respecto del trabajo a tiempo parcial, en particular cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social públicas cuya contingencia acontece o deriva de esa modalidad contractual...”, y ello por la “...reserva de competencias de los Estados miembros en política social...”, que ha tenido un efecto adverso por razón de sexo.

Nuria de Nieves Nieto¹⁵⁴ resaltó precisamente la posible contradicción de pronunciamientos del TJUE en materia de reducción de jornada. Así refirió que en el año 2009 se dictaron dos sentencias, asuntos Gómez Limón y Meerts, en sentido diferente, pero que “...sin embargo, no parecía constituir una contradicción porque en el asunto Gómez Limón la cuestión giraba en torno a una prestación de Seguridad Social (por incapacidad permanente total cuyo importe había sido calculado sobre las cotizaciones aportadas durante el período de trabajo a tiempo parcial por guarda de su hijo menor) cuya configuración y alcance era competencia exclusiva interna, mientras que en el asunto Meerts la cuestión era exclusivamente retributiva.”¹⁵⁵.

¹⁵³ Rodríguez Rodríguez, E. “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, núm 1. 2021, Vol 11, pag. 69.

¹⁵⁴ Nieves Nieto, Nuria de. “Permiso parental y protección en caso de despido a la vista de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 1. 2.001, Vol I, pag. 126.

¹⁵⁵ “Atendiendo de forma estricta a criterios de atribución competencial, los parámetros para determinar el salario relevante para calcular una prestación de Seguridad Social no resultaban contrarios al derecho de la UE porque no formaban parte de sus competencias. Sin embargo, cuando el TJUE tiene competencias para actuar, porque la cuestión se mueve estrictamente en el ámbito de responsabilidad indemnizatoria por parte del empresario en relación al salario percibido, establece que el ejercicio del derecho al disfrute de los permisos parentales no puede impedir el acceso a otros derechos, en particular, el derecho a la indemnización que hubiera correspondido por extinción si el trabajador no se hubiera encontrado en situación de permiso parental.”

Lousada Arochena¹⁵⁶ señaló en su tesis doctoral que la justificación del TJUE dada en supuestos de posible discriminación indirecta en la Seguridad Social Pública, con fundamento en el art. 71.b de la Directiva 79/7/CEE, que salvaguarda la competencia de los Estados miembros para “*las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos (y) la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos*”, por lo que la STSUE del asunto Gómez Limón habría declarado que “*...durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera 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*”.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ que la cita es del TSJ Andalucía, Granada, de 1 diciembre de 2010 (ROJ: STSJ AND 5252/2010, ECLI:ES:TSJAND:2010:5252), sobre el efecto de la Directiva, señalando que, “*siempre que las disposiciones de una Directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado miembro, particularmente en su condición de empleador (vid. sentencias de 20 de marzo de 2003 [TJCE 2003, 86], Kutz-Bauer, C-187/00, Rec. p. I-2741, apartados 69 y 71; de 15 de abril de 2008 [TJCE 2008, 82], Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartado 57, así como de 16 de julio de 2009 [TJCE 2009, 229], Gomez-Limon Sánchez-Camacho, C-537/07, Rec. p. I-0000, apartado 33), pero no en relaciones horizontales entre particulares (sentencia Marshall de 26 de febrero de 1986, asunto C152 /84)*”.
- La última sentencia es la del TS de 30 de mayo de 2019 (ROJ: STS 2272/2019. ECLI:ES:TS:2019:2272), que la cita tangencialmente en controversia sobre indemnización por finalización de contratación de interinidad, señalando que el derecho comunitario, “*... es de interpretación y aplicación directa por los órganos jurisdiccionales (TJCE 16-7-09, C-537/07 y 24-6-10, C-98/09)*”.

¹⁵⁶ LousadaArochena, José Fernando “El principio de igualdad de mujeres y hombres En especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, pág.238.

✓ **ATJUE 21 octubre 2009. Caso Flores Fanega. C-452/04**

a. Identificación del Auto

En fecha 21 de octubre de 2009 se dictó Auto de desistimiento por el presidente del Tribunal de Justicia. Como en otras ocasiones se dictó Auto en base a previa comunicación del Tribunal proponente, en este caso el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que interesaba el desistimiento y archivo¹⁵⁷.

b. Problema suscitado

El supuesto era similar al analizado en la Sentencia anterior y que se reitera.

- Trabajadora operaria en planta de industria de tratamiento de piedra.
- Solicita declaración de incapacidad permanente por asma bronquial.
- En el periodo de cálculo de base reguladora estuvo en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo menor durante dos años.
- El INSS calcula la base reguladora teniendo en cuenta el salario realmente percibido durante la reducción de jornada.
- La resolución del INSS es desestimatoria por considerar las secuelas no invalidantes.
- La trabajadora demanda tanto en lo referente al reconocimiento de incapacidad permanente total, como al cálculo de la base reguladora, considerando que el periodo de reducción de jornada debió considerarse el salario al 100% de jornada.

c. Marco normativo y criterio jurisprudencial coetáneo

Se hace expresa remisión a la del supuesto anterior, existiendo tres meses de diferencia entre las fechas de los distintos Autos de planteamiento de la cuestión prejudicial.

d. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Se plantea cuestión prejudicial por el TSJ del País Vaco en fecha 29 de julio de 2008 en el mismo sentido que el formulado por el Juzgado Social 30 de Madrid (caso

¹⁵⁷ Caso Emilia Flores Fanega contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Bolumburu S.A. Identificación ECLI:EU:C:2009. Ponente Sr. V. SKOURIS.

Gómez Limón), refiriendo que la normativa española vulneraría el principio de igualdad de trato al provocar discriminación directa o indirecta a la mujer.

e. Auto del TJUE

Por el secretario del TJUE se remitió al TSJ del País Vasco, sentencia recaída en caso C-537/07, Gómez Limón (no publicada en ese momento todavía), indicándole que dado el contenido de dicha Sentencia si deseaba mantener la cuestión prejudicial formulada.

El 29 de septiembre de 2009, se dictó Auto por el TSJ del País Vasco en cuyo fundamento único se señala que “...*La sentencia de fecha 16 de julio de 2009, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso C-537/CE, ha dado respuesta a las cuestiones a las que hacía referencia el auto de 29 de julio de 2008, de esta Sala, empleando similar argumentación a la utilizada por el Juzgado de lo Social que lo suscitó, lo que, de conformidad con lo alegado por las partes personadas y por el Ministerio Fiscal, conduce a la conclusión de que las dudas que planteaba la citada resolución han quedado completamente despejadas, y que el mantenimiento de dicha cuestión resulta totalmente innecesario, por lo que procede informar en tal sentido al órgano comunitario, alzar la suspensión acordada y resolver el recurso.*”

En función de ello se acordó informar al TJUE de que “...*no mantiene las preguntas planteadas...al haber quedado resueltas por la sentencia el citado Tribunal de 16 de julio de 2009. B) Alzar la suspensión del procedimiento y resolver el presente recurso de suplicación*”.

El 21 de octubre de 2009 se dictó Auto por el TJUE por el que se acordó archivar el caso.

f. La sentencia Tribunal Español

El 13 de octubre, por tanto incluso antes de que se dictara el Auto por el TJUE, se dicta sentencia por el TJS de la Comunidad Autónoma del País Vasco¹⁵⁸, estimando parcialmente el recurso en cuanto al grado de afectación de la incapacidad, reconociéndosele en situación de I. Permanente Total, pero desestimando la solicitud de que la base reguladora de la pensión se calculara, en relación al periodo de reducción de jornada, con el salario correspondiente al 100% de la jornada, sin reducción alguna.

¹⁵⁸ Recurso de suplicación nº 354/08. ROJ: STSJ PV 4010/2009 - ECLI: ES:TSJPV:2009:4010.

g. Breve valoración

Se trata de supuesto análogo al del caso Gómez Limón y que precisamente motivó que se desistiera de la cuestión prejudicial formulada por el TSJ del País Vasco. Es por ello por lo que se hace expresa remisión a la valoración ya realizada sobre aquel caso.

1.3. La titularidad indiferente del permiso de lactancia

✓ **STJUE 30 septiembre 2010. Caso Pedro Manuel Roca Álvarez. C-104/09**

a. Identificación de la sentencia

Nueva Sentencia, en este caso desde la perspectiva del disfrute del permiso de lactancia por el padre, es analizada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda)¹⁵⁹.

b. Problema suscitado

La controversia giraba sobre la solicitud del permiso previsto en el art. 37.4 E.T., (permiso lactancia) por parte de trabajador, que le es denegado por la empresa donde presta servicios como reportero gráfico, alegando dos motivos:

- En primer lugar, que el permiso es de titularidad exclusiva de la madre y
- Que en todo caso era requisito que la madre fuera trabajadora por cuenta ajena y no autónoma como ocurría en este caso.

El trabajador (Señor Roca) interpuso demanda, en fecha 28-4-05, turnándose al Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña, que desestimó la demanda por dos motivos:

- Al considerar que el permiso pretendido está reservado a las «trabajadoras», y consecuentemente se concede exclusivamente a las madres.
- Porque sería un derecho que beneficia a la madre que tuviera la condición de trabajadora por cuenta ajena, condición que tampoco concurre.

Frente a la Sentencia se formaliza recurso de Suplicación que es conocido por el TSJ de Galicia que formula la cuestión prejudicial que se analiza en fecha 13-2-2009.

¹⁵⁹ Asunto Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT SA. Identificación: ECLI:EU:C:2010:561. Ponente Sr. P. LINDH.

c. Marco normativo coetáneo

La Auto noticia al TJUE que la normativa nacional aplicable vendría dada por el art. 37.4 del E.T., en la redacción vigente en el momento de la solicitud, en el que se regulaba el permiso de lactancia por hijo menor de nueve meses, lo que supondría el derecho a una ausencia del trabajo que podría dividirse en dos fracciones.

El artículo señalaba que “...*Las trabajadoras.....tendrán derecho a una ausencia del trabajo....*”. “...*Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen*”, inciso introducido por la reforma operada por la L.O. 3/2007.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En cuanto a criterio jurisprudencial coetáneo el Auto de planteamiento solo se refiere a Sentencia del TC 109/1993, de 25 de marzo, por tanto, anterior a la reforma llevada a cabo por LO 3/2007, y por ende sin la inclusión de que podría ser disfrutado el permiso indistintamente por padre o madre cuando ambos trabajen.

En dicha Sentencia se había concluido que “...*el otorgamiento por el precepto cuestionado a la madre sin mención del padre del derecho a ausentarse durante una hora de trabajo «por lactancia de un hijo menor de nueve meses», no vulnera el derecho del segundo a la igualdad en las condiciones de trabajo en relación con la mujer ni, por tanto, ha de considerarse como discriminatorio por razón de sexo...*”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, parte de normativa comunitaria que tiende a lograr la igualdad entre hombre y mujeres imponiendo obligaciones positivas que promuevan dicha igualdad en todas las actividades.

Así ya desde el Tratado, art 141, como los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales, se prohíbe toda discriminación por razón de sexo y se consagra el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Por su parte, sigue refiriendo el Auto, la Carta Social europea de 18 octubre de 1961, como la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, de 1989, tienen como objetivo, entre otros, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

Igualmente se refiere a 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, la formación y promoción y a las condiciones de trabajo, contemplando el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que “...supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar...”.

Así mismo resalta la Directiva 1996/34/CE, de 3 junio que según su art. 1 “...tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES), que figura en el Anexo” y Directiva 1996/34/CE, de 3 junio 1996, que establece disposiciones mínimas para facilitar la “...conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajen...”, y en concreto la concesión de “...un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo...”.

A partir de tal normativa analiza los hechos, considerando que la Sentencia recurrida consideraría “...el permiso de lactancia...un permiso de titularidad exclusivamente de la madre...”, dada la redacción del Estatuto de los Trabajadores que hace referencia a “Las trabajadoras...”, y ello en el marco de relación laboral por cuenta ajena que es la regulada por dicho Estatuto.

Ello le lleva a estimar que el permiso de lactancia cabría considerarse dentro del campo de la Directiva 1996/34/CE del Consejo de 3 de junio relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, llegando a dicha conclusión por diversos motivos:

- Porque si bien su origen, en el año 1996, fue facilitar el amamantamiento por parte de la madre, en la actualidad se ha desvinculado del hecho biológico, al equipararse a la lactancia artificial, por lo que se ha de considerar un tiempo de “...cuidado en favor del hijo”, siendo voluntario hacerlo de una forma u otra.
- El propio Estatuto, el mentado art. 37.4, ya admite su disfrute por padre o madre, pero solo cuando “...ambos trabajen”, entendiéndose que ello

suponía una trasposición restrictiva, en relación a la madre que trabaje por cuenta ajena y no por cuenta propia.

- Que el permiso es retribuido sin abono alguno de fondos públicos, por lo que si solo se reconoce a la trabajadora cuando es por cuenta ajena, ello puede suponer un efecto desincentivador de su contratación.
- Por otro lado, resalta que se ha de diferenciar el permiso de lactancia, de la prestación de “*riesgo durante la lactancia natural*”, que ello sí supone una suspensión del contrato y que tiene relación inequívoca con el hecho biológico.

Por último, considera que también cabría considerar incluido el permiso de lactancia en la Directiva 1996/34/CE del Consejo de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, considerando que en derecho español no existe un “permiso parental único”, sino que la finalidad de la Directiva se cumple a través de diversas instituciones entre otras precisamente el permiso de lactancia.

A partir de ello estima que considerar el derecho al permiso de lactancia como de titularidad exclusiva de la mujer podría resultar discriminatorio y contrario al principio de igualdad de trato. Así si la madre no es trabajadora por cuenta ajena el padre nunca tendría derecho a dicho permiso, no existiendo una justificación razonable, partiendo, se insiste en el Auto, de que se ha desvinculado el permiso con el hecho biológico al admitirse por la propia jurisprudencia española el permiso para lactancia distinta a la estrictamente maternal.

En fin, también considera que, si bien la Directiva 2002/73/CE hace referencia a la protección de la mujer en periodo de embarazo y maternidad, ello no ha de ser en forma tal que conlleve una derogación del principio de igualdad de trato, máxime cuando en el permiso de lactancia se estaría protegiendo fundamentalmente “...*el cuidado del niño*”.

Por tales consideraciones estima oportuno plantear la cuestión prejudicial, discrepando del Ministerio Fiscal en cuanto a la no procedencia en base a la posibilidad de recurso a nivel interno. A tales efectos, lo que resulta relevante, refiere al TJUE que la Sala de lo Social de Galicia “...*como juez nacional y juez comunitario que debe aplicar la normativa nacional pero también la comunitaria puede tener dudas acerca*

de la legalidad de la primera en relación a la segunda lo que justifica el planteamiento de la cuestión ya en este momento procesal. Y, asimismo, se produce la pertinencia objetiva de la cuestión prejudicial teniendo en cuenta que, de considerar que el precepto en cuestión es contrario al principio de igualdad de trato por razón de sexo conduciría a una solución distinta a la adoptada por la instancia sin necesidad de agotar todas las instancias judiciales.”

Con las anteriores consideraciones formula la cuestión prejudicial en los siguientes términos literales: “*¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 13 del Tratado y en la Directiva 76/207 [...] y en la Directiva 2002/73 [...], una Ley nacional (en concreto el art. 37 4º del Estatuto de los Trabajadores) que reconoce la titularidad del derecho a un permiso retribuido de lactancia exclusivamente a las madres que trabajan por cuenta ajena, consistente en una reducción de jornada de media hora o bien una ausencia del trabajo de una hora que puede ser dividida en dos fracciones, de carácter voluntario y retribuido a cargo del empresario y hasta que el niño/a cumple la edad de nueve meses y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los padres que trabajan por cuenta ajena?».*

f. Conclusiones de la Abogada General¹⁶⁰

El día 6 de mayo de 2010 se presentaron las conclusiones por la Abogada General considerando que una norma, como la nacional española, que atribuye exclusivamente a las madres trabajadoras por cuenta ajena un permiso retribuido para el cuidado de un hijo “... *infringe el principio de igualdad de trato establecido en 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*”.

Se hace eco de que la jurisprudencia española también reconoce este permiso de lactancia a las madres que no amamantan, lo que hace que sea un concepto ambiguo al no constituir la lactancia natural un requisito para la concesión del permiso.

¹⁶⁰ Sra Juliana Kokott.

g. La sentencia del TJUE

El 30 de septiembre de 2010, se dictó la Sentencia por el TJUE. Comparte la reflexión apuntada por el órgano remitente, en el sentido de que el permiso de lactancia, previsto en el art. 37.4 del E.T., se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, de modo que puede ser considerado como un mero tiempo de cuidado del hijo.

Coincide igualmente en resaltar que existe otro mecanismo de protección exclusiva de la trabajadora por cuenta ajena en caso de «*riesgo durante la lactancia natural*».

Expone que la normativa de que se trata admite en la actualidad el uso o disfrute indistinto de ese permiso por el padre o la madre, pero sólo en el caso de que «*ambos trabajen*» y que, por tanto, únicamente en el caso de que la madre sea trabajadora por cuenta ajena, y por esa condición sea titular del derecho al permiso de lactancia, el padre podría disfrutar de éste en lugar de la madre.

Recuerda igualmente los orígenes del permiso por lactancia, relacionados con el hecho biológico de amamantar. Sin embargo, la evolución ha permitido la alimentación con leche distinta por lo que ya no existe la justificación biológica, razón por la que se permite la utilización del permiso de lactancia al padre en el supuesto de que la madre sea trabajadora por cuenta ajena.

Coincide con el Abogado General en el sentido de que “...*denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño*”, perpetuando “...*un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer*”.

Dado que la situación del padre trabajador por cuenta ajena y la madre trabajadora por cuenta ajena son comparables, analiza si existiría una justificación objetiva de la diferencia de trato por razón de sexo en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207, contestando negativamente, lo que le lleva a responder al Tribunal español en los siguientes términos:

“El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976) “ deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé 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, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.”

h. La sentencia Tribunal Español

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 12 de Noviembre de 2010¹⁶¹, estimando el mismo, declarando *“...el derecho del actor a disfrutar del permiso de lactancia en los términos peticionados consistente en una ausencia de una hora que podrá dividir en dos fracciones de media hora cada una o en la reducción de la jornada diaria en media hora que podrá disfrutar a la entrada o a la salida y durante un período de 9 meses cuya concreción horaria y determinación del período de disfrute corresponde al actor dentro de su jornada ordinaria.”*

En el último párrafo del FD Segundo considera que la configuración del permiso de lactancia conforme el art. 37 4º del E.T. supone una discriminación por razón de sexo, que vulnera la normativa comunitaria que debe ser aplicada de un modo que se *“...elimine la discriminación apreciada lo que no puede sino conllevar el reconocimiento al recurrente como padre trabajador por cuenta ajena al derecho en su día solicitado y negado.”*

i. Breve valoración

La Sentencia Roca Álvarez ha sido objeto igualmente de comentarios por la doctrina, teniendo una importante repercusión en nuestro ordenamiento jurídico laboral al haber contribuido a modificación legislativa.

¹⁶¹ Recurso de suplicación nº 5429/2005. ROJ: STSJ GAL 10201/2010 - ECLI: ES:TSJGAL:2010:10201

C. Sánchez Trigueros¹⁶² reflexionó sobre la misma, resaltando que “...Es llamativo que también se haya considerado discriminatoria una medida que favorece a la mujer trabajadora (no al varón). 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 que se trata de manera desigual e injustificada a hombres y mujeres con idénticas responsabilidades familiares”. Es por ello, continuaba refiriendo, por lo que “La faceta de medidas de acción positiva a favor de la mujer, que es quien aparece mayoritariamente desempeñando el papel de cuidadora familiar, queda relegada por un puro enfoque antidiscriminatoria con que se aborda la cuestión (tanto por el demandante cuanto por el TSJ de Galicia y el TJUE)”.

Igualmente se comenta la Sentencia en el “Manual de legislación europea contra la discriminación”¹⁶³, señalando que “...el TJUE sostuvo que la diferencia en las condiciones para obtener dicho derecho «puede [...] contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental» y concluyó que esta diferencia de trato constituía discriminación directa por razón de sexo”

Un poco más de un año después de la STJUE de 30 de mayo de 2010 se asumió la doctrina en nuestra legislación interna mediante la modificación del art. 37.4 del E.T., que se llevó a cabo por disposición final 1.1 a 3 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, quedando el tenor literal, a fin de eliminar la diferenciación entre hombres y mujeres, en los siguientes términos: “...4. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas

¹⁶² Sánchez Trigueros, Carmen. “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, núm. 2, 2019, Vol. 4, pág. 16.

¹⁶³ Edición de 2.018, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión europea, 1.019. https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_law_spa.pdf

completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.”

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera es del TSJ País Vasco, de 4 octubre de 2011, ROJ: STSJ PV 4160/2011, ECLI:ES:TSJPV:2011:4160, que estimó recurso de suplicación formulado frente a sentencia que había desestimado la pretensión del trabajador que había solicitado disfrutar permiso de lactancia, siendo así que la madre no era trabajadora por cuenta ajena ni propia.

Así la empresa le había denegado por considerar que si “...la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora a nuestro entender no le asistirá tal derecho. Todo ello a la luz de la interpretación que la dirección realiza de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE a que hace referencia en su escrito y al art. 37-4 E.T.”.

La STSJ del País Vasco discrepa de tal interpretación, considerando que “...a nuestro entender el Tribunal, aunque alcanza su resolución a la situación de trabajador-padre y de la madre que presta servicios por cuenta ajena, ello es extrapolable a cualquier situación, incluso aunque esta no se encuentre dentro del ámbito o de la esfera del trabajo...”, y ello por considerar que “...la discriminación directa se produce cuando el trabajador varón no disfruta del permiso, en contra de la facultad que se otorga a la mujer, y todo ello es relacionado con dos circunstancias: primera, la actualidad del permiso se vincula a la situación real que acontece en los tiempos actuales (art. 7 del Código Civil), en los que la lactancia no se produce exclusivamente de forma natural, sino por mecanismos artificiales que desvinculan a la progenitora de la relación física con el vástago, y de aquí el que este permiso sirva tanto para unificar la relación de los progenitores con el hijo, como para conciliar la vida familiar; y, segundo, partiendo, precisamente, de lo último indicado, la igualdad se pretende a través de todos los campos, y concretamente de aquellos que se vinculan con el trabajo. Ello quiere decir que existen ámbitos en los cuales debe introducirse la normativa de igualdad de forma que exista una promoción de las condiciones, y es

sabida la tradicional distinción entre el hombre-productor y la mujer-reproductora, que ha fijado en el ámbito doméstico una distinción de "papeles" que supone que la mujer asume un específico cometido desvinculado de su posible equiparación en el mundo del trabajo. De aquí el que debe expandirse el criterio de igualdad de forma que similares condiciones puedan establecerse en el hombre y la mujer, propiciando aquellas prerrogativas que incidan en este ámbito, y una de ellas es el permiso de lactancia que se concede al varón."

Señala finalmente que *"...La actual Directiva 2006/54, de 5 de julio, vuelve a establecer la prohibición de discriminación, tanto en el acceso al empleo, como en las condiciones de trabajo, y una de ellas es precisamente la adecuación del mismo a la vida familiar. De aquí el que dos distintas discriminaciones puedan concurrir si se rechaza la pretensión, aquella que hace al varón de distinta condición en orden a la actuación de los derechos paternos, y de atención a los hijos; y, de otra, aquella que repercute en la índole del ámbito familiar, vetando al trabajador la posibilidad de conciliar su vida familiar y a diferencia de la mujer trabajadora, excluir esa esfera llamada tradicionalmente de reproducción del juicio y fiscalidad de la igualdad. El encasillamiento de la mujer en el papel reproductor supone su discriminación en una materia como es el trabajo si se mantiene la interpretación de instancia. Difícilmente puede atender a su acceso y promoción si sólo es ella actora activa del trabajo, para que el varón pueda disfrutar del permiso de lactancia"*.¹⁶⁴

- La última Sentencia en al que se cita la del TJUE es la de 20-1-20 del TSJ de Canarias, ROJ: STSJ ICAN 1/2020,ECLI:ES:TSJICAN:2020:1, si bien referida a controversia en relación con complemento por maternidad en pensión de jubilación.

La Sentencia revoca la de instancia y reconoce el complemento al padre, resaltando *"...que en esta tendencia jurisprudencial de eliminar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas relacionadas con el cuidado de los hijos/as, la sentencia del TJUE de fecha 30 de septiembre de 2010 (caso Roca Álvarez, C-104/09), que incorpora el concepto de corresponsabilidad como criterio de interpretación en la acomodación al derecho de la UE de la normativa española (permiso de lactancia). En esta sentencia se determinó que la preferencia*

¹⁶⁴ Se ha de resaltar que no obstante ello se produjo un voto particular discordante, señalando que se debió plantear nueva cuestión prejudicial ante el TJUE.

materna de ciertos beneficios vinculados a los cuidados de hijos/as, puede implicar una perpetuación de roles de cuidado que puede dirigirse en contra de las mujeres. Y se calificó de discriminatoria la preferencia legal femenina, con posibilidad secundaria de disfrute por el padre, sobre un permiso parental (lactancia), ello en base a la naturaleza del permiso, que pese a su denominación, ha quedado desvinculada del amamantamiento por parte de la madre, considerándose en la actualidad un tiempo de cuidado a favor del hijo/a...”.

1.4. El padre y el permiso por maternidad biológica

✓ STJUE 19 septiembre 2013. Caso Marc Betriu Montull. C-5/12

a. Identificación de la sentencia

Nueva cuestión prejudicial se plantea, en este caso por Juzgado Social Uno de Lleida, en relación con el permiso de maternidad (en los supuestos anteriores había sido “reducción de jornada” y “permiso de lactancia”) y que dio lugar a que se dictara nueva Sentencia por el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) en fecha 19 de septiembre de 2013.¹⁶⁵

b. Problema suscitado

Los hechos que suscitan la controversia que finalmente se somete al TJUE fueron esquemáticamente los siguientes:

- Trabajador por cuenta ajena afiliado al régimen general de la seguridad social.
- Su mujer era procuradora de los tribunales, por cuenta propia, que optó por afiliarse a la Mutualidad General de los Procuradores, mutua profesional ajena al sistema público de seguridad social y que no incluía un permiso de maternidad, como el establecido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- Tras el nacimiento de su hijo y transcurrido el período de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre, el Sr. Betriu, solicitó la prestación por maternidad dispuesta en el artículo 133 bis de la entonces vigente Ley General de la Seguridad Social, que tiene por objeto compensar la

¹⁶⁵ Asunto Marc Betriu Montull contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Identificación: ECLI:EU:C:2010:561. Ponente Sr. M. SAFJAN

pérdida de salario del progenitor debido a la suspensión de su contrato de trabajo durante el permiso de maternidad.

- La solicitud le es denegada con el argumento de que el descanso “...es originario de la madre incluida en algún régimen público de seguridad social y que el derecho del padre no es propio sino derivado del anterior, por lo que sería necesario que la madre tuviese previamente derecho a él y que en este supuesto no se daba.”

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo nacional venía dado por el Estatuto de los Trabajadores, art. 1 y 48, y la Ley General de la Seguridad Social, art. 133 bis.

Así el art. 1 del E.T., como es bien sabido, delimita la noción de trabajador, refiriendo las notas de laboralidad: voluntariedad, ajenidad, remuneración y dependencia. Igualmente refiere que se excluyen las relaciones en las que no se den tales notas.

Por su parte el art. 48 regulaba la suspensión del contrato por parto, estableciendo que duraría dieciséis semanas, que se disfrutarían de forma ininterrumpida, ampliables en supuesto de parto múltiple. Dicha regulación establecía la posibilidad de que “...en el caso de que el padre y la madre trabajen”, la madre opte porque el padre disfrutara de una parte determinada e ininterrumpida del periodo posterior al parto, bien de forma “simultánea” o “sucesiva” con el de la madre.

El tenor del art. 48.4 del E.T., fue modificado por LO 3/2007, de 22 de marzo, por tanto posterior a los hechos analizados, estableciendo expresamente que “...En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente”.

De otro lado el art. 133 bis de la LGSS, texto refundido modificado por Ley 39/1999, disponía que “...A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se

disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública”

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶⁶ hasta aquel momento sostenía la misma interpretación que el INSS en sus resoluciones de los preceptos mencionados.

En definitiva, tanto por el tenor literal de la normativa como por la interpretación que de ella venían realizando los tribunales, el Juzgador se habría visto obligado a dictar sentencia desestimatoria.

Y antes de ello lo que hace es ciertamente peculiar. Así en un primer momento plantea cuestión de inconstitucionalidad de preceptos del E.T., y posteriormente, como cuestión prejudicial.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Como se señaló con anterioridad el padre formula demanda alegando vulneración del principio de igualdad, refiriendo que en caso de adopción o acogimiento se prevé el permiso de maternidad para los dos progenitores.

El Juzgado de lo social número 1 de Lleida plantea inicialmente, como se refirió, cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que dictó Sentencia en 19 de mayo de 2011 en la que declaró que el art. 48-4 E.T., no era contrario al art. 14 CE (principio igualdad) ni al 39 (protección a la familia e infancia), ni al art. 41 (relativo al sistema de seguridad social), al considerar que “...*en el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador es preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales, mientras que en el supuesto de adopción la finalidad del derecho al descanso es la de facilitar la integración del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.*”

¹⁶⁶ STS de 28 de diciembre de 2000, RCU 9699/2000. STS de 20 de noviembre de 2001, RCU 9053/2001. STS de 18 de marzo de 2002, RCU 9203/2002.

Ante tal Sentencia el Juzgador optó por plantear cuestión prejudicial en relación a las 10 semanas posteriores a las 6 semanas que serían de descanso obligatorio de la madre, a las que no tendría derecho por no estar dada de alta en sistema público de la seguridad social. En relación a las 10 semanas, estarían desconectadas de la realidad biológica y de hecho se podrían disfrutar por padre o la madre, por lo que se debería considerar como derecho no condicionado al disfrute de las 6 primeras semanas después del parto.

Las cuestiones concretas que plantea el Auto incidían en lo que consideraba era discriminatorio, a saber, el exigir que la madre fuera trabajadora incluida en cualquier sistema de seguridad pública, y ello para que el padre pudiera tener derecho al periodo posterior a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, en cuyo caso ya no era determinante el tema de la salud de la madre sino el cuidado del hijo nacido. El tenor literal de las dudas que plantea fue el siguiente:

“1.-¿Se opone a la Directiva 76/207 [...] y a la Directiva 96/34 [...] una Ley nacional, en concreto el art. 48 4º del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la titularidad del derecho al descanso por maternidad, en el supuesto de parto, después de pasado el período de seis semanas posteriores al alumbramiento y a salvo los casos de peligro para la salud de la madre, como derecho originario y autónomo de las madres trabajadoras, y como derivado a los padres de un niño y trabajadores por cuenta ajena, que sólo pueden disfrutar del citado descanso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora y opte por que el padre disfrute de una parte determinada del mismo?”

2.-¿Se opone al principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo una Ley nacional, en concreto el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo, y retribuida a cargo de la Seguridad Social, en el supuesto de parto, como un derecho originario de la madre, y no del padre, incluso después de pasado el período de seis semanas posteriores al parto y a salvo los casos de peligro para la salud de la madre, de modo que el permiso que tenga un trabajador por cuenta ajena dependa de que la madre del niño también sea trabajadora por cuenta ajena?”

3.-¿Se opone al principio de igualdad de trato que impide toda discriminación una Ley nacional, en concreto el art. 48 4º del Estatuto de los Trabajadores, que

reconoce la titularidad originaria del derecho a una suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo, y retribuido por la Seguridad Social, a los padres que trabajan por cuenta ajena cuando adoptan un hijo, y, por el contrario, no les reconoce un derecho a esa suspensión propio, autónomo e independiente del de la madre, a los padres que trabajan por cuenta ajena cuando tienen un hijo biológico, sino únicamente un derecho derivado del de la madre?»”

f. Conclusiones del Abogado General¹⁶⁷

El día 11 de abril de 2013 se presentaron las conclusiones por el Abogado General dando la razón al juzgador remitente y compartiendo sus apreciaciones.

Así concluyó señalando que una norma nacional que establezca diferencia de trato por razón de sexo “...en la medida en que reconoce a las madres trabajadoras por cuenta ajena el derecho a la suspensión del contrato de trabajo, más allá de las seis semanas de descanso obligatorio para ellas después del parto, mientras que los padres trabajadores por cuenta ajena sólo pueden tener derecho a esta suspensión si la madre que decide transferir al padre una parte determinada de este permiso tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena...”, se opone a los artículos 2, apartados 1, 3 y 4, y 5, 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.

g. La sentencia del TJUE

El 19 de septiembre de 2013 se dictó la Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En primer lugar, refiere cuál es la función del tribunal a tenor del art. 267 del TFUE, señalando que le corresponde proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce, siendo posible que el propio TJUE reformule las cuestiones que se le han planteado.

Por ello cuando se planteen por el órgano judicial cuestiones referentes a determinadas normas (Directivas o reglamentos), el TJUE puede proporcionar todos los elementos de interpretación del derecho de la Unión, incluyendo normas no citadas expresamente por el Juez remitente.

¹⁶⁷ Sr. Melchior Wathelet.

En el caso concreto el TJUE considera que se habría de tener en cuenta la Directiva 92/85 (no mencionada por el juzgado remitente), 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. Dicha Directiva establece un periodo mínimo de 14 semanas, dos semanas antes y después, pero si la normativa nacional la amplía, ese período se ha de considerar incluido en el art. 8 de dicha Directiva 92/85.

Resalta posteriormente que la mujer que ha dado a luz se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad que requiere se le conceda un permiso de maternidad, y que no puede asimilarse a la de un hombre. Ese permiso tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer y de otro la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y parto.

La Directiva 92/85 establece 14 semanas, y como mínimo dos semanas obligatorias antes y/o después del parto. Sin embargo, el art. 48.4 del E.T., amplía de 14 a 16 semanas, y establece mínimo descanso de 6 semanas.

A partir de ello establece que el permiso de 14 semanas no puede retirarse a la madre contra su voluntad para atribuirse al padre del menor. Sin embargo, respetando el mínimo de dos semanas, el resto sí puede la madre traspasarlo al padre.

No obstante, señala, lo que resultará determinante, que al ser la madre no trabajadora por cuenta ajena no tiene derecho que pueda ceder al padre.

En consecuencia, en contra del Abogado General, considera que “...*la Directiva 92/85/CEE no se opone a que la madre de un menor que tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena decida que el padre del menor, que tiene idéntica condición, disfrute de todo o parte del permiso de maternidad en relación con el período posterior al período de descanso obligatorio. Y tampoco se opone a que tal padre no pueda disfrutar de este permiso en el supuesto en que la madre del menor, que ejerce una actividad por cuenta propia, no es una trabajadora por cuenta ajena y ha decidido no estar afiliada a un régimen público de seguridad social que le garantice dicho permiso. Esa situación no está incluida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva que sólo se refiere a las trabajadoras embarazadas cuya actividad profesional se ejerza bajo la dirección de un empresario. La Directiva 76/207CEE*

tampoco se opone a la normativa española, ya que la madre del menor, en su condición de trabajadora autónoma no afiliada a un régimen público de seguridad social, no es titular de un derecho originario al permiso de maternidad. Por ello, la madre del menor no dispone de derecho alguno a tal permiso que pueda ceder al padre del menor.”

h. La sentencia del Tribunal Español

El Juzgado Social núm. 1 de Lleida dictó Sentencia¹⁶⁸, el 27 de noviembre de 2013, desestimando la demanda, a tenor de las sendas sentencias dictadas por el T. Constitucional y el TJUE, resolviendo que no se produciría vulneración del derecho de igualdad.

No obstante ello, el Juzgador dejó plasmada su disconformidad con ambos pronunciamientos, refiriendo en su fundamentación jurídica que “...*A pesar de que sigo teniendo el convencimiento íntimo de que en el supuesto de autos existe una discriminación, puesto que el padre y la madre trabajadores son tratados de forma desigual, al considerar el derecho del padre solamente como derivado del de la madre, y ello, a mi entender, no tiene justificación más allá de las seis semanas siguientes al parto, los jueces, al dictar sentencia, no podemos apartarnos de lo establecido por la Ley.*”

i. Breve valoración

A pesar de lo peculiar del hecho de que el Juzgador de Lleida hubiera formulado cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial, y en ambos casos le indicaran que, en contra de lo que mantenía, no se producía vulneración del principio de igualdad, quiso dejar plasmada en la Sentencia su disconformidad, porque es lo cierto que la Sentencia Pedro Manuel Roca Álvarez (C-104/09) de alguna manera avalaba su tesis. En aquella se dijo que, una vez desconectado el permiso de lactancia con el hecho biológico, el distinto tratamiento no estaría justificado. En la presente y dado que lo que se pretende trasladar al padre era período ya disponible por la madre y por lo tanto no vinculado a la circunstancia biológica sino al propio cuidado del hijo menor, justificaba

¹⁶⁸ Sentencia nº 468/2013, autos 710/2014.

la equiparación de ambas soluciones¹⁶⁹. Es necesario resaltarlo porque aunque se trata del mismo TJUE se dictan por Salas diferentes (la 2º y la 4º).

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera sentencia que se refirió al mismo fue la del TSJ de Madrid de 30-6-2017, ROJ: STSJ M 7911/2017.ECLI:ES:TSJM:2017:7911.

En este caso la pretensión del actor fue la del reconocimiento de la prestación de paternidad en términos equiparables a la maternidad, lo que fue denegado por el INSS y pro la Sentencia de instancia.

La de Suplicación desestima el recurso refiriéndose a la STJUE del caso Bertiu a la que se remite transcribiendo su apartado 48, señalando que *"...Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho al permiso de maternidad reconocido a favor de las trabajadoras embarazadas debe considerarse un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia. El legislador de la Unión entendió que las modificaciones sustanciales en las condiciones existenciales de las interesadas durante el período limitado de al menos catorce semanas que precede y sigue al parto constituyen un motivo legítimo para suspender el ejercicio de su actividad profesional, sin que ni las autoridades públicas ni los empresarios puedan cuestionar en modo alguno la legitimidad de dicho motivo (véase la sentencia de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, C-116/06)", a lo que el siguiente agrega: "En efecto, la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad, pero que, especialmente durante este permiso, no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer en situación de incapacidad temporal por enfermedad (sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros, C-411/96)" , en tanto que el 50 sienta: "Este permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales 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*

¹⁶⁹ Amaro, Garrigues Giménez. "Las Nuevas relaciones de Trabajo: Una perspectiva de Género". Revista de Treball, Economia i Societat, núm. 92, 2019. pag. 5.

actividad profesional perturbe dichas relaciones (véanse, en particular, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, y Kiiski, antes citada)" .

A partir de ello desestima la pretensión del actor, añadiendo que “...Podrán compartirse, o no, los criterios expuestos, pero son los que viene asumiendo la doctrina comunitaria, por mucho que, efectivamente, parezca haberse iniciado un cierto cambio de rumbo a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez), en el sentido de difuminar la feminización de algunos derechos parentales, en este caso el permiso de lactancia, interpretados desde la perspectiva de género en punto a la titularidad preferente que se atribuye a la mujer.”

La última Sentencia es también del TSJ de Madrid, de fecha 7 septiembre de 2018, ROJ: STSJ M 10925/2018.ECLI:ES:TSJM:2018:10925.

La pretensión del actor era nuevamente la concesión del disfrute del subsidio de maternidad (previamente había solicitado el de paternidad, interesando su ampliación), lo que le es denegado por el INSS y también por la Sentencia de instancia. La Sentencia se remite a la anterior de 30-6-17, reproduciendo los argumentos de esta.

1.5. Indemnización reparadora y/o punitiva

✓ STJUE 17 diciembre 2015. Caso Arjona Camacho. C-407/14

a. Identificación de la sentencia

El TJUE responde a las dudas suscitadas desde España respecto a la reparación del daño y el carácter disuasorio de la indemnizaciones en la vulneración 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) en su sentencia dictada por la Sala Cuarta en fecha 17 de diciembre de 2015¹⁷⁰, y que tenía causa en Auto planteado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Córdoba en fecha 1 de agosto de 2014.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho que plantea las dudas al Juzgador de Instancia es el siguiente:

¹⁷⁰ Asunto María Auxiliadora Arjona Camacho y Securitas Seguridad España, S.A.. Identificación ECLI:EU:C:2015:831. Ponente M. Safjan.

- Trabajadora con categoría de vigilante de seguridad que presta servicios para la misma empresa en virtud de sucesivos contratos temporales.
- La trabajadora, tras un tratamiento médico, queda embarazada iniciando meses más tarde IT por enfermedad común.
- Tras cursar el alta médica, la Mutua considera que las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en su salud o la del feto e inicia abono de la prestación económica de riesgo.
- Lamentablemente la actora aborta iniciando, a consecuencia de ello, nueva IT hasta el día 3 de marzo de 2014.
- El día 4 de marzo se incorpora, entregándole carta de despido el día 24 de abril, encontrándose a fecha de despido embarazada si bien, nuevamente, abortó el día 28 de mayo.
- Entre su reincorporación y el despido, el auto noticia dos cuestiones: 1º.- que manifestó en el seno de la empresa su firme voluntad de continuar con los tratamientos para lograr ser madre y 2º.- que hizo campaña a favor del CSI-F en las elecciones sindicales que había en curso.
- El despido que se efectúa es disciplinario con unas imputaciones vagas e imprecisas que evidencian desde el inicio la no procedencia de este.

La trabajadora demanda con la pretensión principal de nulidad por vulneración de los artículos 14 y 28 CE y solicita indemnización adicional de 6.000 euros por daños ocasionados al vulnerar sus derechos fundamentales y libertades públicas. Subsidiariamente la declaración de nulidad por encontrarse ya embarazada al momento del despido y con carácter subsidiario segundo, la declaración de improcedencia.

Se da una circunstancia llamativa como es la adopción de una medida cautelar, de común acuerdo, que consistía en la readmisión en su puesto de trabajo habitual mientras se resolvía la cuestión prejudicial planteada y hasta la resolución que definitivamente recayera en el proceso.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo nacional venía dado por:

El art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (de transposición al Derecho español de la Directiva 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, y también de la precitada Directiva 2006/54/CE; Ley Orgánica publicada en el BOE de 23 de marzo de 2007 y en vigor desde el 24 de marzo del mismo año), cuyo tenor, bajo la rúbrica de “Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias” es el siguiente:

“Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

El art. 183.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social que establece que *“Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.*

En cuanto a la norma comunitaria señala el art. 18 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 que dispone que: *“Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”.*

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El auto de planteamiento no refiere pronunciamiento judicial alguno.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Como antesala el Juzgador reflexiona sobre los distintos prismas de la indemnización, haciéndose eco de lo apuntado por el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto, D. Ricardo de Ángel Yáñez. Así distingue, por un lado el objetivo natural de la indemnización que es la compensación pero que ello no impide que “...se pueda afirmar que la indemnización contribuye por sí misma a la prevención del daño en general”, lo que constituiría una indemnización punitiva o también de daños ejemplares, señalando que estas se “...conceden al perjudicado por encima y más allá de la plena indemnización del daño, con la finalidad adicional de imponer un correctivo al causante”.

El Juzgador considera que los daños compensatorios de la vulneración efectuada ascienden a 3.000 euros y duda de los otros 3.000 euros que entrarían dentro del carácter punitivo de la indemnización.

Así plantea si, a la luz del artículo 18 de la Directiva, la indemnización a una víctima de una conducta discriminatoria debe incluir siempre una indemnización que vaya más allá de la reparación íntegra del perjuicio sufrido, es decir, de si siempre debe establecerse una indemnización punitiva y disuasoria *ad futurum*, aun cuando ese concepto resulte ajeno a la propia tradición jurídica del juez nacional¹⁷¹.

Dicho de otra forma y en claras palabras del Abogado General “...el juez remitente alberga dudas en cuanto al carácter suficiente de esta compensación, puesto que considera que la indemnización por daños y perjuicios no persigue objetivos distintos del de reparación, mientras que la Directiva 2006/54, concretamente su artículo 18, parecen exigir también a los Estados miembros medidas que tengan por objeto disuadir a los autores de la discriminación de adoptar de nuevo tal comportamiento”.

Consecuentemente plantea la cuestión prejudicial de la siguiente forma:

¹⁷¹ Rodríguez Rodríguez, Emma. “El derecho a igualdad en el empleo entre hombre y mujeres: despido discriminatorio, reparación efectiva del perjuicio sufrido, sanciones disuasorias y daños punitivos”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 479-484.

“El art. 18 de la Directiva 2006/54, cuando predica el carácter disuasorio (además de real, efectivo y proporcional al perjuicio sufrido) de la indemnización de la víctima de una discriminación por razón de su sexo, ¿puede interpretarse en el sentido de que autoriza al juez nacional la condena verdaderamente adicional por daños punitivos razonables: esto es, por una suma adicional que, aun estando más allá de la reparación íntegra de los daños y perjuicios reales sufridos por la víctima, sirva como ejemplo para otros (además del propio autor del daño), pero siempre que dicha suma se mantenga dentro de los límites de lo que no es desproporcionado; e inclusive cuando esta figura de los daños punitivos resulte ajena a la propia tradición jurídica del juez nacional?”

f. Conclusiones del Abogado General¹⁷²

En fecha 3 de septiembre de 2015 se emitieron las conclusiones del Abogado General. Comienza sintetizando la duda del Juzgador de una forma más didáctica que el propio auto de planteamiento, refiriendo así que el juez considera que el objetivo disuasorio de la vulneración se alcanzaría si pudiera condenar al empresario al pago de 3.000 euros adicionales en concepto de lo que califica de “daños punitivos” pero que el derecho nacional no le faculta para ello.

Analiza los objetivos de la Directiva 2006/54, y de forma literal y teológica desgrana su artículo 18 en relación con el artículo 25 del mismo texto, poniendo todo en el contexto de la finalidad perseguida por el legislador europeo que, según palabras del A.G., no era otro que exigir a los “...Estados miembros que apliquen sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva.”.

Señala que una lectura aislada del artículo 18 permitiría concluir que no se ha concebido la indemnización o la reparación como una sanción y que, solo el artículo 25 prevé de manera explícita la función punitiva de las medidas que los Estados miembros deben adoptar.

Posteriormente hace repaso de la jurisprudencia existente advirtiendo que nunca se ha pronunciado el Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 18 de la Directiva. Sin embargo, y aquí se configura lo relevante de la cuestión, se hace eco de la jurisprudencia que considera plenamente aplicable (C-14/83 y C-79/83), en relación a la

¹⁷² Sr. Paolo Mengozzi.

interpretación de la Directiva 76/207 (que reemplaza la Directiva 2006/54) y en especial del artículo 6, acabando por concluir que nunca se ha exigido que la indemnización vaya más allá de una reparación adecuada aunque se califique de sanción lo anterior y que el requisito de “disuasión” el propio Tribunal de Justicia considera que se cumple si la reparación prevista, como se refirió anteriormente, es “adecuada”.

El A.G. considera que, a su juicio, aunque el efecto disuasorio de la reparación o de la indemnización que viene establecido en el artículo 18 de la Directiva no estaba presente el artículo 6 de la misma, sí que había sido razonado por el Tribunal de Justicia cuando interpretó el artículo 6, por lo que es plenamente aplicable la anterior jurisprudencia.

En esa misma línea afirma que “...en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de reparación o de indemnización, el efecto disuasorio no depende necesariamente de la inclusión de un elemento punitivo directo.” y termina por proponer al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo:

«El artículo 18 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), debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros tienen libertad para elegir los medios que han de poner en práctica a fin de garantizar que la reparación o la indemnización ofrecida a las víctimas de discriminación por razón de sexo incluida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva sea disuasoria, siempre que se garantice el cumplimiento del objetivo perseguido por aquélla. Sin oponerse a ello, no exige a los Estados miembros que prevean la concesión de daños punitivos a la víctima. En todo caso, no puede permitir al juez nacional condenar a tales daños si el Derecho nacional guarda silencio al respecto.»

g. La sentencia del TJUE

El Tribunal de Justicia dicta sentencia el 15 de diciembre de 2015 asumiendo las conclusiones del Abogado General, principalmente en cuanto a los pronunciamientos del propio Tribunal sobre la normativa comunitaria anteriores y advirtiendo de que no se aprecian novedades jurídicas destacables que apoyasen un cambio de criterio.

Por ello consecuentemente declara, asimilando el artículo 6 de la Directiva 76/207 al artículo 18 de la Directiva 2006/54, que “...*al igual que el artículo 6 de la Directiva 76/207 y para que el perjuicio sufrido debido a una discriminación por razón de sexo tenga una indemnización o reparación efectiva de forma disuasoria y proporcionada, el artículo 18 de la Directiva 2006/54 obliga a los Estados miembros que elijan la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno medidas que prevean el abono de una indemnización que cubra íntegramente el perjuicio sufrido, según los procedimientos que determinen, a la persona que ha sufrido un perjuicio, pero no prevé el abono de daños punitivos.*”

En cuanto al artículo 25 de la Directiva y el efecto disuasorio previsto en el mismo refiere que el precepto permite a los Estados miembros adoptar medidas que establezcan el abono de daños punitivos a la víctima de una discriminación por razón de sexo, pero es tajante a la hora de afirmar que “no lo impone”.

En función de lo anterior acaba respondiendo a la cuestión planteada por el órgano nacional en el sentido de que el artículo 18 de la Directiva 2006/54 obliga a los Estados a “*que el perjuicio sufrido como consecuencia de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizado o reparado de manera disuasoria y proporcionada*” pero siendo libertad de los Estados “*la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno*”.

h. La sentencia Tribunal Español

h.1. De instancia

Cuatro días más tarde, el 21 de diciembre de 2015, se dictó la Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Córdoba¹⁷³, que declaró la nulidad del despido por discriminación proscrita por el artículo 14 CE, dejando sin efecto la medida cautelar en su día pactada por las partes, obligando a la readmisión con salarios de tramite desde el cese al 13 de octubre de 2014 y condenando a la mercantil en concepto de daño moral vinculado a la vulneración de su derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo a una indemnización adicional de 3.000 euros, en lugar de los 6000 euros solicitados por la actora en su demanda al considerar el Juez “...*como más adecuada la cantidad de 3.000 euros como compensación del daño preindicado y producido, tanto para resarcir suficientemente a la víctima y restablecerla (atendidas las ya referidas*

¹⁷³ Autos nº 461/14.

circunstancias concurrentes), en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (tal y como exige el art. 183.2 LRJS)”

h.2. De suplicación

Dicha Sentencia fue recurrida en Suplicación, dictándose finalmente Sentencia por el TSJ de Andalucía (Sevilla) en fecha 9 de marzo de 2017¹⁷⁴. La Sentencia desestimó el recurso de la empresa que se articuló exclusivamente cuestionando la condena de la indemnización adicional por importe de 3000 euros por los daños morales, al considerar que no habían sido detallados por la demandante los parámetros para su cálculo ni en el escrito de demanda ni en el posterior acto de juicio.

El TSJ refiere que la doctrina anterior que establecía *“la necesidad que en demanda se expresaran los criterios tenidos en cuenta para fijar el importe de la indemnización”* estaba superada por las STS nº 920/2016 de 2 de noviembre y 13 de julio de 2015 (rco.221/2014) alejándose de la finalidad u objetivo resarcitorio para situarse, en palabras del TSJ en *“...un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente”*.

i. Breve valoración

Surge la duda de si el propio planteamiento de la cuestión prejudicial es, al mismo tiempo, acertada y desacertada. Por un lado, cabría compartir la duda del Juzgador respecto al artículo 18 de la Directiva 2006/54 que introduce, si bien matizando, el carácter disuasorio de la indemnización que en la anterior normativa comunitaria no venía dada. Sin embargo, el planteamiento de la cuestión podría considerarse innecesaria en función de la redacción ya vigente del art. 183.2 de la LRJS que literalmente refiere que la indemnización debe resarcir a la víctima y servir para *“...contribuir a la finalidad de prevenir el daño”*, por lo que independientemente de la norma comunitaria, la legislación interna sí que preveía una indemnización disuasoria, que el juzgador remitente pudo hacer valer, sin necesidad de planteamiento de la cuestión.

Así se ha de tener presente el criterio del Tribunal según el cual los Estados miembros *“deben procurar que las infracciones de derecho comunitario sean*

¹⁷⁴ Recurso suplicación nº 1028/2016, Sentencia nº 757/2017.

*sancionadas en condiciones de fondo y procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares. Ello invita a la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad, en ausencia de normativa”*¹⁷⁵.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La única sentencia localizada que la cita es la STSJ de Cataluña, Sala social de 14 de enero de 2016 primera STS que la cita es de 14 de julio de 2016 - Roj: STSJ CAT 446/2016 - ECLI:ES:TSJCAT:2016:446, que desestimó recurso de suplicación interpuesto por la empresa.

Analizó supuesto de trabajador que presenta demanda frente al despido declarándose por el Juzgado de lo Social la nulidad de este por vulneración de derechos fundamentales y condenando a la empresa al abono de 3000 euros en concepto de daños morales. Se presentó recurso de suplicación, a los efectos que aquí interesa, alegando la infracción del artículo 183 LRJS y se desestima en base a la reciente doctrina casacional que identifica que si existe vulneración de derechos fundamental procede una indemnización por daños y perjuicios y que ello también *“ha sido indicado por las últimas sentencias del TJUE (Sentencia 12.17.2015, asunto C-407/14), pues no sólo se tratade resarcir daños, sino también de imponer medidas punitivas o disuasorias.”*.

2. Materias relacionadas con la lactancia

En dos ocasiones se ha pronunciado el TJUE en relación con cuestiones planteadas referidas a la existencia de riesgo durante la lactancia, y las dos formuladas por el TSJ de Galicia.

2.1. La carga de la prueba de la existencia del riesgo

✓ STJUE 19 octubre de 2017, Caso Elda Otero. C-531/15

a. Identificación de la sentencia

En fecha 19 de octubre de 2017 se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala quinta)¹⁷⁶, sobre tema relacionado con el “riesgo de lactancia” y ello con

¹⁷⁵ Rodríguez Rodríguez, Emma. *“El derecho a igualdad en el empleo entre hombre y mujeres: despido discriminatorio, reparación efectiva del perjuicio sufrido, sanciones disuasorias y daños punitivos”*. Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Pp. 479-484.

¹⁷⁶ Asunto Elda Otero Ramos contra Servicio Galego de Saúdey Instituto Nacional de la Seguridad Social. Identificación: ECLI:EU:C:2017:789. Ponente Sr. F. Biltgen.

ocasión de Auto de planteamiento del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de julio de 2015.

b. Problema suscitado

La controversia que se somete al TSJ de Galicia y que motiva el auto de planteamiento de cuestión prejudicial, cabe resumirlo brevemente en los siguientes términos:

- Enfermera que presta servicios en Hospital Universitario A Coruña.
- Tiene hija que recibe lactancia materna desde su nacimiento.
- Solicita certificación del INSS de riesgo de lactancia al considerar que el puesto de trabajo podría influir negativamente en su salud y la de su hija aportando informe en tal sentido emitido por la jefa del servicio de urgencias del hospital y superiora de la actora.
- Le es denegada “por no haber quedado acreditado que las condiciones del puesto de trabajo que desempeña influyan negativamente en su salud (o en la de su hijo)”.

A partir de tales hechos formula demandada aportando informe sobre las características del trabajo que realizaba, dictándose sentencia por el Juzgado Social por la que se desestima la misma al considerar que no habría aportado prueba de entidad suficiente. Recurrida en suplicación el TSJ de Galicia formula la cuestión prejudicial.

c. Marco normativo coetáneo

La norma española analizada que considera de aplicación el Auto y que estima necesaria interpretar, a la luz de la normativa comunitaria, venía dada por la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales, la Ley General de Seguridad Social y a nivel procesal la LRJS.

Así, la ley 31/1995, de 8 de noviembre, y la modificación llevada a cabo de esta por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo objetivo expreso era “...favorecer la integración de las mujeres en el mundo laboral, permitiéndoles conciliar su vida profesional y su vida personal y familiar”, estableció en su art. 26 una cuádruple previsión.

- De un lado la necesidad de que las evaluaciones de los riesgos laborales habrían de incluir la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras embarazadas o en parto reciente a agentes o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto o recién nacido.
- En segundo lugar, la previsión de adopción de medidas para evitar la exposición a dicho riesgo.
- En caso de no posibilidad de adaptación de puesto para eliminar el riesgo y previa certificación de los correspondientes servicios médicos de la entidad que cubra los riesgos profesionales y del servicio médico que atienda a la trabajadora, se habría de cambiar de puesto de trabajo.
- Por último y si ello no fuera posible, la trabajadora pasaría a la situación de “suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y durante el periodo necesario”.

Paralelamente la LGSS, art. 135 bis, preveía que “...A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley [31/1995] dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.”

Por último, el Auto refiere la norma procesal, LRJS, y en concreto su art. 96.2, que en materia de carga de la prueba señalaba que “...En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto no hace mención de criterio jurisprudencial que le permitiera resolver la controversia o que considerara que pudiera vulnerar normativa comunitaria.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia plantea cuestión prejudicial en auto de 17 de julio de 2015, solicitando orientación sobre la interpretación de las reglas que hacen recaer la carga de la prueba en la parte demandada en los casos en los que la parte demandante alega que no se le ha aplicado el principio de igualdad de trato por razón de sexo, y en esencia pregunta sobre si debe producirse una inversión de la carga de la prueba conforme al artículo 19 de la Directiva 2006/54.

Así refiere que 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 oportunidad e igualdad de trato entre hombres y mujeres en casos de empleo y ocupación, establece unas reglas sobre la carga de la prueba, y si tales reglas serían de aplicación al caso analizado.

Así el art. 19 de la mentada Directiva dispone que a partir de la acreditación de hechos que permitan presumir la existencia de discriminación, se produce la inversión probatoria, debiendo la demandada demostrar que no ha existido tal vulneración. Y para ello, resalta el Auto de planteamiento, se habría de considerar que el hecho acaecido cabría subsumirlo en uno de los supuestos de prohibición de discriminación referidos en el art. 14 de la misma Directiva, en concreto la cláusula c) del apartado 1, que hace referencia a “condiciones de empleo y trabajo”.

A partir de ello refiere al TJUE que en el caso concreto la actora habría presentado informe de su jefe inmediato detallando los riesgos existentes, y pregunta si ello sería suficiente indicio para considerar existente discriminación por razón de sexo, y si la empresa habría desvirtuado tal indicio presentado solamente una relación de puestos de trabajo, previa consulta con los representantes de los trabajadores y un informe emitido por el servicio de prevención declarando la aptitud de la trabajadora a pesar de la lactancia natural.

Con tales consideraciones esquemáticamente referidas, el Auto plantea distintas preguntas con el siguiente tenor literal:

“«1) *¿Resultan aplicables*

las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 19 de la Directiva [2006/54], a la situación de riesgo durante la lactancia natural contemplada en el artículo 26, apartado 4, en relación con el 3, de la [Ley 31/95], dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 de la Directiva [92/85]?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta, ¿se pueden considerar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 19 de la Directiva [2006/54] la existencia de riesgos para la lactancia natural en el ejercicio de la profesión de enfermera destinada en un servicio de urgencias hospitalarias acreditados a través de un informe fundado emitido por un médico que es a la vez el jefe del servicio de urgencias del hospital donde la trabajadora presta sus servicios?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta, ¿se pueden considerar demostrativas, en cualquier supuesto y sin posibilidad de cuestionamiento, de que no ha habido vulneración del principio de igualdad en el sentido del citado artículo 19, las circunstancias de que el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora es de los que figuran como exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa, previa consulta con representantes de trabajadores, y de que el servicio de medicina preventiva/prevenición de riesgo laborales del hospital de que se trata ha emitido una declaración de aptitud, sin que se contengan más especificaciones acerca de cómo se han alcanzado esas conclusiones en dichos documentos?

4) En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta y negativa a la tercera pregunta, ¿cuál de las partes —trabajadora demandante o empleadora demandada— tienen, de conformidad con el artículo 19 de la Directiva[2006/54], la carga de acreditar, una vez se acredita la existencia de riesgos para la madre o el hijo lactante derivados de la realización del trabajo, (1) que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del lactante —artículo 26, apartado 2 en relación con el 4, de la [Ley 31/1995], que

traspone el artículo 5, apartado 2, de la Directiva [92/85]—, y (2) que el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados —artículo 26, apartado 3 en relación con el 4, de la [Ley 31/1995], que traspone el artículo 5, apartado 3, de la Directiva [92/85]—?»»

*f. Conclusiones del Abogado General*¹⁷⁷

El día 6 de abril de 2017 se presentaron las conclusiones por la Abogada General, remitiendo al tribunal nacional la tarea de comprobar si los hechos probados constituyen prueba de existencia de discriminación, pero considerando que la realización incorrecta de la evaluación prevista en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 constituye un trato menos favorable de la trabajadora afectada y por tanto una discriminación a los efectos del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54.

Igualmente concluye que “...*En la medida en que, en el procedimiento nacional, dicho tribunal necesite determinar si, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85, deberían haberse adoptado medidas adicionales para proteger la seguridad y salud de la trabajadora afectada (y, en su caso, cuáles), lo dispuesto en el artículo 19 de la Directiva 2006/54 se aplica a esa apreciación*”, es decir se muestra favorable a la inversión de la carga de la prueba.

g. La sentencia del TJUE

El 19 de octubre de 2017, se dictó la Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En primer lugar reformula la primera cuestión prejudicial planteada, centrándola en los términos de si el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a una situación como la controvertida en la que una trabajadora impugna la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, en la medida en que alega no se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 que obliga al empleador a evaluar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2 de dicha Directiva a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, susceptibles de representar un riesgo específico a este respecto.

¹⁷⁷ Sra. Eleanor Sharpston.

Para evaluar correctamente el puesto y las condiciones de trabajo se deben analizar las notas que se mencionan en el artículo 3 de la misma Directiva, que son redactadas por la Comisión Europea cuyo objeto es servir de guía para la evaluación a que se refiere el apartado 1 del artículo 4.

La sentencia recopila las 3 fases que señalan las directrices a la hora de examinar el puesto de trabajo:

- *“La primera fase consiste en la identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales).*
- *La segunda fase prevé la identificación de las categorías de trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia) que están expuestas a uno o varios de estos riesgos.*
- *La tercera fase, la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos, representa «la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente [...] a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores».*”

Consecuentemente determina que *“...la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo.”*

Por otro lado y conforme a la Directiva 2006/54, artículo 19, *“...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”* y el

apartado 4.1 del artículo 19 incluye a las situaciones cubiertas por la Directiva 92/85 en la medida que exista discriminación por razón de sexo.

Por tanto, el último paso que restaría, como refiere el Auto, sería analizar si el supuesto concreto supondría “...una discriminación por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54”.

Para dar respuesta a ello vuelve analizar el artículo 2.2.c de la Directiva 2006/53, el artículo 1 y 8 de la Directiva 92/85 y la jurisprudencia del TJUE, Caso Danosa (C-232/09), para finalmente concluir en el apartado 60 que “...el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.”

Consecuencia de lo anterior es que la inexistencia de evaluación de riesgos o aun existiendo, no haber cumplido los requisitos de la Directiva 92/85, y en relación con una trabajadora en periodo de lactancia “...debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye, como se desprende del apartado 60 de la presente sentencia, una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54.”

Seguidamente pasa a contestar sobre la inversión de la carga de la prueba remitiéndose a su sentencia de 21 de julio de 2011 (C-104/10)¹⁷⁸, incumbiendo a la trabajadora acreditar qué hechos puedan “sugerir” (“indicios”, en nuestra terminología nacional) que la evaluación se acabó sin las exigencias del artículo 4, presumiéndose de tal forma la existencia de discriminación directa por razón de sexo y produciéndose en ese caso, la inversión de la carga de la prueba de que no ha existido vulneración del principio de no discriminación.

Considera, lo que posibilita la duda de si con ello está extralimitándose el TJUE de su propia función, que el escrito presentado por la trabajadora constituye un elemento de prueba al acreditar que la evaluación de riesgos que presenta no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual, lo que provocaría la inversión de la carga de la prueba.

¹⁷⁸ Asunto Patrick Kelly y National University OfIreland.

No obstante, apunta que todo ello “...incumbirá al tribunal remitente...”, para apreciarlo y finaliza contestando a las preguntas segunda a cuarta de la siguiente forma: “*En consecuencia, corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación*”

h. La sentencia Tribunal Español

El TSJ de Galicia, Sala de lo Social, dictó sentencia el 8 de noviembre de 2017, estimando íntegramente el recurso de suplicación¹⁷⁹, declarando el derecho a las prestaciones derivadas de riesgo durante la lactancia natural, condenado a su abono al INSS y absolviendo por no alcanzar responsabilidades prestacionales, el Servicio Gallego de Salud.

Centra la cuestión en la prueba aportada por cada una de las partes sobre la existencia de riesgos para la lactancia y la distribución de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo conforme al fallo de la STJUE.

Considera que la parte actora sí ha efectuado prueba suficiente, aportando un informe de la jefa de servicio de la unidad de urgencias, quien además es jefa de la reclamante, detallando “...una serie de riesgos físicos, químicos biológicos y psicosociales para el mantenimiento de la lactancia natural presentes en el puesto de trabajo de la recurrente”, lo que supone un indicio suficiente para “...poder sospechar de la existencia de una tal discriminación que, como tal indicio, las partes demandadas pueden invalidar acreditando que no ha habido ninguna conducta por su parte de discriminación por razón de sexo.”

Sin embargo, a juicio del TSJ, las partes demandadas no han cumplido con las exigencias de la carga de la prueba, limitándose a aportar un informe emitido por Doctor del Servicio de Medicina Preventiva – Prevención de Riesgos Laborales que se limita a especificar que la trabajadora “...se considera, en el momento actual, APTA (en mayúsculas) para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo no existiendo riesgo para la lactancia”.

¹⁷⁹ Recurso suplicación nº 1052/2014. ROJ: STSJ GAL 6871/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:6871.

i. Breve valoración

En aquellos procesos relacionados con la salud o seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, se exige una evaluación plena conforme a la Directiva y directrices comunitarias del riesgo del puesto de trabajo individualizado, exigido en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85/CEE, y en el artículo 26.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que lo traspone al derecho interno español. En el supuesto de que no se haya realizado así, ello supone una posible discriminación por razón de sexo y consecuentemente entra en juego la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE.

El propio TJUE muestra su ánimo de conocer sobre el fondo del asunto hasta el punto de considerar que la evaluación del puesto de trabajo, según se desprende del documento que obra en autos, no es adecuada. En definitiva, constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 (sentencia de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos, C-531/15, EU:C:2017:789, apartados 62 y 63) la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 al considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad. Por tanto, la conclusión del propio Tribunal *“es que la evaluación de riesgos debe realizar un análisis sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional, y en el caso de las trabajadoras lactantes debe incluir un análisis específico y particular sobre este aspecto. Es por ello que al tener las trabajadoras lactantes la misma protección que las trabajadoras embarazadas la regla de la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 19 apdo 4.º letra a) de la Directiva 2006/54 será de aplicación, y por tanto, será discriminatorio el rechazo a la suspensión del contrato de trabajo durante la lactancia natural si la evaluación de riesgos no determina el riesgo en este caso, por lo que debe considerarse un supuesto menos favorable para la mujer, y por ende, una discriminación por razón de sexo. La tesis adoptada por el TJCE modifica el criterio restrictivo empleado por el TS y exige una nueva interpretación de la norma y de sus exigencias, como así lo han entendido recientemente algunos Tribunales”*.¹⁸⁰

¹⁸⁰ García Blanca, Jose Manuel. “Salud laboral”, en *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Carmen Sánchez Trigueros (dir.), Francisco Javier Hierro

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es la de 03 de abril de 2018 - ROJ: STS 1715/2018 ECLI:ES:TS:2018:1715.

La Sentencia confirma la de suplicación que había validado la de instancia y reconocido el derecho de la actora, enfermera, a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, condenando al INSS y a la Mutua y a esta última al pago de la prestación económica. Señala que “...*La sentencia de 19-10-2017 del Tribunal de la Unión Europea ha resuelto la cuestión prejudicial C-531/15 respuesta que cabe resumir en la aplicación del artículo 19 de la Directiva 2006/54 del artículo CE en el caso de que la trabajadora impugne la evaluación de riesgos porque no se haya hecho con arreglo al art. 4 de la Directiva 92/85 , que la trabajadora debe acreditar que la evaluación no se ajustó al citado artículo 4 y, acreditado se presume la existencia de discriminación incumbiendo a la parte demandada demostrar que no hubo vulneración del principio de igualdad y que la evaluación se ajusta al artículo 4 de la Directiva 92/85*”.

- La última STS fue la de 04 de diciembre de 2019. ROJ: STS 4306/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4306.

Supuesto, igualmente, de trabajadora sanitaria de urgencias con trabajo a turnos que solicita prestación de riesgo durante la lactancia que le es denegada por considerar que no existiría y cuya demanda es estimada por el Juzgado de lo Social y ratificada por el TSJ de la Comunidad Valenciana.

El TS vuelve a remitirse a la Sentencia del TJUE, C-531/15, señalando que “...*razonaba sobre la distribución del gravamen probatorio en relación con la existencia o inexistencia de puesto adaptable diciendo que "(...) en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección (...), es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente*”.

2.2. Turnicidad y nocturnidad en lactancia como factores de riesgo

✓ STJUE 19 septiembre 2018, Caso González Castro. C-41/17

a. Identificación de la sentencia

La segunda vez que se pronuncia el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) en relación con riesgo para la lactancia, es con la Sentencia de 19 de septiembre de 2018¹⁸¹, nuevamente con motivo de cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia en fecha 30 de diciembre de 2016.

b. Problema suscitado

Los hechos que suscitan en esta ocasión la cuestión prejudicial que formula el TSJ de Galicia cabe resumirlos de la siguiente forma:

- La Sra. Isabel González Castro prestaba servicios como vigilante de seguridad para Prosegur España.
- Dio a luz un hijo, que recibió lactancia materna en exclusiva.
- Antes del parto trabajaba a turnos rotativos de ocho horas
- Inicia expediente para la obtención de la prestación económica por riesgo durante la lactancia al considerar la existencia de riesgo por 3 razones:
 - 1.- *“el propio contenido de la prestación laboral de un vigilante de seguridad (el peligro que conlleva y el estrés asociado a ella)”*.
 - 2.- *“el hecho de que el trabajo se realice a turnos y en ocasiones en horario nocturno y en solitario”*.
 - 3.- *“la imposibilidad de desarrollar la lactancia natural en el centro de trabajo, alegando que no disponía de un lugar destinado al efecto y no podía abandonar su puesto de trabajo con tal fin”*.
- La solicitud es rechazada por la Mutua Umivale al considerar que no hay riesgo real, sino únicamente dificultad y se remite al Manual de la Asociación Española de Pediatría donde se indica que *«...la nocturnidad y el trabajo a turnos o en solitario por sí mismo[s] no presenta[n] riesgo para la lactancia, pero pueden hacer que la lactancia sea más incómoda*

¹⁸¹ Asunto Isabel González Castro contra Mutua Umivale, Prosegur España, S.L., Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Identificación: ECLI:EU:C:2018:736. Ponente: Sr. F. Biltgen.

por el horario, no existe riesgo de que la lactancia se[a] interrumpida si sigue las recomendaciones que le hemos dado...”

- Presenta demanda frente a la resolución de la mutua que es desestimada por el Juzgado Social número 3 de Lugo.

La Trabajadora interpone recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia quien plantea la cuestión prejudicial.

c. Marco normativo coetáneo

La norma española analizada es la ley de prevención de riesgos laborales, Ley 31/95, en concreto su artículo 26, apartado 4 en relación con el 2, y el art. 135 bis de la LGSS y la LRJS, que se transcribieron en relación con la Sentencia anterior del caso Elda Otero.

Así recordando lo referido por dicho artículo de la LPRL, impone que la evaluación de riesgos tenga en cuenta la incidencia negativa que pueda tener el puesto de trabajo para la salud de la trabajadora o del feto, y en su caso las medidas necesarias para eliminar el riesgo, y específicamente señala que “...*Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos*”.

Por su parte el art. 135 bis de la LGSS estableció la prestación por riesgo durante el embarazo, que habría de ser asumida por la entidad que cubriera los riesgos profesionales.

En relación a la LRJS se trata del art. 96.1 que regula la carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo, invirtiendo el mecanismo probatorio a partir de la existencia de indicios fundados de discriminación, correspondiendo al demandado “...*la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente* [...]”

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto noticia al TJUE sobre la doctrina del T. Supremo en relación con el trabajo a turnos y su relación con los periodos de lactancia. Así menciona la STS de 28 de Octubre de 2015¹⁸² en la que se viene a reiterar que, por un lado, no cabe atribuir de forma automática al trabajo a turnos o nocturno la condición de factores de riesgo para

¹⁸² RCU 2542/2013. ROJ: STS 5122/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5122.

la lactancia natural; y por otro lado, que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es una medida subsidiaria para cuando concurre un riesgo específico en un puesto de trabajo, y que solamente cabe adoptar tras la prueba de la existencia de tal riesgo específico y tras valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato: la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo¹⁸³.

El TS en la misma sentencia, analizando la turnicidad y la nocturnidad, que refería no son factores de riesgos contemplados en el RSPRL¹⁸⁴, coincidiendo con la sentencia alegada como contradictoria en el sentido de que no se habían “...acreditado circunstancias que las puedan configurar como tal, por lo que resulta inadecuado considerarlos como una de las causas de reconocimiento de la prestación, cual hace la sentencia recurrida, por mucho que -como se indicaba en el informe técnico aportado por la actora y recoge aquella resolución- sea recomendable no hacer turnos nocturnos o rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados periodos de descanso; como ciertamente sería deseable -en tanto que desiderátum- para todos los trabajadores”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia plantea cuestión prejudicial en auto de 30 de diciembre de 2016. En la resolución afirma que no consta que la Sra. González Castro contara en el centro de trabajo con un lugar habilitado para la lactancia natural de su hijo o para la extracción de la leche materna, ni que fuera posible la adaptación o el cambio del puesto de trabajo para evitar las circunstancias que la Sra. González Castro considera constituyen un riesgo para la lactancia natural.

La cuestión surge principalmente del tenor literal del artículo 7 de la Directiva 92/85 que obliga a los Estados miembros a legislar de forma que no se vean obligadas a realizar trabajo nocturno las trabajadoras embarazadas o durante un periodo consecutivo al parto y para ello deben tomar medidas como un traslado al trabajo diurno o una dispensa del trabajo.

¹⁸³ Con referencias a SSTs de 7 de abril de 2014, RCU 1724/2013, 1 de octubre de 2011, RCU 2373/2011, 17 de marzo de 2011, RCU 1865/10.

¹⁸⁴ Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Por ello en primer lugar se cuestiona el TSJS si trabajador nocturno “se refiere solo a quien trabaja enteramente su horario nocturno o si también a quienes lo realizan en turnos que incluyen la noche”.

Las preguntas segunda a cuarta, serán contestadas posteriormente de forma conjunta por el TJUE y versan sobre la interpretación del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 y del artículo 5 y 7 de la Directiva 92/85/CEE, 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, la inversión de la carga de la prueba.

A partir de la anterior normativa comunitaria formula las siguientes preguntas, ciertamente extensas pero que cabe resumir en lo anteriormente referido:

“«1) ¿Ha de interpretarse el art. 7 de la [Directiva 92/85] en el sentido de que el trabajo nocturno que no han de verse obligadas a realizar las trabajadoras a las que se refiere el art. 2, incluidas por tanto las trabajadoras en período de lactancia, incluye no solamente el trabajo que se realiza enteramente en horario nocturno, sino también el trabajo a turnos cuando algunos de tales turnos, como ocurre en el caso de autos, se realizan en horario nocturno?”

2) En un litigio donde se discute la existencia de una situación de riesgo durante la lactancia de una trabajadora, ¿son de aplicación las reglas especiales sobre carga probatoria del art. 19.1 de la [Directiva 2006/54] —traspuesto en el ordenamiento español, entre otros, en el art. 96.1 Ley 36/2011— en relación con los requisitos previstos en [el] art. 5 de la [Directiva 92/85] —traspuesto en el ordenamiento español en el art. 26 de la [LPRL]— para la dispensa del trabajo de la trabajadora en período de lactancia y, en su caso, para el reconocimiento de la prestación anudada a tal situación en el ordenamiento interno de acuerdo con el art. 11.1) de la misma [Directiva 92/85]?”

3) ¿Puede interpretarse el art. 19.1 de la citada Directiva [2006/54] en el sentido de que son “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta” de una trabajadora en período de lactancia —en un litigio [en] donde se discute la existencia de riesgo durante la lactancia natural con dispensa de la obligación de trabajar, prevista en el art. 5 de la [Directiva 92/85] y traspuesta en el ordenamiento español en el art. 26 de la [LPRL]— el que: (1) la trabajadora preste

servicios en régimen de trabajo a turnos como vigilante de seguridad, y con horario nocturno en algunos de los turnos de trabajo que además realiza en solitario, y además (2) haciendo rondas y atendiendo, en su caso, urgencias (delitos, incendios u otras incidencias); y todo ello sin que además (3) conste la existencia de un lugar adecuado para dar la lactancia natural en el centro de trabajo, o, en su caso, para proceder a la extracción mecánica de la leche materna?

4) Acreditados los “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta” con arreglo al art. 19.1 de la [Directiva 2006/54] en relación con el art. 5 de la [Directiva 92/85] —traspuesto en el ordenamiento español en el art. 26 de la [LPRL]— en un litigio donde se discute la existencia de riesgo durante la lactancia natural con dispensa de la obligación de trabajar: ¿Sería exigible a la trabajadora en período de lactancia que acreditara para ser dispensada del trabajo con arreglo a la legislación interna —que traspone el art. 5.2 y 3 de la [Directiva 92/85]— que la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse y que no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse un cambio de puesto de trabajo? ¿O bien, por el contrario, la acreditación de tales extremos correspondería a las partes demandadas (empresario y entidad que cubre la prestación de Seguridad Social anudada a la suspensión del contrato de trabajo)?»”

f. Conclusiones de la Abogada General¹⁸⁵

El día 26 de abril de 2018 se presentaron las conclusiones por la Abogada General, contestando a las cuestiones planteadas del siguiente modo:

“1.-Una trabajadora que trabaja a turnos y desarrolla parte de su actividad en horario nocturno puede estar incluida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, 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, siempre que presente un certificado médico que declare que es necesario adoptar medidas a fin de evitar riesgos para su seguridad o salud, con arreglo al artículo 7, apartado 2, de esta Directiva. Incumbe al tribunal remitente comprobar, teniendo en

¹⁸⁵ Sra. Eleanor Sharpston.

cuenta todas las circunstancias del caso, si la recurrente proporcionó o se encontraba en condiciones de proporcionar tal certificado.

2.- Las reglas contenidas en el artículo 19, apartado 1, 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 casos de empleo y ocupación, que hacen recaer la carga de la prueba en el demandado se aplican a los supuestos en que una trabajadora en período de lactancia, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 92/85, demuestra que su empresario no llevó a cabo una evaluación de los riesgos de acuerdo con el artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva.

3.- En el caso de que una trabajadora, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 92/85, se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato y demuestre que su empresario no ha llevado a cabo la evaluación de los riesgos para su seguridad y salud prevista en el artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva o que dicha evaluación no se ha llevado a cabo de acuerdo con las directrices a que se refiere el artículo 3 de la Directiva 92/85, esas circunstancias crean una presunción de discriminación directa, en el sentido del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54. Incumbe al tribunal remitente comprobar si la aplicación práctica del sistema nacional de que se trata es incompatible con la norma que figura en dicha disposición, que hace recaer la carga de la prueba sobre la parte demandada.

4.- En la medida en que la apreciación de la procedencia de la adopción de medidas adicionales con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85 forma parte del litigio principal, la carga de la prueba con arreglo al artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 sigue recayendo en la parte demandada.”

g. La sentencia del TJUE

El 19 de septiembre de 2018, se dictó la Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- A la primera pregunta, contestó afirmativamente, declarando que el artículo 7 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que la trabajadora realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno.

- Las preguntas segunda a cuarta, giraban sobre la interpretación del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 y del artículo 5 y 7 de la Directiva 92/85, ello es la inversión de la carga de la prueba en un supuesto como el de autos. El TJUE parte de que es pacífico que la trabajadora en el caso de autos ha “...trabajado en periodo de lactancia” en el sentido del artículo 2, letra c de la Directiva 92/85, y finaliza contestado afirmativamente a la inversión de la carga de la prueba, del siguiente modo: “...cuando la trabajadora expone hechos que puedan sugerir que esta evaluación no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. Corresponde entonces a la parte demandada probar que dicha evaluación de los riesgos contenía efectivamente tal examen concreto y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.”

h. La sentencia del Tribunal Español

El TSJ de Galicia, Sala de lo Social, dictó sentencia el 30 de octubre de 2018¹⁸⁶, estimando íntegramente el recurso de suplicación, declarando el derecho a las prestaciones derivadas de riesgo durante la lactancia natural condenando a su abono a la Mutua Umivale.

Considera que el puesto de trabajo de la actora, vigilante de seguridad en un centro comercial, trabajando sola en el turno de noche y que conlleva hacer rondas, atender alarmas por posibles urgencias y en general, estar vigilante ante cualquier incidencia, hacen que sea una actividad susceptible (artículo 26 LPRL), de presentar un riesgo para la lactancia, tanto por el trabajo nocturno como por la necesidad de intervenir en situación de especial complejidad (delitos, incendios, etc..).

Ese indicio de riesgo, argumenta el TSJ, no se ve “neutralizado” por la compatibilidad con la extracción de leche por los siguientes motivos:

- El carácter variable de los turnos y su duración de 8 horas.

¹⁸⁶ Recurso suplicación nº1397/2016. ROJ: STSJ GAL 4804/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:4804.

- No consta acreditado que exista lugar para la extracción ni disponibilidad puesto que realiza el trabajo en solitario.

Concluye que la evaluación de riesgos no incluyó un examen específico como correspondía a la vista del artículo 26 LPRL y de la jurisprudencia del TS y del TJUE., limitándose a una denegación del riesgo “...mediante fórmulas genéricas y estereotipadas, tanto por la mutua codemandada...como por la empresa...”, siendo la conclusión, por tanto, la de presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, aplicando las reglas de la inversión de la carga de la prueba previstas en el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54/CE y en el artículo 96.1 LRJS. Considera que la mutua no ha desvirtuado tales indicios, volviendo a incidir en el carácter genérico de los informes aportados.

i. Breve valoración

Una vez más se pone de manifiesto el tremendo impacto que viene teniendo la doctrina del TJUE en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico laboral, coadyuvando a la actualización de la doctrina de nuestro T. Supremo y asumiendo los nuevos vientos que la sociedad europea recoge. Así no corresponde a la trabajadora la prueba de inexistencia de riesgo, sino que le basta con aportar indicios para que se invierta la prueba, siendo por tanto la empresa quien debe acreditar la no existencia de riesgo.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ que la cita es la del País Vasco de 21 de febrero de 2019 ROJ: STSJ PV 760/2019. ECLI:ES:TSJPV:2019:760, en supuesto de trabajadora social trabajando como educadora social en centro de acogida y trabajo a turnos de mañana y tarde, que solicitó prestación por riesgo durante la lactancia natural que le fue denegado por la Mutua y posteriormente por la Sentencia del Juzgado de lo Social.

El TSJ se hace eco señalando que “...Más recientemente, también en el ámbito del Tribunal de Justicia europeo, cabe citar la sentencia de dicho Tribunal de fecha 19 de septiembre de 2018 (asunto C-41/17), caso González Castro, dictada al interpretar el artículo 19, apartado 1 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento y del Consejo Europeo, 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 de los artículos 4 , 5 y 7 de la Directiva 92/95/CE, 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 periodo de lactancia.....-que- “...impone la necesidad de que haya una evaluación específica del puesto de trabajo que ocupa con respecto a si existe o no un riesgo específico para el embarazo o la lactancia natural del hijo, debiendo de probar que se hizo aquella concreta evaluación a la demandada requerida al pago de la prestación que tratamos.”

- La última Sentencia que la cita es la del STSJ Canarias, de 17 de diciembre de 2019 - ROJ: STSJ ICAN 2578/2019, ECLI:ES:TSJICAN:2019:2578.

En el caso analizado por el TSJ se trataba de trabajadora que prestaba servicios como animadora sociocultural en centro de atención de personas con diversidad funcional que solicita igualmente prestación por riesgo durante lactancia y le es denegada por la Mutua y posteriormente por el Juzgado de lo Social.

Cita la STJUE señalando que se “...pronunció el TJUE en su Sentencia de 19 de septiembre de 2018 (C-41/17 -González Castro), en cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, en relación a trabajadora , vigilante de seguridad, que desempeñaba su trabajo a turnos rotatorios a la que se le denegó el acceso a las prestaciones por riesgo durante la lactancia , sin realizarse valoración alguna de riesgos y por tanto sin tenerse en cuenta la situación individual de la trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo.

3. Materias relacionadas con la conciliación por cuidado de hijos e hijas

El TJUE se ha pronunciado en dos ocasiones en relación con controversias que tenían como cuestión esencial la determinación de la concreción horaria tras reducción de jornada por cuidado de hijos.

3.1. Las diferencias entre el permiso maternidad y el de permiso parental

✓ STJUE 16 junio de 2016. Caso Estrella Rodríguez Sánchez. C-351/14

a. Identificación de la sentencia

La primera ocasión fue como consecuencia de cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de junio de 2016¹⁸⁷.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho que origina el planteamiento de la cuestión por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona en fecha 15 de julio de 2014, cabe resumirlo de la siguiente forma:

- Socia trabajadora de cooperativa con jornada de turnos semanales rotativos de mañana y tarde y domingos alternos.
- Tras disfrutar del permiso de maternidad formuló, amparada en el artículo 37 ET, petición de reducción de jornada laboral por cuidado de hijo, refiriendo que su marido tendría jornada de plena dedicación.
- Aparte de la reducción solicita la adscripción al turno de mañana fijo y eliminación de trabajar en domingos alternos.
- La empresa accede a la reducción (a pesar de señalarle que por su condición de cooperativista no le era de aplicación la normativa laboral), pero no a la concreción alegando que aceptarla provocaría un exceso de personal en el turno de mañana.
- Frente a ello la trabajadora interpone demanda y en el acto de juicio se centra la cuestión únicamente en la adaptación de la jornada (artículo 34.8 del ET).

c. Marco normativo coetáneo

La norma española analizada por el magistrado del Juzgado Social número 33 de Barcelona venía dada por el E.T., artículos 1, 34 y 37 y 48, y la Ley 39/1999, de 5 de

¹⁸⁷ Asunto Estrella Rodríguez Sánchez contra Consum Sociedad Cooperativa Valenciana. Identificación: ECLI:EU:C:2016:447. Ponente Sra. A. Prechal.

noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, así como la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana.

Por lo que se refiere a la controversia que finalmente se concretó en el acto de juicio, posibilidad o no de adaptación de la jornada laboral con distribución distinta a la que tenía con anterioridad, se parte de la previsión contenida en el apartado 6 del art. 37 del E. Trabajadores que disponía:

“6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute [...] de la reducción de jornada, prevista en el apartado 5 de este artículo], corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria.”

Por su parte el art. 34.8 del E.T. (tras modificación por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), tenía la siguiente redacción:

“«El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella».”

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto da cuenta al TJUE de la Sentencia dictada por el TC en fecha 14 de marzo de 2011, en la que distinguía las previsiones contenidas en los arts. 37.5 y 34.8 del E.T., en tanto que:

- El art. 37.5 reconoce un derecho del trabajador de reducir la jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario.
- El art. 34.8 prevé la posibilidad de adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador con objeto de conciliar vida privada, familiar y laboral, y lo condiciona a pacto colectivo o individual.

En función de ello el Auto considera que de no tenerse en cuenta la normativa comunitaria habría de desestimarse la pretensión de la actora al solicitarse una adaptación horaria, con fijación a un turno concreto y eliminación de turno de fines de semana, cuando no había existido pacto individual ni colectivo.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto delimita la discrepancia entre las partes que se concretaría en la “...posibilidad de adaptar el horario y la distribución de la jornada de la demandante en el litigio principal con arreglo al artículo 34, apartado 8, del Estatuto de los Trabajadores, ya que se ha concedido la reducción de la jornada laboral con arreglo al artículo 37, apartado 5, del mismo Estatuto”.

Al margen de otras consideraciones sobre el hecho de que la trabajadora era socia cooperativista, el Auto se centra esencialmente en determinar el alcance de la Directiva 2010/18, su trasposición específica al derecho español, que considera no se habría producido, y finalmente su propia interpretación, al no existir pronunciamiento al respecto anterior del propio TJUE y la posibilidad del efecto directo de la misma, por estimar que:

- la cláusula 6, apartado 1 del acuerdo marco¹⁸⁸, establece obligaciones claras y,
- por otro, que el Acuerdo marco revisado es un instrumento para lograr el principio general de igualdad de trato, reconocido en los artículos 23 y 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A partir de las anteriores consideraciones y al margen de cuestiones previas sobre la condición de socia cooperativista, las preguntas que formula y resultan relevantes fueron las siguientes:

“3) ¿Debe interpretarse la cláusula 6.ª del nuevo [Acuerdo marco revisado], integrado en la Directiva 2010/18, de tal forma que haga obligado que la norma o acuerdo nacional interno de transposición integre y explicité las obligaciones de los empresarios de “tomar en consideración” y “atender” las peticiones de sus trabajadores/as de “cambios en horarios y regímenes de trabajo”, al reincorporarse después del permiso parental, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores, sin que pueda entenderse cumplimentado el mandato de transposición mediante norma interna —legislativa o societaria— que condicione la

¹⁸⁸ Cláusula 6: Reincorporación al trabajo 1. Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.

efectividad de tal derecho, exclusivamente, a la mera discrecionalidad del empresario de acceder o no a dichas peticiones?

4) *¿Debe considerarse [que] la cláusula 6.ª [del Acuerdo marco revisado] —a la luz del art. 3 de la Directiva [2010/18] y de las “disposiciones finales” recogidas en la cláusula 8.ª del [mismo] Acuerdo— goza, en caso de ausencia de transposición, de eficacia “directa horizontal” por ser norma mínima comunitaria?”*

*f. Conclusiones del Abogado General*¹⁸⁹

El día 3 de marzo de 2016 se presentaron las conclusiones por el Abogado General.

- *Contesta a la primera cuestión, (¿entra dentro del concepto de trabajador, a los efectos de la Directiva la relación laboral existente entre una socia trabajadora de una cooperativa y dicha cooperativa?), remitiéndose en primer lugar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca del concepto de “trabajador” en Derecho de la Unión y que este no es unívoco, sino que variaba según el ámbito de aplicación de que se tratara. Sin embargo, recuerda que “la facultad de apreciación que la Directiva 97/81 concede a los Estados miembros para definir los conceptos utilizados en el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial no es ilimitada”. Se hace eco de las alegaciones efectuadas por el Gobierno español¹⁹⁰ y considera que no se oponen a la conclusión de que la “relación existente entre un socio trabajador de una cooperativa y dicha cooperativa constituye un contrato de trabajo o una relación laboral en el sentido de la cláusula 1, apartado 2, del Acuerdo marco revisado, de modo que tal relación esté incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, debe zanjarse conforme al Derecho nacional, siempre que ello no conduzca a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del derecho a la protección ofrecida por la Directiva 2010/18 y el Acuerdo marco revisado”.*

¹⁸⁹ Sr. Maciej Szpunar.

¹⁹⁰ “En mi opinión, la argumentación de Consum SCV y del Gobierno español, según la cual el socio trabajador no percibe una remuneración, sino anticipos o dividendos sobre los beneficios sociales de la cooperativa, y no trabaja bajo la dirección de un tercero, sino que participa en la gestión de la cooperativa, no pone en tela de juicio estas constataciones”.

- Respecto a la segunda pregunta, dado que está condicionada a una respuesta negativa a la primera, no contesta. De igual forma sucede con la cuarta cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente al considerar que *“la situación de la Sra. Rodríguez Sánchez no está incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco revisado, tal como lo define su cláusula 6º, apartado 1”*.
- Por último, en relación a la tercera cuestión propone contestar de la siguiente forma *“...que las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo marco revisado no se oponen a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, establezca un permiso parental en forma de reducción de la jornada de trabajo acompañada de una concreción horaria dentro de la jornada ordinaria, pero supedita la aplicación de una concreción que vaya más allá de la jornada ordinaria a las modalidades establecidas en lo dispuesto en la negociación colectiva”*.

g. La sentencia del TJUE

El 16 de junio de 2016 se dictó la Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declarando la cuestión prejudicial inadmisibile al considerar, en esencia, que *“...una situación como aquella en la que se encuentra la demandante en el litigio principal no está incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco revisado y vista la jurisprudencia recordada en los apartados 55 a 57 de la presente sentencia, la tercera cuestión prejudicial, que versa sobre la mencionada cláusula 6, apartado 1, debe declararse inadmisibile”*.

En cuanto a las preguntas primera y segunda, en palabras del propio TJUE *“...sólo tienen por objeto comprobar, con carácter previo al examen de la mencionada cláusula, que una relación como la que vincula a la demandante en el litigio principal con Consum SCV, de la que es socia trabajadora, está efectivamente incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco revisado”*, bien en el sentido de la cláusula 1, apartado 2 o de la cláusula 8, apartado 2 de dicho Acuerdo marco. Considera que el Acuerdo marco revisado se aplica a situaciones en las que el trabajador *“...al reincorporarse del permiso parental”* desee obtener cambios en sus horarios o regímenes de trabajo, situación en la que no estaría la trabajadora que se había reincorporado de su *“permiso maternal”*.

La STJUE recuerda la importancia de distinguir los conceptos de “*Permiso de maternidad*”, regulado en la Directiva 92/85 y “*Permiso parental*” tal como se emplea en el Acuerdo marco revisado, ya que responden a finalidades diferentes, protección de la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, en el primer caso, y ocuparse del hijo por los padres hasta una determinada edad, que puede ser de hasta ocho años, en el segundo, remitiéndose a la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2013¹⁹¹. Por ello considera que al no encontrarnos ante una situación de reincorporación tras un “*permiso parental*” no es de aplicación el Acuerdo marco revisado.

Respecto a la tercera pregunta , que pretende “...*en esencia determinar cuáles son los requisitos que permiten considerar que las disposiciones nacionales o los acuerdos entre interlocutores sociales garantizan una correcta trasposición en Derecho interno de la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco revisado, y si cumplen estos requisitos disposiciones como el artículo 34, apartado 8, del Estatuto de los Trabajadores, o el artículo 14.7 del Reglamento de Régimen Interno de Consum SCV*”, dado que no está la situación de la demandante incluida dentro de la cláusula 6ª del Acuerdo marco revisado, un eventual pronunciamiento no tendría influencia en el litigio por lo que se inadmite.

Respecto a la cuarta y última pregunta, se inadmite del mismo modo que la anterior, dado que tendría por objeto determinar el posible efecto directo “horizontal” de la cláusula 6, apartado 1 del Acuerdo marco, que dado lo referido en el párrafo anterior carecería de relevancia al no ser de aplicación dicho acuerdo.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 6 de julio de 2016 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona¹⁹².

Era previsible, dado que se inadmite la cuestión prejudicial y no se considera de aplicación la Directiva 92/8 sobre permiso parental, que consideraba esencial el Auto de planteamiento, que la Sentencia fuera desestimatoria. Sin embargo, finalmente el fallo de la misma es parcialmente estimatorio, declarando el derecho de la actora, “... *en tanto persista el ejercicio del derecho de reducción de jornada, a la adscripción a un*

¹⁹¹ Asunto Betriu Montull, C-5/129.

¹⁹² Autos nº 136/14.

turno fijo de mañana, de lunes a viernes de 9:30 a 14:30h y sábados de 9 a 14 h., desestimando la pretensión relativa a la eliminación del trabajo en domingos alternos”.

De esta forma aplica el artículo 34.8 ET a la luz de la norma comunitaria, desmarcándose de la jurisprudencia del TC al entenderla previa a las leyes orgánicas 1/2004 y 3/2007 y “...distinguiendo entre el derecho de reducción de jornada regulado en el art. 37-5 y 6 ET, y el nuevo y complementario derecho de “adaptación” de jornada establecido en el art. 34-8 ET.”

La estimación parcial de la demanda se basa en la “...omisión de respuesta a la petición de adaptación horaria por parte de la trabajadora”, entendiendo que dicha actuación “...ha comportado, ya por sí sola, un evidente obstáculo al derecho de adaptación horaria de la demandante, reconocido no sólo en el art. 34.8 ET sino en el propio art. 14.7 del RRI (-reglamento régimen interno de la cooperativa-), que necesariamente deberá tenerse en cuenta en la ponderación de intereses que determine la resolución del pleito”.

Sin embargo sí desestima la pretensión de libranza de los domingos alternos justificándolo del siguiente modo: “El carácter obligatorio de este trabajo en domingos alternos, que afecta asimismo a la otra trabajadora ya adscrita con carácter fijo al turno de mañana, y la desaparición elemento de indispensabilidad en la atención al menor, dado que el compañero o pareja de la demandante y padre del menor sí libra todos los domingos (como la demandante ha reconocido), en la necesaria perspectiva de corresponsabilizarían en la atención del menor, determina que no pueda accederse a tal pretensión, dado que -probablemente- afectaría injustificadamente también al resto de compañeras de trabajo de la demandante (con un incremento, por leve que sea, de la frecuencia de afectación de los domingos). No debe olvidarse, en tal sentido, que ellas son beneficiarias también ellas del derecho a la conciliación, por más que no hayan ejercido ni el derecho de reducción de jornada ex art. 37.5 ni el de adaptación horaria ex art .34.8 ET”.

Con la inadmisión de la cuestión prejudicial, habría sido muy probable una desestimación íntegra de la demanda en cuando a la concreción horaria, sin embargo el Juzgado de lo Social de Barcelona tiene en cuenta “la confusión” del TJUE en su propia sentencia. Posiblemente si el TJUE en lugar de pretender justificar un pronunciamiento sobre el fondo inadmitiendo las cuestiones, hubiera hecho suyos los argumentos del

Abogado General manifestando que no se oponía a la cláusula 6 una norma nacional que estableciera condiciones para su disfrute, el Juez remitente no habría tenido otra opción que la desestimación de esta.

i. Breve valoración

Llama la atención la resolución final. A pesar de responder el TJUE negativamente a una cuestión que el Jugador de instancia consideraba esencial para la resolución de la controversia, finalmente se utiliza una argumentación distinta, ya existente inicialmente, cuál era la no contestación de la empresa a la solicitud de la actora, formulada en ampliación de la demanda, para estimar o desestimar la demanda. En ese caso concreto estimar parcialmente la demanda. La Sentencia se dicta en procedimiento en el que no cabía recurso de suplicación, por lo que no se puede saber qué hubiera sucedido de llegar a instancias superiores.

Se echa en falta un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión por parte del TJUE, dando la impresión de no querer pronunciarse sobre algo tan sensible como es el alcance de la concreción horaria. Se excusa en que no se solicita tras el permiso parental, lo que pudiera resultar muy poco convincente ya que no parece que este en “mejor posición” quien solicita concreción horaria tras una reducción de jornada por cuidado de menor.

Para ello parte del razonamiento de que el Derecho de la Unión realiza una distinción entre el concepto de «permiso de maternidad», tal como se regula, en particular, en la Directiva 92/85, y el de «permiso parental», tal como se emplea en el Acuerdo marco revisado, y que el apartado 15 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo precisa además expresamente que este enuncia requisitos mínimos y disposiciones sobre el permiso parental «distinto del permiso de maternidad». Este razonamiento también rechazó la aplicabilidad de las Cláusulas 2 y 3 al caso, entendiendo que la adaptación de la jornada de trabajo está expresamente prevista en la Cláusula 6.1 y, además, sólo puede tener lugar con motivo de la incorporación del trabajador del permiso parental, una situación que tampoco acontece si se considera que la reducción de jornada para el cuidado del menor es un tipo de permiso parental, puesto

que su ejercicio todavía está en curso y, en consecuencia, la adaptación solicitada no tiene lugar tras su reincorporación de un permiso parental¹⁹³.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La única Sentencia que cita es la del TJSPV de 11 de diciembre de 2017-ROJ: STSJ PV 3959/2017 ECLI:ES:TSJPV:2017:3959

Se pronuncia el TSJ a raíz del recurso suplicación interpuesto frente a la sentencia que confirmaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Se acciona por parte del trabajador y una plataforma ciudadana por los permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción que era co-demandante en el procedimiento), interesando la ampliación de la prestación de paternidad en condiciones equiparables a la prestación de maternidad, y con carácter personal e intransferible. (Los hechos son anteriores a la entrega en vigor del RDL 8/15 según la redacción dada por la Disposición Final 12ª de la Ley 48/15 a la ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida).

Se cita por parte del INSS la doctrina jurisprudencial comunitaria que es acogida por la TSJ en su sentencia, como parte del fundamento para desestimar el recurso en la que se distingue claramente los permisos de maternidad y paternidad , entre ellos la sentencia del TJUE de 16- 6-16, caso Estrella Rodríguez Sánchez frente a Consum S.Coop Valenciana, C-262/16 que también se recogía en la sentencia de 14-4-15, C-519/03 en donde se define “*que el permiso parental y de maternidad se concede a los padres para que se puedan ocupar de su hijo y puedan acceder a él hasta una edad determinada, con la finalidad de asegurar la protección de la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones con su hijo, durante el período de embarazo y parto, evitando que la acumulación de cargas que deriven del ejercicio simultáneo de una actividad profesional, perturbe dichas relaciones*”.

¹⁹³ Senent Vidal, María José y García Campá, Santiago. “¡Mis socios no me dejan conciliar! El derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral en las sociedades cooperativas. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 16 de junio de 2016”, *Revista Cooperativismo y Economía social*, núm. 38 (2015-2016), págs. 193-220, disponible en <https://revistas.webs.uvigo.es/index.php/CES/article/view/1279>

3.2. El derecho de adaptación de jornada sin reducción de esta

✓ STJUE 18 septiembre 2019, Caso Ortiz Mesonero. C-366/18

a. Identificación de la sentencia

Nuevo pronunciamiento se lleva a cabo en relación con la reducción y adaptación horaria para cuidado de hijos por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 18 de septiembre de 2019¹⁹⁴, en contestación a cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid el 29 de mayo de 2018.

b. Problema suscitado

El tema se suscita con ocasión de petición de trabajador con circunstancias familiares y laborales concretas: Así:

- En el aspecto familiar:
 - Es padre de dos niños de 4 y 8 años, escolarizados en horario de 9 a 13 y 15 a 16,45.
 - La madre de los niños trabaja como abogada en bufete con horario de 9 a 14 y 17 a 20 de lunes a jueves y 8 a 15 los viernes.
- En el aspecto laboral.
 - El trabajador tiene régimen de turnos rotativos de mañana, 7,15 a 15,15, tarde de 15,15 a 23,15 y noche de 23,15 a 7,15.

A partir de tales datos el trabajador solicitó se le adaptara el horario de trabajo, fijándosele turno de mañana de lunes a viernes con la intención de poder atender a los hijos que salen a las 16:45, lo que le fue denegado por la empresa. Frente a dicha denegación formuló demanda cuyo conocimiento recae en el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid.

Así pues, el supuesto de hecho es análogo al de la Sentencia del caso Estrella Rodríguez (C-351/14), con la única diferencia de que la solicitante fue la madre y en este es el padre, además de que en el ínterin había habido alguna modificación muy puntual de la normativa aplicable.

¹⁹⁴ Asunto José Manuel Ortiz Mesonero contra UTE Luz Madrid Centro. Identificación: ECLI:EU:C:2019:757. Ponente M. Safjan

c. Marco normativo coetáneo

La demanda del trabajador se formuló en fecha 26 de marzo de 2018, y la normativa de aplicación venía dada por las redacciones vigentes en la fecha de los art. 37.6 y 34.8 del E. Trabajadores.

El art. 37.6 del E.T. condicionaba la adaptación horaria a la reducción de la jornada diaria entre un octavo y un máximo de la mitad de la duración de esta, por lo que adelanta el Juzgador que no sería de aplicación, dado que el trabajador solo solicita adaptación, pero no reducción.

De otro lado el art. 34.8 del E.T. no establecía esa necesidad de reducción de jornada, señalando la posibilidad de adaptación de la jornada y remitiendo a los términos que se fijaran en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegaran las partes. En concreto el convenio de aplicación era el de la industria del metal y su regulación no preveía nada al respecto, no alcanzándose acuerdo entre las partes.

Ante la ausencia de previsión convencional y acuerdo entre las partes el Juzgador considera que podría ser de aplicación la previsión del art. 37.6 E.T., pero en tal caso y dado que no se planteaba la reducción de jornada el trabajador, no tendría derecho a la adaptación.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Juzgado de lo Social número 33 de Madrid en fecha 29 de mayo de 2018 dicta auto de planteamiento. Como se refirió con anterioridad el Juzgador parte de que aun aplicando la previsión contenida en el art. 37.6 del E.T., que posibilitaría la adaptación horaria, existiría el impedimento de que ello exigiría la reducción de jornada y proporcionalmente de salario, lo que así se venía resaltando por los pronunciamientos reiterados del T.S.¹⁹⁵, lo que debería acatar salvo planteamiento de la propia cuestión prejudicial.

Así en la STS de 14 de junio de 2008, se desestimó recurso frente a STSJ de Cataluña que había desestimado recurso de suplicación formulado frente a Sentencia de Juzgado de lo Social de Granollers de 22 de enero de 2007, que había desestimado la pretensión de la actora de adaptar su horario sin reducción de jornada, lo que le llevó a interpretar el art. 37. 5 y 6 del E.T, señalando que “...*el derecho que establece al*

¹⁹⁵ STS de 18 de junio de 2008, RCUUD 1625/07 y STS de 13 de junio de 2008, RCUUD 897/07.

trabajador el art. 37-6 del E.T. de fijar la concreción horaria, está vinculada a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; por tanto, no se comprende, la modificación unilateralmente del sistema de trabajo a turno, que es lo que aquí se pretende”.

Argumentación reiterada en la Sentencia del TS de 18 de junio de 2008, que desestimó recurso frente a Sentencia del TSJ de Andalucía, sede Málaga, que a su vez había desestimado recurso de suplicación frente a Sentencia de Juzgado de lo social de Málaga que había desestimado la demanda formulada por la actora en la que se pretendía una adaptación de horario sin reducción de jornada para el cuidado de menor discapacitado. Es de resaltar que en la fecha en que se dictó la Sentencia ya se había producido la reforma del art. 34 del E.T por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin embargo, la Sala considera que aun cuando la pretensión de la actora serviría “...para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares...”, estima que “...no puede dar lugar a lo allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución...”, ya que la norma solo preveía la adaptación en supuesto de reducción de jornada, y correspondería al legislador el cambio legislativo.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El planteamiento de la cuestión prejudicial por el Juzgador mediante Auto de fecha 29 de mayo de 2018 se lleva a cabo desde la perspectiva de la discriminación de la mujer, aun cuando el actor era un hombre, además de la normativa sobre conciliación de la vida familiar y laboral. Así pues, amplía el planteamiento que había realizado el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona en el caso Estrella Rodríguez (351/14) que esencialmente giraba sobre la aplicabilidad de la Directiva Parental 2010/18/UE.

El Auto refiere datos estadísticos que evidenciarían la discriminación de la mujer en el mercado laboral, resaltando la brecha salarial del 14,2%, el porcentaje de contratadas a tiempo parcial del 32% frente al 9% que son hombres, que el 23,79% de las mujeres redujeron su jornada por cuidado de hijos frente al 2,05% de los hombres.

Considera que tal discriminación sería contraria a diversas normas europeas. Así el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tratado de la Unión Europea, la Directiva 2006/54 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 casos de empleo y ocupación, y, en fin, 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 BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

El Auto refiere que la Directiva 2010/18 reconoce el derecho individual de hombres y mujeres al permiso parental para cuidado de hijos y lo hace de forma abierta remitiéndose a la complementación que hagan las normas estatales. Por lo que se refiere a la normativa española, los arts. 34.8 y 37.6 del E.T., que establecen el marco legal mínimo susceptible de mejora a través de acuerdos colectivos que en el supuesto concreto del actor no existen, por lo que solamente podría acogerse al mínimo del art. 37.6.

Resalta el Auto que habría que estar a cada caso concreto, ya que, en los supuestos de un único turno de trabajo, la conciliación, en su caso, solo podría ser a través de la reducción de jornada. Sin embargo, en los casos de distintos turnos la posibilidad de acomodar horarios en franja compatible con las necesidades familiares sería más factible, que es lo que sucedería en el caso del actor.

Por ello concluye manifestando tener dudas de si el art. 37.6 ET, en cuanto impone de forma obligada la reducción de jornada y de salario para conciliar vida familiar y laboral, supondría una discriminación indirecta en perjuicio de las mujeres, primordiales usuarias del permiso parental, aumentando la brecha estadística de la desigualdad entre hombre y mujer.

El hecho de que en el caso concreto del actor se tratara de un hombre y no una mujer no impediría que le fuera de aplicación igualmente una interpretación de la normativa nacional que evitara dicha discriminación por razón de sexo, ya que ello posibilitaría a los hombres adaptar su horario para el cuidado de hijos, permitiéndole a la mujer mantener su jornada a tiempo completo y por ende no ampliar los datos estadísticos de desigualdad respecto a los hombres.

A partir de ello el Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid plantea la cuestión de si “*¿Se opone a los arts. 8, 10 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, al art. 3 del tratado de la Unión europea, a los arts. 23 y 33.2 de la Carta de Derechos Fundamentales y a los arts. 1 y 14.1 de la Directiva 2006/54, todos*

ellos puestos en relación con la Directiva 2010/18 que aplica el Acuerdo marco alcanzado sobre permiso parental, una norma nacional como el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores que condiciona el ejercicio del derecho a conciliar la vida familiar del trabajador con su vida laboral para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, a que en todo caso el trabajador deba para ello reducir su jornada ordinaria de trabajo con la consiguiente reducción proporcional del salario?”

f. Conclusiones del Abogado General¹⁹⁶

La decisión del TJUE se adopta, oído el Abogado General, sin conclusiones escritas.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 18 de septiembre de 2019 se dicta sentencia por el TJUE resolviendo en primer lugar los motivos de inadmisibilidad alegados por el Gobierno Español, recordando que cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el TJUE “...está, *en principio, obligado a pronunciarse*” y considera que el órgano remitente ha establecido una relación entre la Directiva 2010/18 y el artículo 37.6 ET.

En segundo lugar, considera que la Directiva 2010/18 debe interpretarse a la luz del principio de igualdad entre hombres y mujeres y del derecho de la vida familiar consagrada en la Carta, lo que redunda en la admisibilidad de la cuestión.

Sin embargo en tercer lugar, analizando la posible discriminación indirecta por razón de sexo planteada en el auto del Juzgado remitente, que solo puede afectar al sexo femenino, considera que en el supuesto hipotético de que existiera, no afectaría a un caso como el del litigio principal, al tratarse de un hombre, lo que le lleva a declarar que “... *la cuestión prejudicial planteada, en la medida en que se refiere a la Directiva 2006/54, presenta carácter hipotético y debe declararse, por este motivo, inadmisibile.*” De igual modo sucede con los aspectos relacionados con los artículos 8, 10 y 157 del TFUE y con el artículo 3 del TUE, considerando que no existe relación entre dichas normas y el litigio principal.

Por tanto, admite parcialmente la cuestión prejudicial, en cuanto se refiere a la Directiva 2010/18 y a los artículos 23 y 33, apartado 2, de la Carta y, por otra parte, no

¹⁹⁶ Sr. G. Hogan.

la admite por lo que respecta a la Directiva 2006/54, a los artículos 8 TFUE, 10 TFUE y 157 TFUE y al artículo 3 TUE.

En resumen, y teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que la Directiva 2010/18 no se aplica a la normativa nacional señalada en el auto de elevación de la cuestión prejudicial (art. 37.6 ET), es decir una normativa que establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, no pudiendo acogerse cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable y desea pasar a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo.

En cuanto al fondo del caso de la pregunta admitida contesta de forma negativa en los siguientes términos:

“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 BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, sin que pueda acogerse, cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable, a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo.”

En cuanto a la invocación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el TJUE responde que la situación no está comprendida en el ámbito de aplicación del derecho de la unión y por tanto el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia.

h. Sentencia órgano nacional

En fecha dieciséis de octubre de dos mil diecinueve se dictó Sentencia por el Juzgado de lo social núm. 33 de Madrid por la que se desestimó íntegramente la demanda formulada por el trabajador.

La Sentencia es muy esquemática y se limita a resaltar que la STJUE declara que en el caso concreto de trabajador en régimen de turnos con horario variable que desea adaptar su horario de trabajo a uno con horario fijo, no tendría amparo ni en la Directiva 2010/18 ni el Acuerdo marco sobre permiso parental. Por lo que se refiere a la aplicabilidad de las disposiciones de la Carta únicamente es posible cuando aplican derecho comunitario.

i. Breve valoración

Surge la duda de cuál hubiese sido el resultado de la sentencia en el supuesto de que la parte actora fuese una mujer y consecuentemente sea de aplicación la Directiva 2006/54.

En ese supuesto, dado que, como informa el auto de planteamiento, estadísticamente la norma “afecta” en mayor porcentaje a mujeres, nos encontraríamos ante un escenario donde se abocaría a una posible discriminación indirecta vedada en la directiva 2006/54. Da la impresión de que es consciente el TJUE de que su propia doctrina podría llevar a pronunciamientos indeseados, y acaba precisando que la “...normativa de un Estado miembro (España) que –en materia de permiso parental– establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, en cuanto no confiere el derecho del trabajador a disfrutar de un nuevo horario de trabajo fijo manteniendo su jornada laboral ordinaria (por cuanto es un derecho que debe traducirse necesariamente en una reducción de trabajo), no es contraria a la Directiva 96/34/CE (Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES), y ello por cuanto está fuera de su ámbito de aplicación, referido propiamente a situaciones de reducción de jornada, no de simple cambio de horario laboral (paso de trabajo a turnos a trabajo fijo)”¹⁹⁷.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La única STS que la cita es la de 1 de julio de 2020 - ROJ: STS 2462/2020 ECLI:ES:TS:2020:2462.

La cita es con ocasión de recurso de casación frente a Sentencia de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo que había estimado la demanda que pretendía codena

¹⁹⁷ Fernández Márquez, Óscar. “Fuentes de derecho del trabajo” (Crónicas de jurisprudencia), *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020, pág. 21-46.

a empresa sobre disfrute en tiempo libre del remanente de horas de asuntos propios correspondientes a 2017. La Sentencia señala tangencialmente que *“La equiparación de derechos sobre tiempo de trabajo entre quienes lo hacen a turnos y el resto no puede ser tan lineal como pretende el recurso. Recordemos que incluso cuando está en juego la conciliación de la vida familiar (como arguye el recurso) es posible que el diverso trato carezca de efecto discriminatorio. De hecho, las normas de la UE no obligan a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable (STJUE 18 de septiembre 2019, C-366/18, Ortiz Mesonero).*

4. Materias relacionadas con la discapacidad de las personas trabajadoras

El TJUE se ha pronunciado en cuatro ocasiones, hasta la fecha, en relación a cuestiones prejudiciales formuladas por Juzgados españoles, en todos los casos Juzgados de lo Social, sobre despido de trabajadores en situación de Incapacidad temporal. Una en el año 2006 (Caso Sonia Chacon, C-12/05), y otra en el año 2016, (Caso Daoidi, C395-15); posteriormente en el 2018 una, (caso Ruiz Conejero, C-270/16) y por último en el año 2019 una, (Caso Nobel Plastiques Ibérica, S.A., C-397/18).

En los primeros casos los respectivos Juzgados de lo Social que lo plantean lo justifican en análogas razones. Pronunciamientos reiterados del TS y del propio TC que les impedían dictar Sentencia declarando la nulidad del despido y no meramente la improcedencia en supuestos análogos de trabajadores que se encontraban en situación de I.T., cuando son despedidos no procedentemente.

El análisis de las Sentencia se lleva a cabo, en este caso, según criterio estrictamente cronológico, que permite apreciar la evolución habida.

4.1. El despido efectuado en situación de incapacidad temporal

✓ STJUE 11 de Julio de 2006, Caso Chacón Navas. C-13/05

a. Identificación de la sentencia

La primera ocasión en la que el TJUE responde a las dudas suscitadas desde España respecto a despido producido en situación de incapacidad temporal es mediante

Sentencia¹⁹⁸ dictada en Gran Sala, de 11 de julio de 2006, con motivo de Auto formulado por el Juzgado Social núm. 33 de Madrid.

b. Problema suscitado

El resumen esquemático de los hechos cabe concretarlo de la siguiente forma:

- La actora venía prestando servicios para empresa de Hostelería desde marzo de 2001.
- En octubre de 2003 inició proceso de I.T., informándose por los servicios médicos del INSALUD que no era previsible su alta médica a corto plazo.
- En mayo de 2004, aún en baja médica, recibió carta de despido en la que la empresa reconoció la improcedencia del despido y ofrecía el abono de indemnización máxima de 45 días por año de servicio,
- La actora formula demanda sobre despido, solicitando la nulidad del despido por considerar que supondría una “...*desigualdad de trato y discriminación...*”, alegando que “...*fue despedida exclusivamente por la circunstancia de que se encontraba de baja laboral por enfermedad*”.

c. Marco normativo coetáneo

El Juzgado da cuenta en su Auto de la normativa nacional que tendría relación con la controversia a él sometida.

- Así el E.T. que regula los distintos tipos de despido y la declaración de improcedencia o nulidad, y sus consecuencias, refiriendo que solo en el supuesto de nulidad procedería la readmisión obligatoria con abono de salarios de tramitación, y que la misma solo se producía cuando, a tenor del art. 55.5. del E.T., “...*tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas*”.
- Igualmente refiere el art. 17.1 del mismo E.T., que disponía que “*Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones*

¹⁹⁸ Asunto Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA. Identificación ECLI:EU:C:2006:184. Ponente. Sra. N. Colneric.

unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad...”.

- Da cuenta igualmente de los artículos correspondientes de la Ley procesal (art. 108) en cuanto a la calificación y efectos del despido.
- Por último, hace mención al art. 14 de la Constitución que proclama el principio de igualdad, sin que quepa discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En el Auto de planteamiento el Juzgador refiere la doctrina jurisprudencial española del TS¹⁹⁹, seguida por distintos TTSSJ, en el sentido de que la regulación vigente solo permitía declarar la nulidad del despido en los supuestos previstos en el art. 108.2 de la entonces vigente L.P.L. (discriminación, vulneración de derechos fundamentales, periodo de embarazo, suspensión posterior o dentro del periodo de 9 meses después de reincorporación).

Por ello refiere al TJUE que se vería compelido a dictar Sentencia declarando la improcedencia del despido.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

No obstante ello y para justificar el planteamiento, el Juzgador señala distintos motivos.

- Así el hecho de que las causas del art. 14.2 de la CE (“*nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”), no serían números clausus, habiendo considerado el TC también la edad (STC 269/94), o la discapacidad (STC 269/94), por lo que igualmente cabría considerar la enfermedad.
- De otro lado se remite a la normativa internacional, Convenio 111 OIT y art. 14 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que resaltan el principio de igualdad y

¹⁹⁹ STS de 29 de enero de 2001, RCUd. 566/2000 y STS de 12 de julio de 2004, RCUd 4646/2002.

de no discriminación, indicando que no establecen una lista cerrada de causas de discriminación.

- Por último y en relación a normativa comunitaria, cita los arts 13 y 136 y siguientes del TUE, antecedentes de la Directiva 2000/78 que constituyen el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohibiendo radicalmente la discriminación. En concreto los arts. 2.2.a y 3.1.c que proscriben la discriminación por discapacidad.

Con tales fundamentos se interpela al TJUE preguntando, en definitiva, si el despido llevado a cabo y motivado exclusivamente por razón de encontrarse enferma la actora habría de considerarse vulnerador de la mentada Directiva 2000/78 y por ende justificador de la declaración de la nulidad del despido reconocido como improcedente por la empresa.

f. Conclusiones del Abogado General²⁰⁰

En fecha 16 de marzo de 2016 se emitieron las conclusiones del Abogado General, refiriendo que “...Una enfermedad como causa de una posible futura discapacidad no puede asimilarse, en principio, a tal discapacidad y, por lo tanto, no constituye por sí sola ningún indicio para que rija la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, en el sentido del artículo 13 CE, en relación con 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...”.

No obstante, establecía una “puerta abierta”, al señalar que sin embargo, si durante el proceso de enfermedad se manifiestan limitaciones duraderas o permanentes, y las mismas fueran las que motivaran el despido, en tal caso si se podría considerar el mismo como discriminatorio. Por tanto, ya se resalta que no sería tanto la enfermedad sino la previsible discapacidad que finalmente provocara. Así por ejemplo si dicha incapacidad permitía continuar la prestación de servicios, v. gr., persona que tras proceso de I.T. queda limitada su movilidad a silla de ruedas, siendo su trabajo el de administrativo; si el mismo caso, pero siendo profesión albañil el final de la I.T. daría lugar a la extinción de la relación laboral por reconocimiento de incapacidad permanente total.

²⁰⁰ Sra. L.A. Geelhoed.

g. La sentencia del TJUE

Cuatro meses más tarde, el 11 de julio de 2016, se pronunció el TJUE en la misma línea que lo había hecho el Abogado General, declarando que “...*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*”. Cuestión distinta sería el supuesto de despido por discapacidad, cuando la empresa no adoptara las medias oportunas para poder realizar las tareas fundamentales del puesto que se trate.

A dicha conclusión llega a partir de la delimitación del concepto de “discapacidad”, señalando que no viene definido en la Directiva 2000/78, que se remite al Derecho de los Estados miembros. Sin embargo, ello no significa, a juicio del Tribunal, que no se tenga que buscar una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, en función del contexto y el objetivo que se pretende alcanzar por la Directiva 2000/78, lo que permite considerar que “discapacidad” supone una “...*limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional*”. No obstante ello, el término utilizado por la Directiva, “discapacidad”, difiere del término “enfermedad”, por lo que no cabría equipararlos. Y tal diferencia la concreta en el hecho de que la limitación sea de “larga duración”, en función de la importancia que da la Directiva a las medidas a adoptar por el empresario para adaptar el puesto de trabajo en función de la limitación larga o permanente.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 17 de octubre de 2006 se dictó finalmente la Sentencia por el Juzgado de lo Social 33 de Madrid²⁰¹. El fallo de esta fue estimatorio parcial, en el sentido de que se declaró la improcedencia del despido, no la nulidad solicitada.

La Fundamentación jurídica de la Sentencia resume las ideas recogidas en la STJUE, resaltando que la enfermedad no cabe equipararla a discapacidad, salvo cuando se acreditara por el/la trabajador/a que “...*padece una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas*”, y que “...*esa limitación suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional*”, y que “...*se acredite una probabilidad cierta que esa limitación va a prolongarse en el tiempo*”.

²⁰¹ Sentencia nº 363/2006, autos 641/2004.

A partir de tales antecedentes considera que se daría una situación de “discapacidad” y se vulneraría la Directiva, si adoptados los ajustes necesarios por la empresa no se acreditara por la misma que el trabajador no resulta competente o no estuviera en condiciones para atender las tareas fundamentales de su puesto de trabajo.

i. Breve valoración

Se trata, como se refirió, de la primera Sentencia que por órganos judiciales españoles se plantea la duda al TJUE sobre el despido en situación, o motivado por encontrarse en baja por enfermedad o incluso por accidente.

Como posteriormente se referirá, algunos órganos judiciales españoles, sobre todo en instancia, no encajaron bien el que se pudiera “validar” de alguna forma el despido del trabajador/a basado en la mera situación de su enfermedad, por la consideración de la especial razón que motivaría el despido y que podría estar afectando a distintos derechos de los trabajadores. Se reitera lo anteriormente dicho, un mismo motivo de baja por enfermedad, pérdida de pierna y movilidad en silla de ruedas, siendo trabajos distintos, albañil y administrativo. En la primera cabría considerar que no existiría posibilidad de adoptar medidas para que el trabajador pudiera realizar el trabajo, por lo que el adelanto de su cese (con independencia de la valoración extrajurídica), no llevaría a la nulidad. En el segundo sí podría y, por tanto, no adoptarla llevaría a la nulidad del despido.

Por tanto, en resumen y en palabras del Profesor Sempere Navarro el TJUE “*explicó que la persona despedida exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en la protección de la Dir. 2000/78/CE. El Derecho Comunitario descarta equiparar enfermedad y discapacidad pues ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad y no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía*”²⁰².

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es la de 3 de mayo de 2016 - ROJ: STS 2351/2016, ECLI:ES:TS:2016:2351, que desestimó recurso frente a STSJ de Cataluña que había confirmado la del Juzgado de lo Social.

²⁰² Sempere Navarro, Antonio V. “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013.

La STS recoge las conclusiones de la del TJUE, C-13/05:

1) *Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido 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, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.*

2) *La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un 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.*

3) *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.»*

Se plantea finalmente si posteriores SSTJUE habían introducido modificación respecto a la doctrina Chacón Navas, contestando en sentido negativo, refiriendo que “...La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objeto legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente..”.

- La última Sentencia es reciente, de 22 de mayo de 2020 (ROJ: STS 1736/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1736), que confirmó STSJ del País Vasco que había desestimado recurso del actor frente a Sentencia de Juzgado de lo Social que declaró improcedente y no nulo su despido.

Se señala en la misma que “...El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas,

mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Por consiguiente, la Directiva 2000/78, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad 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"..... "No cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita."

✓ STJUE de 1 diciembre de 2016, Caso Mohamed Daouidi. C-395/15

a. Identificación de la sentencia

La segunda vez que se le plantean dudas al TJUE sobre la relación Despido en proceso de I. temporal, fue nueve años después por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona y dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de fecha 1 de diciembre de 2016²⁰³.

²⁰³ Asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal. Identificación ECLI:EU:C:2016:371. Ponente.M. Safjan

b. Problema suscitado

El problema de fondo era el mismo que en la Sentencia Chacón Navas, si bien se resumen los hechos para una mayor claridad de estos:

- Trabajador de empresa de restauración con 60-70 trabajadores, categoría de ayudante de cocina y contrato temporal eventual formalizado el 17-4-14.
- Sucesivas prórrogas e informe favorable del Jefe de Cocina. La última prórroga finalizaría el 16-4-15.
- En fecha 3-10-14 sufre accidente de trabajo, iniciando proceso de I.T., que se mantenía en la fecha de juicio celebrado seis meses después del despido.
- A las dos semanas del accidente el jefe de cocina se habría puesto en contacto con el trabajador, interesándose por su estado y por la previsión de duración de la I.T., informándole el trabajador que según le habían indicado no sería inmediata su reincorporación.
- Días más tarde, el 26-11-14, se le remite carta de despido disciplinario que se motivó en “...no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas...”

c y d. Marco normativo y Criterio jurisprudencial coetáneo

Son análogos al marco normativo y el criterio jurisprudencial existente en el caso Chacón Navas.

En el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial el Juzgador informa sobre la legislación española y la interpretación dada por el TS y distintos TTSSJ en supuestos análogos, desestimando la pretensión de nulidad, considerando que tal doctrina le obligaba a plantear la cuestión.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Partiendo del marco normativo español y de la jurisprudencia del T.S., el Auto se apoya en normativa comunitaria, como:

- el TUE (art. 6),

- la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 3.1., derecho a la integridad de la persona, 15, libertad profesional y derecho a trabajar, 21.1. no discriminación, 30, protección en caso de despido injustificado, 34.1 seguridad social y ayuda social, 35, protección de la salud, 51.1. ...),
- la Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/c 303/02), que, aunque no tenía valor jurídico si la considera como instrumento de interpretación.
- Igualmente, la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Junto a ello el Auto cita jurisprudencia del propio TJUE²⁰⁴. Por último, se remite a nuestra Constitución, arts. 9.2 y arts. 10.2, 15, 35.1, 41, 43.1 y 96.1.

El Juzgador resalta que era conocedor de las Sentencias dictadas por el TJUE sobre el tema, entre ellas la anteriormente referida Chacón Navas, si bien la ratificación (5 de enero de 2011) por Europa de la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad habría llevado al TJUE a considerar que “...*el concepto de «discapacidad» debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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.*”

A partir de tal ratificación refiere que se habrían dictado SSTJUE²⁰⁵ que permitirían llegar a la conclusión de que lo relevante para apreciar la existencia de discapacidad discriminatoria sería:

- que la enfermedad, dolencia o lesión acarree limitación al interactuar con diversas barreras;
- que ello impidiera la participación plena y efectiva de la persona afectada en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores;
- por último, que fuera de larga duración.

²⁰⁴ Asunto Kücükdeveci, C-555/07 y asunto AMS, C-176/12.

²⁰⁵ Asunto Ring C-335/11 y C-337/11 y asunto Kaltolf, C-354/13.

En el supuesto del trabajador afectado se darían tales requisitos según el juzgador.

f. Conclusiones del Abogado General²⁰⁶

Casi un año más tarde, el 26 de mayo de 2016, se emitieron las conclusiones del Abogado General en las que se hace una declaración genérica, señalando que la situación del trabajador accidentado podría calificarse de “*discapacidad*”, a efectos de la Directiva 2000/78, si las “*...dolencias físicas duraderas*”, al “*interactuar con diversas barreras, pueda impedir la efectividad la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*”.

Concluye señalando el Abogado General que corresponde al juez nacional comprobar si en el caso que analiza se darían tales requisitos.

g. La sentencia del TJUE

Finalmente es el 1 de diciembre de 2016 cuando se dictó la correspondiente STJUE.

La Sentencia coincide con el Auto al considerar la aplicabilidad de la Convención de la ONU sobre discapacidad que había sido aprobada mediante la Decisión 2010/48, por lo que sus disposiciones formarían parte del ordenamiento jurídico de la UE. En función de ello el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 se habría de entender como “*...referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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*”.

A partir de ello y considerando que efectivamente el actor habría necesitado que se le enyesara el codo como consecuencia del accidente, situación que se mantenía en la fecha de juicio, meses después. El Tribunal se plantea si de ello cabe considerar que estuviéramos ante una situación “*duradera*”, tal y como vendría estimando la jurisprudencia del propio TJUE, citando las mismas sentencias que el auto de planteamiento. Sin embargo, seguidamente señala que ni la propia Convención ni el

²⁰⁶ Sr. Yves Bot.

resto del Derecho de la Unión establecen un concepto autónomo de “*largo plazo*”, o “*duradero*”. No obstante, ello, como en otras ocasiones, la noción de tales conceptos habrá de buscarse en el contexto de la disposición y el objetivo perseguido y teniendo en cuenta la importancia que el legislador comunitario da al hecho de las medidas “*destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad...*”.

Así pues, se reitera, no se sanciona con la nulidad el hecho del despido por estar en situación de incapacidad temporal y que podría estar motivado en razones económicas, sino el hecho de que se prevea que la reincorporación obligaría a la empresa a readaptar el puesto de trabajo y esa readaptación es la que se quiere evitar por los costes que conllevara u otras razones.

Teniendo en cuenta tales antecedentes, considera que la situación del actor, si bien es reversible, no cabría excluirla de su consideración como “*duradera*”, en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada por la Convención de la ONU, y ello por considerar que el carácter duradero ha de analizarse en el momento en que se adopta el acto presuntamente discriminatorio, en este caso el propio despido. A partir de ello el TJUE vuelve a remitir al Juzgador de instancia para la determinación, en función de la prueba practicada, de si la situación del actor es de discapacidad de carácter “*duradero*”, y en caso afirmativo habría de concluir que se produce una discriminación vedada por la Directiva. A tales efectos y como indicio para determinar el carácter duradero o no, se había de considerar si “*...la incapacidad del interesado no presenta una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*”. De tal razonamiento cabría considerar que resulta indistinto el hecho de que la medida adoptada, el despido, lo sea muy cercano al inicio de la baja o no, ya que lo importante sería si a la fecha del mismo la “*incapacidad ...no presenta una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significadamente antes del restablecimiento de dicha persona*”.

h. La sentencia del Tribunal Español

h.1. De Instancia

Antes de un mes, el 23 de diciembre de 2016, se dictó Sentencia²⁰⁷ por el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona por la que se declaró la nulidad del despido del trabajador, al estimar que se darían los requisitos establecidos por la STJUE.

Parte la Sentencia de la sistematización de lo referido por el TJUE, en los siguientes términos:

- que la existencia de incapacidad temporal no puede predeterminar el carácter duradero o no;
- que la fecha a considerar debe ser la de cuando se adopta la presunta actuación discriminatoria;
- y que el carácter duradero se ha de considerar en función de si no existe perspectiva bien delimitada sobre su finalización y si la incapacidad puede prolongarse significativamente.

Posteriormente la Sentencia delimita el supuesto de hecho, al referir que el actor habría continuado en situación de incapacidad temporal, habiéndose propuesto por el INSS su declaración de incapacidad permanente, encontrándose pendiente de calificación definitiva, lo que le lleva a estimar que la limitación que padecía no “*presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, por lo que se habría de considerar como duradera*”, y por tanto como una situación de discapacidad. No se pronuncia, sin embargo, sobre si esa consideración de duradera llevaría o no a una declaración previsible de incapacidad permanente total o absoluta, lo que podría tener relevancia si precisamente lo que se prohíbe es el hecho de que la empresa no quiera adoptar las medidas para posibilitar la reintegración al trabajo.

A partir de ello la Sentencia considera que efectivamente la incapacidad del actor sería duradera a tenor de la prueba practicada y por ende “*...El despido del trabajador accidentado, casi dos meses después del accidente, cuando seguía de baja médica y había informado que su reincorporación no sería a corto plazo, constituye -pues- una discriminación, directa, por razón de discapacidad; o, alternativamente, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su incapacidad, su despido*

²⁰⁷ Autos nº 1219/2014.

ha supuesto una “barrera” al impedir su recuperación y, con ella, “ la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

Finalmente, el Juzgador añade que, a la misma conclusión, de declaración de nulidad, se llegaría si se tienen en cuenta distintos preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Señala el Juzgador que la STJUE se habría declarado incompetente para aplicar la Carta porque previamente habría declarado que no existía vulneración del Derecho de la Unión. Sin embargo, el Juzgador de instancia considera que habiendo practicado prueba y considerado que se habría producido una vulneración de la Directiva antidiscriminación, resultaría ya de aplicación la Carta de Derechos Fundamentales, y en concreto el art. 24 que dispone el “*derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta...*”, y el art. 30 que proscribe “*el despido sin causa o arbitrario*”. De ello deduce que dado que el art. 10.2 de la C.E. declara que los derechos fundamentales se han de interpretar de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y acuerdos internacionales, la interpretación conjunta obligaría igualmente a la declaración de nulidad del despido por causa de enfermedad.

h.2. De Suplicación

Dicha Sentencia fue recurrida en suplicación, dictándose Sentencia²⁰⁸ por el TSJ de Catalunya en fecha 12 de junio de 2017 por la que revocaba la misma, declarando la improcedencia del despido del trabajador.

Tres son las interrogantes en que sistematiza la controversia el TSJ de Catalunya:

- La primera es si un despido que tiene como causa la situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo puede calificarse como nulo por discriminatorio y vulnerador del art. 14 de la CE;
- La segunda es si alternativamente puede declararse nulo el despido por atender a los derechos de integridad física, salud o la dignidad y por tanto vulnerar el art. 15 CE;

²⁰⁸ Recurso suplicación nº 2310/2017. ROJ: STSJ CAT 4294/2017 - ECLI:ES:TSJCAT:2017:4294.

- Y por último si podría ser calificado nulo por no tener causa y por tanto ser injustificado.

Respecto a la primera cuestión la Sala se remite a STS de 3 de mayo de 2015, RCUD 3348/2014, que había ratificado Sentencia del propio TSJ²⁰⁹ que a su vez había revocado Sentencia del mismo juzgado de instancia, considerando que habría de mantenerse la misma doctrina. En la Sentencia el alto tribunal había señalado que efectivamente el despido por causa de enfermedad podría considerarse como factor de discriminación análogo a los señalados en el art. 14 CE, pero ello solo si la enfermedad se toma en consideración como un elemento de segregación en sí misma considerada (imaginemos supuesto de cáncer o VIH), y ello al margen de cualquier consideración sobre la aptitud del trabajador para desarrollar la actividad. Sin embargo, no considera que el supuesto de hecho que analizaba la Sentencia de instancia fuera análogo. Se trataba, como se indicó, de accidente de trabajo, que da lugar a un proceso de incapacidad temporal con lesiones físicas.

Igualmente y en relación a la posible equiparación enfermedad/discapacidad parte de la doctrina del caso Chacón Navas, señalando que no es posible equipararlas, resaltando que la discapacidad supone un obstáculo para que la persona que la padece pueda participar en la vida profesional y dicho obstáculo es el que se trata de superar con la protección específica antidiscriminatoria. Y que un proceso de incapacidad temporal de diez días de baja, como el caso analizado, no puede equipararse a discapacidad a efectos de posibilitar aplicar el principio antidiscriminatorio a efectos de declaración de nulidad del despido, ya que se trata de una situación reversible y no duradera.

En relación a la posible consideración de que el despido, como causa de enfermedad, pueda suponer una vulneración del derecho a la integridad física, a la salud, o a la dignidad que ostenta toda persona (art. 15 CE), refiere la Sala que el TS (STS 828/11) había avalado la nulidad del despido en supuesto en que la enfermedad que motivó el despido hubiera supuesto un grave riesgo para la salud del trabajador (así obligarle a no seguir el tratamiento médico, por ejemplo quimioterapia, cabría señalar, que le hubiera generado un peligro grave), situación que considera que no se daba en el supuesto analizado.

²⁰⁹ Recurso suplicación nº 956/2014.ROJ: STSJ CAT 7887/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:7887.

Por último, igualmente discrepa de la Sentencia de instancia en lo relativo a declarar la nulidad por inexistencia de causa y por ende por fraude de ley, por considerar que la reforma de la LRJS por el RDL 3/2012 eliminó como causa de nulidad tal supuesto.

i. Breve valoración

Fue el segundo intento de los juzgados de lo social de declarar la nulidad de despido llevado a cabo por la única circunstancia de la baja por enfermedad o accidente. Y aunque en esa segunda Sentencia el TJUE pareciera que daba alguna posibilidad para ello, finalmente la situación no varió y se desligó nulidad y baja médica.

Caber resaltar que una misma sentencia del TJUE da lugar a dos sentencias absolutamente diferentes. El TSJ de Cataluña no quiere asumir la tesis interpretativa de la de instancia y se acoge como principal motivo a la no existencia en el momento del despido del carácter duradero, lo que tendrá poco sentido dado que la misma situación conllevaría a la declaración de nulidad únicamente dependiendo del momento en que se despide. Es cierto que el TJUE insiste en que el “carácter duradero” debe examinarse en el momento del acto (caso Nobel Plastiques vuelve a incidir), siendo previsible que a partir de esa sentencia el empresario valore el carácter duradero de la baja, ” *ya que será la clave para que el despido pueda ser considerado nulo, con la obligación de readmitir al trabajador.*”²¹⁰

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera Sentencia fue la de STS, 22 de febrero de 2018 - ROJ: STS 757/2018, ECLI:ES:TS:2018:757, que desestimó recurso del actor frente a STSJ del País Vasco que había declarado improcedente y no nulo, el despido del mismo.

En la STS se refiere que “...*la STJUE Daouidi sostiene que el hecho de que el interesado se halle en situación de IT a causa de un accidente de trabajo, con arreglo al Derecho nacional, y que ésta sea de duración incierta, no significa que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera con arreglo a la definición de discapacidad mencionada por la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad. Razona el Tribunal*

²¹⁰ Castiella Sánchez-Ostiz, Joaquín. “El despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal podrá ser declarado nulo por discriminatorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927, 2017, pág. 14.

de la Unión que, entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la discapacidad 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. Añade la STJUE en cuestión que, para comprobar el carácter duradero, el juez o tribunal debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”.

- Posteriormente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo vuelve a citar la STJUE en Sentencia de 22 de mayo de 2020 - ROJ: STS 1736/2020, ECLI:ES:TS:2020:1736, también en relación a recurso frente a STSJ del País Vasco que había declarado improcedente y no nulo el despido del trabajador.

De nuevo insiste el TS que *“La STJUE Daouidi sostiene que el hecho de que el interesado se halle en situación de IT a causa de un accidente trabajo, con arreglo al Derecho nacional, y que ésta sea de duración incierta, no significa que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera con arreglo a la definición de discapacidad mencionada por la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad. Razona el Tribunal de la Unión que, entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la discapacidad 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. Añade la STJUE en cuestión que, para comprobar el carácter duradero, el juez o tribunal debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”.*

4.2. Las ausencias justificadas por incapacidad temporal como causa de despido objetivo

✓ STJUE de 18 de enero de 2018, Caso Ruiz Conejero. C-270/16

a. Identificación de la sentencia

Un año más tarde, y por mor de cuestión formulada por Juzgado Social núm. 1 de Cuenca el 5 de julio de 2016, se dicta nueva Sentencia, sobre despido en situación de incapacidad temporal, por el Tribunal de Justicia (Sala tercera) en fecha 18 de enero de 2018.²¹¹

b. Problema suscitado

Refiere el Auto de planteamiento los hechos que resumidamente son los siguientes:

- Trabajador que tenía reconocido grado de discapacidad del 37%, del que un 24% lo era relacionado con enfermedad del sistema endocrino metabólico, obesidad, un 10% por problemas de columna y el 5% restante por factores sociales.
- Como consecuencia de dichas secuelas el trabajador habría estado en baja por enfermedad común durante distintos periodos y en la mayoría de los casos por exacerbaciones de la enfermedad metabólica, obesidad, superando, en su conjunto, el umbral que posibilita la legislación española el despido objetivo por sobrepasar el porcentaje de ausencias al trabajo, aun cuando fueran justificadas.
- El actor formula demanda frente al despido objetivo llevado a cabo.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto da cuenta al TJUE de la normativa española que permitía tales despidos objetivos.

- Así el art. 52.d) que posibilitaba el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas.²¹²

²¹¹ Asunto Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroserv Servicios Auxiliares, S.A., y Ministerio Fiscal. Identificación ECLI:EU:C:2018:17. Ponente. M. Safjan.

²¹² “d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia

- Igualmente, el art. 4.2.c del E.T. que reconoce el derecho a “...no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo...Tampoco podrá ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.
- Cita igualmente la definición de “discriminación indirecta”, recogida en el art. 2.d del Real Decreto Legislativo 1/2003, que “...existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.
- En fin, cita el art. 14 de nuestra Constitución que proclama, como es bien sabido, que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto, como posteriormente se referirá, resalta que no se planteaba por la cuestión de enfermedad, sobre la que existiría abundante jurisprudencia tanto del TS²¹³,

en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”.

Apartado derogado por el art. Único de la Ley 1/2020, de 15 de julio.

²¹³ STS de 23 de mayo de 2005, RCU 3298/2005. STS de 27 de enero de 2009, RCU 483/2009.

como del TJUE²¹⁴, sino por razón de discapacidad o por los motivos derivados de las específicas enfermedades constitutivas de dicha discapacidad. Y en relación a ello no refiere que hubiera pronunciamiento alguno por los tribunales españoles.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Comienza el Auto recogiendo la opinión del Juzgador de que consideraría que no tener en cuenta la obesidad que provoca los procesos de incapacidad temporal y por ende las ausencias al trabajo, supondría un “...trato idéntico con respecto al resto de trabajadores...”, lo que supondría que ello “...implica su salida inmediata del mercado de trabajo...”, en un colectivo que es “...especialmente vulnerable a ausentarse involuntariamente de su puesto de trabajo por consecuencia de la/s enfermedad/es crónicas que han motivado, precisamente, la declaración de su discapacidad”.

En el Auto se refiere que la cuestión no se plantea desde la perspectiva de la “enfermedad” común del trabajador, al existir doctrina judicial española, y también comunitaria (Caso Chacón Navas), que llevarían a un pronunciamiento negativo, sino por razón de discapacidad o por una específica enfermedad constitutiva de tal discapacidad.

La normativa comunitaria que tiene en cuenta el Auto es la referida a la discapacidad. Así Recomendación 86/379/CEE, del Consejo, de 24 de julio, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad; Resolución de 17 de junio de 1999, del Consejo relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías; y en fin la ya comentada Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trabajo en el empleo y la ocupación.

A nivel de pronunciamientos del TJUE cita la Sentencia de 11 de abril de 2013²¹⁵, dictada a raíz de cuestión prejudicial planteada por Juzgado danés, y en la que se planteaba la pregunta de si se opondría a la Directiva 2000/78, la normativa nacional que faculta al empresario a despedir a trabajador con preaviso abreviado, cuando hubiera estado previamente en baja por enfermedad durante 120 días en el último año, en el caso de que el trabajador fuera discapacitado según la mentada Directiva. Y junto

²¹⁴ Asunto Chacón Navas, C-13/2005.

²¹⁵ C-335/11 y acumulado C-337/11.

a tal Sentencia cita la dictada el 18 de diciembre de 2014²¹⁶, también a raíz de cuestión planteada por juzgado danés, en el que se refirió que la obesidad puede incluirse en el concepto de discapacidad cuando, en determinadas ocasiones, “...impide a la persona de que se trate participar plena y efectivamente en la vida profesional en pie de igualdad con los demás trabajadores”.

Con tal argumentación el Auto pregunta si “...¿Se opone la Directiva 2000/78 a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que el empresario está facultado para despedir a un trabajador por causas objetivas, por falta de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcance el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la Directiva cuando la baja laboral fue causada por la discapacidad?.”

*f. Conclusiones de la Abogada General*²¹⁷

Poco más de un año después, el 19 de octubre de 2017, la Abogada General emitió sus conclusiones, señalando que “...La cuestión esencial estriba en si la medida controvertida es adecuada y necesaria, extremo que ha de determinar el Juzgado remitente”.

La Abogada General se pregunta si podría considerarse que la normativa española supondría una discriminación directa o indirecta. Respecto a la directa niega tal posibilidad, por considerar que la norma se aplica por igual a todos los trabajadores, y por tanto no se trata a los discapacitados de manera menos favorable que a los no discapacitados.

Pasa posteriormente a analizar si podría suponer una discriminación indirecta, ya que “...pese a ser aparentemente neutros, puedan ocasionar desventaja particular a personas con una discapacidad determinada.” Y para ello analiza la jurisprudencia comunitaria, y entre otras, precisamente la sentencia citada en el Auto de planteamiento, sentencia HK Danmark, en la que se consideró, como avanzaba el Juez de Cuenca, que el trabajador discapacitado “...corre un mayor riesgo de acumular días de baja por

²¹⁶ C-354/13.

²¹⁷ Sra. Eleanor Sharpston.

enfermedad”, lo que llevaría a considerar que inicialmente nos encontraríamos ante un precepto indirectamente discriminatorio, salvo que la propia normativa nacional obligara a adoptar medidas adecuadas para eliminar las desventajas que supone la discapacidad para el trabajador.

No obstante, recuerda que la propia Directiva 2000/78 señala que las medidas a adoptar no pueden suponer una “*carga excesiva para el empresario*” y que la finalidad de la misma es la de colocar al discapacitado en pie de igualdad con sus compañeros, no en otorgarle más derechos, por lo que una medida para combatir el absentismo laboral, alegada por el gobierno español como causante de daños materiales a nivel nacional y de empresa, puede considerarse legítima.

Finaliza la Abogada General señalando que a tenor de la jurisprudencia comunitaria incumbiría al juez nacional efectuar una ponderación para determinar si la medida adoptada es adecuada y necesaria, situando la “*...normativa en su contexto y tomar en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas afectadas.*”

Es de destacar que en su razonamiento la Abogada General resalta la posible trascendencia del conocimiento de la discapacidad por parte de la empresa, y también el hecho mismo de si el empresario ha de hacerse cargo de las prestaciones por enfermedad, señalando que la normativa danesa, a diferencia de la española, preveía el reembolso al empresario, al menos parcial, de las prestaciones por enfermedad que éste hubiera pagado.

g. La sentencia del TJUE

El 18 de enero de 2018 se dictó la Sentencia por el TJUE que finalmente concluye señalando, con análogo razonamiento a las conclusiones del Abogado General, que la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000 (art. 2, apartado 2, letra b), inciso i)), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que “*...permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, 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....*”, señalando igualmente que ello “*...corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente*”.

Después de delimitar el supuesto de hecho, la normativa española y comunitaria, refiere el objeto de la Directiva 2000/78, que sería establecer “...*un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra las discriminaciones basadas en cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad*”, resaltando que por discapacidad, a tenor de la Directiva, se ha de entender “...*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 los demás trabajadores*”.

Y en relación con el supuesto de hecho que se analiza refiere que la “obesidad”, en determinadas circunstancias, puede impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, por causa de su movilidad reducida o concurrencia de patologías que dificulten su actividad profesional, por lo que esa concreta obesidad estaría incluida en el concepto discapacidad.

Tras recordar la Sentencia Chacón Navas, reitera que no es posible la equiparación “...*pura y simple de los conceptos de discapacidad y enfermedad*” y señala que efectivamente un trabajador discapacitado “...*está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores que un trabajador sin discapacidad*”, por las enfermedades relacionadas con su discapacidad, por lo que puede acumular más días de baja y alcanzar los límites previsto en el art. 52, d) del E.T.

No obstante, y al igual que hacía el Abogado General, analiza la alegación del Gobierno Español de los costes de la “*excesiva movilidad intermitente*” y el hecho de que las empresas han de abonar los primeros quince días de inactividad, el coste de las suplencias y, cabe añadir, el coste de las cotizaciones a la seguridad social, resaltando que combatir el absentismo constituye una finalidad legítima de las previstas en la propia Directiva 2000/78. Por ello señala que si los medios para disminuir el absentismo “...*son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla*” no existiría discriminación.

Finaliza señalando, en línea con el Abogado general que “...*corresponde al órgano jurisdiccional remitente evaluar si, respecto de las personas con discapacidad, los medios previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores no van*

más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida...”, de tal forma que si lo fueran habría de considerarse que los mismos serían constitutivas de discriminación por discapacidad.

h. La sentencia del Tribunal Español

Un mes y medio más tarde, el 7 de marzo de 2018, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número uno de Cuenca²¹⁸, declarando la nulidad y no meramente la improcedencia, del despido del actor, por vulneración de derechos fundamentales.

Para ello la Sentencia inicia su argumentación con la más reciente normativa española, RD Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y en concreto su art. 35.5 que dispone que “...*Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo*”. Igualmente la conceptualización de lo que se ha de entender como “Discriminación indirecta”, art. 2.d, “...*existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios*”.

Posteriormente refiere la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que vino a superar la de los tribunales en el sentido de que las causas que enumera el art. 14 de la Constitución no suponen una lista cerrada, sino una “...*explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas...*”, y la trasposición de la Directiva 2000/78 llevada a cabo por la nueva redacción del art. 4.2 del E.T. que dispone, como es bien sabido, que “...2. *En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: ...c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados...Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad,*

²¹⁸ Sentencia nº 171/2018, autos 861/2015.

siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

Se hace eco la Sentencia del debate sobre la distinción entre “*discapacidad*” y “*enfermedad*”, y la clarificación dada por la jurisprudencia comunitaria (caso Chacón Navas), que se consideran distintos tanto en el lenguaje ordinario como en el técnico de la ley, de tal forma que la enfermedad no es, en principio, un factor discriminatorio en el sentido del art. 14 C.E., salvo que sea identificable como un elemento de segregación. Por ello el trabajador despedido a causa de una enfermedad, refiere la Sentencia, no está incluido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78. Y es que la discapacidad y la protección por su existencia obliga, a tenor de la mentada Directiva, a “*...realizar ajustes razonables*” para superar los obstáculos que impedirían que la persona participe en la vida profesional. No obstante ello, y a tenor de la STJUE de 11-4-13 (Caso Ring), si bien se diferencia enfermedad con discapacidad, cabe la posibilidad de asimilarla en los supuestos de “*...enfermedades de larga duración*”.

Posteriormente analiza la STJUE dictada con ocasión de la cuestión prejudicial planteada, refiriendo que lo declarado por la misma en el sentido de considerar que la previsión contenida en el art. 52.d) del E.T., puede considerarse discriminatorio, al afectar indirectamente más a las personas discapacitadas, salvo, que la finalidad de la medida, combatir el absentismo, pudiera justificar la medida, lo que se habría de valorar por el órgano jurisdiccional remitente.

Y en esa valoración la Sentencia considera que no estaría justificado el hecho de que se incluyan las bajas producidas por enfermedades relacionadas con la discapacidad del trabajador, ya que ello supone una discriminación indirecta al poder afectar de una manera mayor a quienes su discapacidad le provoca periódicas bajas de menos de veinte días, por lo que finalmente declara la nulidad y no la improcedencia del despido.

i. Breve valoración

Se trataba de la tercera vez en la que se relacionaba, aunque tangencialmente, enfermedad y despido. En esta ocasión se introduce el matiz de la causa de la baja, obesidad, y finalmente es esa especificidad la que da pie a considerar que el despido por ella supondría una discriminación indirecta, al estar más afectados por procesos de baja aquellos que se vean afectados por una obesidad importante.

La Sentencia no fue recurrida y por tanto no fue ni ratificada ni revocada en suplicación ni posteriormente en casación, por lo que su “doctrina” habría de verse como sería asumida con posterioridad por otros órganos judiciales. Hace referencia la Sentencia a la circunstancia a la que se le había dado relevancia en Sentencias anteriores, de inexistencia de medidas estatales tendentes a eliminar la mayor onerosidad que los procesos de IT inferiores a 20 días pueden provocar a las empresas, fundamentalmente a las de pequeño tamaño, y ello en relación con los costes de seguridad social. La sentencia no aplicó el extinto artículo 52.d del ET por considerar que la norma nacional, en este supuesto, colisiona con la comunitaria, puesto que aunque el propio artículo nacional no “...es directamente discriminatorio, al aplicarse de manera idéntica a personas con y sin discapacidad que hayan faltado al trabajo, sin embargo, es indirectamente discriminatorio ya que un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el artículo 52, letra d) , que un trabajador sin discapacidad. El TJUE indica, a continuación, que ha de verificarse si la dicha diferencia de trato puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima, como la de combatir el absentismo laboral, invocada por el Gobierno español, que efectivamente constituye una finalidad legítima. El Tribunal nacional deberá comprobar si esa disposición es proporcionada para lograr el objetivo perseguido”²¹⁹.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que se hizo eco de la misma fue la de 22 de febrero de 2018 - ROJ: STS 757/2018, ECLI:ES:TS:2018:757.

La STS desestimó recurso formulado frente a STSJ del País Vasco que a su vez había desestimado recurso frente a Sentencia de Juzgado de lo Social que había declarado la improcedencia, y no la nulidad, de despido de trabajadora en situación de incapacidad temporal.

La referencia al caso C-270/16 la lleva a cabo a partiendo de que la Decisión 2010/48 de la UE aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, cuyo art. 1 dispone que “...las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales

²¹⁹ Urcelay Lecue, MaríaCruz. “Posible discriminación indirecta por discapacidad al despedir a un trabajador, debido a faltas de asistencia justificadas, pero intermitentes: STJUE, de 18 enero (TJCE 2018, 3) Asunto C-270/16: Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroserv Servicios Auxiliares, S.A., y Ministerio Fiscal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2018.

a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» , y que la Directiva 2000/78 debe interpretarse de conformidad con dicha Convención, lo que supone que “...*que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad «comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad 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»*. Recuerda que ese concepto de discapacidad que surge de la Convención se venía aplicando por el TJUE, entre otras *Daouidi*, C-395/15; y 18 enero 2017, Ruiz Conejero, C-270/16.

- La última STS es la de 23 de junio de 2020 (ROJ: STS 2126/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2126), que casa y anula sentencia del TSJ de las Palmas Canarias que había confirmado Sentencia de Juzgado de lo Social en relación a despido objetivo por absentismo derivado de enfermedad (ex art. 52.d) ET.

Recuerda que la STC 118/2019 había declarado constitucional el derogado artículo del E.T., y se había hecho “...*eco de la STJUE 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, Ruiz Conejero), en la que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la adecuación o no del mismo art. 52 d) LET a 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 su valor hermenéutico...*”.

La STS refiere que la dictada por el TJUE, caso Ruiz Conejero, declara que “*El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), 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 se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, 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...”.

✓ **STJUE de 11 de septiembre de 2019. Caso Nobel Plásticos. C-397/18**

a. Identificación de la sentencia

La última Sentencia dictada, a la fecha de redacción del presente trabajo, sobre la relación despido/discapacidad trae causa en Auto del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona y que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de fecha 11 de septiembre de 2019²²⁰.

b. Problema suscitado

De nuevo los hechos relacionan despido con previa situación de incapacidad temporal, en este caso por enfermedad profesional y pueden resumirse en los siguientes términos:

- Trabajadora con categoría de especialista y en reducción de jornada por cuidado de hijo trabajando en turno de mañana y noche.
- Fue diagnosticada de epicondilitis derecha y la lesión calificada como enfermedad profesional, estando en situación de incapacidad temporal durante sucesivos periodos y encontrándose incluida dentro del personal especialmente sensible.
- La empresa notificó carta de despido por causas objetivas, basándose en causas económicas, técnicas, productivas y organizativas.
- En las mismas fechas fueron despedidas 9 personas más.
- Los criterios de afectación seguidos por la empresa fueron los siguientes: “encontrarse adscrito a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, productividad inferior al 95%, menor polivalencia y mayor índice de absentismo”.

²²⁰ Asunto DW contra Nobel Plásticos Ibérica, S.A. Identificación. ECLI:EU:C:2019:703. Ponente. M. Safjan.

La actora formula demandada de despido, solicitando la nulidad al considerar que se habría vulnerado su derecho fundamental a la no discriminación por razón de enfermedad, invocando Sentencias del TJUE de 11.04.13, y 01.12.16²²¹.

c. Marco normativo coetáneo

En cuanto a la normativa española el Auto transcribe:

- el artículo 53.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (supuestos de nulidad del despido),
- el artículo 96 y 122 de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL),
- y el artículo 2, 4, 35 y 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto hace un repaso sobre distintas sentencias del TJUE que son de aplicación a la cuestión debatida, Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 (apartado 36, 37, 41, 42, 66, 67 y 76), Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15 (apartado 40, 41, 42, 43, 54) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, (apartado 28, 36 y 39).

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona, mediante auto de 30 de mayo de 2018 plantea una cuestión prejudicial, detallando las posiciones de las partes, los hechos probados y la necesidad del planteamiento de la cuestión.

En cuanto a las diferentes pretensiones del demandante, se ciñe únicamente en la principal por ser ella la que motiva la cuestión, la declaración de nulidad del despido, al entender que se vulnera “...*el derecho fundamental a la no discriminación por razón de enfermedad, en tanto que ha estado en situación de incapacidad temporal -y lo estaba*

²²¹ Asunto HK Danmark, C-335/11 y asunto Daouidi, C-395/15.

en el momento en que fue despedida- debido a dolencias relacionadas con el trabajo desempeñado y porque ha sido declarada "apta con limitaciones", por lo que tiene una limitación en la capacidad de trabajo duradera, lo cual se pone de manifiesto con la declaración de personal "especialmente sensible", de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

Resalta que es la propia actora quien interesa el planteamiento de la cuestión prejudicial con distintos fundamentos:

- En cuanto a la calificación de la actora como discapacitada, a los efectos de la Directiva 2000/78/CE, en los términos fijados en el artículo 1 de la Convención de las Naciones unidas de los derechos de las personas con discapacidad, por tener la consideración de trabajadora “*especialmente sensible*” según la descripción del artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y ello a pesar de no tener reconocido ningún grado de discapacidad.
- Porque la medida de despido supondría una discriminación directica dado que ello supone una segregación que impide directamente la participación plena y efectiva de la trabadora en la vida profesional en igualdad de condiciones.
- En cualquier caso, califica la decisión como discriminación indirecta.
- Por último, resalta el incumpliendo de las especificidades en materia de obligación de adaptación del puesto a las personas que ostentan la condición de especialmente sensibles, o al menos de ajustes razonables que garantizan los derechos fundamentales. Por último, propone una serie de preguntas concretas.

Refiere igualmente la alegación de la empresa demandada, que habría insistido en que:

- “...los criterios fijados para seleccionar a las personas que debían ser despedidas, han sido objetivos y no contienen ninguna carga peyorativa para las personas discapacitadas”
- que consideraba innecesario plantear cuestión prejudicial al considerar que la normativa española es acorde con la Directiva 2000/78/CE aunque

de modo alternativo propone también preguntas que se transcriben en el auto.

Se hace eco de la normativa europea, en concreto de:

- la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo (artículos 1, 2, 3, 9 y 10)
- y el artículo 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión al haber sido aprobada por la Decisión 2010/48 (apartados 30 a 32, Sentencia 11.04.13, HK Danmark, casos C-335/11 y C-337/11).

Por último, motiva la cuestión principal del Auto de planteamiento en la asimilación del trabajador calificado como “*especialmente sensible*” en los términos que así lo entiende la norma interna (artículo 25.1 LPRL) como persona con discapacidad a efectos de aplicación de la Directiva 2000/78.

El Auto refiere que es consciente y así lo resalta que la Sentencia Ruiz Conejero (apartado 33) remite al juez nacional la calificación de persona con discapacidad a los efectos de la Directiva, pero cita la Sentencia Daouidi (apartados 42 y 48) donde se establece una pauta y criterio sobre el concepto, “*relacionándolo con la limitación de la capacidad*”, en el sentido de que ha de ser “*duradera*”.

El Magistrado se muestra favorable a una respuesta positiva, considerando que debe ser considerado como persona con discapacidad a los efectos de la Directiva aquel trabajador calificado como especialmente sensible en los términos expuestos en la norma interna (artículo 25.1 LPRL) y finalmente plantea la pregunta en los siguientes términos:

- *Primera pregunta : ¿Deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación 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, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las personas trabajadoras calificadas como especialmente sensibles a determinados riesgos cuando, por sus*

propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas?”

- En caso de respuesta afirmativa, analiza los criterios de selección utilizados por la empresa a la hora de determinar los trabajadores afectados por el despido, y si estos pueden suponer una discriminación indirecta o directa en perjuicio de las personas discapacitadas.

Así argumenta que, de los tres criterios utilizados por la empresa, el primero (prestar servicio en el departamento objeto de renovación tecnológica) tendría un carácter objetivo y neutro por lo que no habría razón para cuestionarlo; sin embargo con respecto a los otros tres (*“productividad inferior al 95%, menor polivalencia y mayor índice de absentismo”*), plantea dudas lo que le lleva a que pregunte concretamente si cada uno de esos criterio supone un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2 B de la Directiva 2008/78.

Consecuentemente las dudas que formula son las siguientes:

“Segunda pregunta : ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y por ello tiene dificultades para alcanzar los niveles de productividad requeridos para no ser candidata al despido?.

Tercera pregunta : ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad al haber sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, en la polivalencia en todos los puestos de trabajo, incluidos los que no puede desempeñar la persona discapacitada?.

Cuarta pregunta : ¿Constituye un acto de discriminación indirecta en los términos que se define en el artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad y que por ello ha sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, las cuales han provocado largos períodos de tiempo de ausencias o baja médica antes del despido y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, en el absentismo de esta persona trabajadora?”

f. Conclusiones del Abogado General²²²

El abogado General solicitó que el caso sea juzgado sin conclusiones.

g. La sentencia del TJUE

La sentencia analiza por un lado la primera cuestión planteada y por otro, de forma conjunta, el resto de las cuestiones.

Respecto a la primera, recuerda que la Convención de la ONU, tras su aprobación mediante la decisión 2010/48 forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión y puede ser invocada para interpretar la Directiva 2000/78 y que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con dicha Convención remitiendo a lo dicho en las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, apartado 32, y de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, apartado 41).

Vuelve sobre el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva, remitiendo a lo expuesto en sentencias anteriores y que el mismo debe estar “...referido a 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 los demás trabajadores”. Insiste en que la discapacidad debe entenderse no como la imposibilidad de ejercer la actividad profesional sino como un obstáculo para su ejercicio.

Señala que la protección de la Directiva no excluye a las discapacidades causadas por enfermedad, puesto que ello sería contrario al objeto de la propia

²²² Sr. G. Pitruzzella.

Directiva, y que una persona con discapacidad que pueda trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede entrar dentro del concepto.

Entra a analizar el carácter “duradero” de la limitación, recordando:

- en primer lugar que dicho carácter debe examinarse en el momento en el que se adopta el acto, conforme a lo expuesto en la sentencia Daouidi (C-395/15).
- en cuanto a los indicios para considerar duradero vuelve a citar la sentencia Daouidi en el sentido de que “...*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*”.

En el apartado 49 con la idea del Juez nacional, que a mi juicio no era otra que la asimilación automática, evitando con ello interpretaciones subjetivas y demasiado confusas, del trabajador declarado especialmente sensible en el sentido del artículo 25 de la LPRL con el discapacitado a los efectos de la Directiva. Ello lo trata de justificar con el argumento no matizado de que los requisitos previstos para la calificación de uno u otro no son idénticos.

Por último, como es común en estas cuestiones, remite al órgano nacional la responsabilidad de comprobar si el estado de salud del trabajador, al momento del despido, implicaba una limitación de su capacidad que cumplía con los requisitos mencionados en el apartado 41 de la sentencia.

Sin embargo, aun cuando la respuesta a la primera pregunta es negativa entra a contestar al resto de cuestiones analizando los distintos criterios de selección utilizados por la empresa a efectos de proceder al despido y si estos constituyen una discriminación directa o indirecta. Así en cuanto al criterio de “*menor grado de polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa*”, “*absentismo*” y el de “*presentar una productividad inferior*”, refiere que tratarse de manera idéntica a las personas con discapacidad y las personas sin discapacidad no constituye una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad en el sentido de la Directiva.

En cuanto a la posible discriminación indirecta señala que esos mismos criterios pueden suponer una diferencia de trato basada indirectamente en la discapacidad, dado

que se trata de un criterio aparentemente neutro que podría ocasionar una desventaja particular a personas con discapacidad, respecto de otras, con lo que obligaría al empresario, en base al artículo 5, a “...adoptar medidas adecuadas y ajustes razonables para eliminar las desventajas” y es precisamente sobre este concepto sobre el que versa gran parte de la contestación a la segunda pregunta planteada.

Se remite a los artículos 20 y 21 de la Directiva en cuanto a la obligación del empresario de adoptar medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, sin que ello suponga una carga desproporcionada para el empresario y corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si estas adaptaciones fueron suficientes para ser consideradas ajustes razonables en el sentido del artículo 5 de la Directiva.

Son precisamente esas medidas las que el órgano jurisdiccional debe verificar y en el caso de concluir que no se adoptaron medidas adecuadas y por tanto no se realizaron ajustes razonables, el despido del trabajador en un supuesto como el informado constituye una discriminación indirecta por motivo de discapacidad en el sentido del artículo 2.2 de la Directiva y recuerda que la convención de la ONU en su artículo 2 incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables. Por el contrario, informa que si la conclusión fuese la opuesta, es decir que el empleador si adoptó medidas adecuadas y por tanto si realizó ajustes razonables no procedería considerar que el despido, basado en tales criterios, constituye discriminación indirecta.

En la propia sentencia da alguna pauta al órgano jurisdiccional para apreciar la existencia de medidas razonables y ajustes razonables, anunciando como ejemplo válido la adaptación de las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre e insistiendo que ello no puede suponer una carga desproporcionada principalmente en los costes financieros.

Por último y antes de contestar explícitamente a la pregunta recuerda que la Directiva 2000/78 “...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, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.” (considerando 17).

Finalmente responde a este bloque de preguntas de la forma adelantada anteriormente: “...*el despido por «causas objetivas» de un trabajador con discapacidad debido a que este cumple los criterios de selección tomados en consideración para determinar a las personas que van a ser despedidas, a saber, presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido de dicha disposición, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.*”.

h. La sentencia del Tribunal Español

El Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona, dictó sentencia²²³ el 4 de noviembre de 2019, por la que estimando la demanda declaró la nulidad del despido y la vulneración del derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de discapacidad con condena a la empresa al abono de 25.000 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

En la sentencia analiza ampliamente el concepto de discapacidad acudiendo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, incorporada al marco normativo de la unión europea tras la firma de la Decisión 2010/48/CE, en cuyo artículo 1 se indica “...*que las personas con discapacidad son aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo y que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las otras*”.

Se hace eco de dos importantísimas sentencias del TJUE en esta materia, la sentencia HK Danmark (de 11.04.13, caso C-335/11), que define el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE “...*como aquella situación en que una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o no, y de larga duración, cuando supone una limitación, derivada de las dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede*

²²³ Sentencia nº 309/19, autos 313/2017.

impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores.”, y la posterior sentencia de 18.12.14 (caso C-354/13 (TJCE 2014, 367)), FOA, en la que se precisó que el concepto de discapacidad no sólo alcanza la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino que también puede implicar una dificultad para desarrollarla.

En cuanto al concepto de “*largo plazo*” citado en las anteriores sentencias, se remite a la sentencia del TJUE de 01.12.16 (caso C-395/15 (TJCE 2016, 308)), Daouidi, en la que se desarrolla el concepto, indicando que es una cuestión de orden fáctico sobre el que se tiene que pronunciar el juez nacional en base al material probatorio y que el momento de análisis de la duración debe fijarse en el momento en que se adopta el acto presuntamente discriminatorio.

Finaliza el apartado dedicado al concepto de discapacidad diferenciando, conforme al apartado 43 de la STJUE que da respuesta al auto, que el mismo no se debe de entender en el “*...en el sentido de imposibilidad de realizar la actividad profesional, sino que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de esta actividad...*”.

En cuanto a la consideración, o no, de la trabajadora como persona discapacitada, hace suyos los argumentos del TJUE, rechazando que automáticamente una trabajadora con la condición de especialmente sensible, según el artículo 254.1 LPRL, sea discapacitada en los términos de la Directiva y que ello dependerá de la valoración de los hechos facticos que se acrediten, resaltando la importancia del informe de la Inspección y concluyendo que en ese caso concreto se debe considerar como persona discapacitada.

A continuación se adentra en el análisis de qué medidas ha efectuado la empresa y si pueden considerarse de ajuste razonables que posibiliten la accesibilidad en el entorno laboral, citando el artículo 2 de la Convención de la ONU, donde se establece que se considera un ajuste razonable las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida (artículo 2) a la empresa, modificaciones que deben evitar el tratamiento no igualitario de una persona discapacitada respecto al resto de trabajadores siendo la cuestión a analizar cuándo se convierte una modificación o adaptación en desproporcionada o indebida, lo que implica un juicio de proporcionalidad respecto del ajuste realizado, que también incumbe, conforme a la sentencias del TJUE, al juez nacional.

En el supuesto enjuiciado ese juicio de proporcionalidad la empresa no lo supera, puesto que el Juzgador llega a la conclusión de que la empresa, aunque realizó medidas de adaptación, fueron absolutamente insuficientes e ineficientes.

Por último, analiza, una vez considerada a la trabajadora como persona discapacitada a los efectos de la Directiva, si la medida que se denuncia es discriminatoria, es decir si los criterios de afectación utilizados por la empresa son constitutivos de una discriminación indirecta, lo que ya había sido adelantado por la sentencia del TJUE en sentido positivo respecto a los criterios de absentismo, polivalencia y productividad.

Finaliza desarrollando los efectos del despido nulo y la correspondiente indemnización por vulneración de derechos fundamentales a la que condena.

h. Breve valoración

Se trata de la última sentencia, hasta la fecha, que analiza el tema ciertamente “vidrioso” de la relación despido/incapacidad temporal o incluso permanente y que a juicio del que suscribe todavía no cabe considerarse como definitivamente cerrado y ello posiblemente porque el casuismo de la realidad es tal que es muy difícil abarcarlo con un único criterio.

Así ya existe una noción determinada del concepto personas con discapacidad, acudiendo a la citada convención de ONU, como “...*aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo y que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las otras*”.

Pero la realidad práctica es que los despidos se producen sin saberse si se va a llegar a tal situación. Así pensemos en una persona que inicia una baja de pocos días y se le despide por esa exclusiva razón. O a la inversa una persona que sabemos que ya no se va a poder reincorporar porque se quedó parálítico y trabaja en el campo. La empresa adelanta el despido para ahorrarse los costes de seguridad social, pero las partes saben que nunca será posible la reincorporación. O caso parecido, que ya se comentó, de persona parálítica pero que es administrativa y que podría continuar realizando el trabajo de administrativo si se le adecuan las instalaciones, lo que la empresa no quiere realizar por el coste que conllevaría, por lo que se adelanta al despido.

En definitiva, sentencia esta última que da un paso en la clarificación de la cuestión pero que no cierra todas las posibilidades de la vida real, y tampoco la más frecuente de un mero despido por baja por gripe, lo que provoca miedo del trabajador al despido y a su vez la consecuencia de un mayor contagio y el propio peligro para su recuperación. Dentro de todo ello están también las situaciones patológicas que obviamente se puedan producir pero que habrá de afrontarlas no de forma indiscriminada.

Hay un claro denominador común en todas las sentencias nacionales analizadas en este bloque: El interés en establecer pautas objetivas que otorguen seguridad jurídica a las situaciones. Equiparar enfermedad con discapacidad, incapacidad permanente con discapacidad, trabajador especialmente sensible con discapacidad pero es denominador común que el TJUE en todas ellas ha remitido al órgano nacional dando siempre pautas poco claras pero, en esta sentencia, se pueden distinguir dos cuestiones importantes: Por un lado que el trabajador *reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, solo está comprendido en el concepto de “discapacidad” cuando 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 los demás trabajadores. Y como segunda cuestión que El despido por “causas objetivas” de un trabajador con discapacidad debido a que cumple los criterios de selección considerados por el empresario para determinar las personas que van a ser despedidas (presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo) constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad. Ello salvo que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables para garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.*²²⁴

²²⁴ Morcillo Moreno, Juana et alri: “Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 201, 2019.

i. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS fue la reciente de 22 de mayo de 2020 (ROJ: STS 1508/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1508), que casó y anuló STSJ de Extremadura que confirmó la del Juzgado de lo Social que declaró improcedente el despido objetivo por absentismo derivado de enfermedad.

La Sentencia cita la STJUE de 11 de septiembre de 2019, C-397/18, y declara que esa Directiva 2000/78/CE del Consejo debe interpretarse en la significación siguiente: *“el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo 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 los demás trabajadores. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos”*.

- La última es la ya citada en relación a la de 23 de junio de 2020 (ROJ: STS 2126/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2126).

5. Materias relacionadas con periodos de prestación de servicios y antigüedad

En tres ocasiones se ha pronunciado el TJUE en relación con controversias suscitadas por posible discriminación de los trabajadores/as que incidían en materia de antigüedad.

5.1. El reconocimiento de los servicios previos como trabajador temporal

✓ STJUE de 13 de septiembre de 2017. Caso Cerro Alonso. C-307/05

a. Identificación de la sentencia

La primera vez que se pronunció el TJUE sobre el principio de Igualdad, en relación con la Directiva 1999/70 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y por cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, fue mediante Sentencia del Tribunal de

Justicia²²⁵ con motivo de Auto planteado por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Donostia-San Sebastián en fecha 6 de junio de 2005.

b. Problema suscitado

El Auto de planteamiento tiene origen en controversia sobre interpretación del art. 74 del Decreto 231/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal del Servicio Vasco de Salud, que establecía que para la percepción de trienios era necesario ostentar la cualidad de personal fijo de plantilla de dicho organismo.

Los hechos esquemáticamente fueron los siguientes:

- Trabajadora que vino trabajando doce años como personal estatutario temporal, del Servicio Vasco de Salud.
- Supera prueba selectiva y adquiere condición de fijo de plantilla en 1-7-04.
- Por el SVS se le reconocieron los servicios previos a la adquisición de la condición de fijo a efectos del complemento de antigüedad, pero con efecto económicos a partir de la adquisición de la condición de fijo.
- La actora, sin embargo, solicita se le reconozcan los efectos económicos de forma retroactiva de un año anterior al nombramiento, por considerar que existiría discriminación del personal temporal estatutario respecto al fijo de plantilla, lo que le es denegado, por estimar la Administración Vasca que para percibir trienios debía de ostentar la condición de fijo de plantilla.

Ante tal denegación formuló la oportuna demanda, recayendo su conocimiento en el Juzgado de lo Social núm. 1 de San Sebastián.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto da cuenta de la normativa coetánea aplicable, resaltando que se trataría de personal al que se le aplicaría normas distintas al Estatuto de los Trabajadores, en concreto los llamados “estatutos”:

²²⁵ Asunto Yolanda Del Cerro Alonso contra Osakidetza-Servicio Vasco de Salud. Identificación: ECLI:EU:C:2007:509. Ponente: Sr. R. Schintgen.

- Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social que se aprobó por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre,
- Estatuto del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social aprobado por la Orden de 26 de abril de 1973, y
- Estatuto del personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social aprobado por la Orden de 5 de julio de 1971. Resalta que esta última sería de aplicación al ser la actora auxiliar administrativa y por ende “personal no sanitario”.
- Finalmente, la norma en vigor que sería Ley 55/2003, de 16 de diciembre de 2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, al haber derogado expresamente los anteriores estatutos, que habría consolidado el régimen de nombramientos establecido en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de tal forma que se pasa de suscribir contratos de trabajo (bilateralidad) a nombramientos (unilateralidad que es característica de la relación funcional).

Así mismo refiere el Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, de retribuciones del personal estatutario del INSALUD (derogado por Ley 55/2003), que dentro de las retribuciones hacía referencia a los trienios “...*consistentes en una cantidad igual para cada uno de los grupos de clasificación, por cada tres años de servicios*”, señalando la Disposición transitoria segunda Dos que el importe de los trienios se reconocía al personal que tenga la condición de “*personal estatutario fijo*”.

Por último refiere la normativa autonómica, en concreto el Decreto 231/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza -Servicio Vasco de Salud- que en su artículo 74, establece que para la percepción de trienios es necesario ostentar la cualidad de “*personal fijo de plantilla*”.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En cuanto a la jurisprudencia nacional hace referencia a distintas sentencias del TS²²⁶, en las que analizando el mentado Real Decreto Ley 3/1987, se señalaba que la antigüedad solo se percibía por el personal fijo.

Así pues, tanto el marco normativo como la jurisprudencia abocaban necesariamente al Juzgador de instancia a una sentencia desestimatoria, lo que le llevó al planteamiento de la cuestión prejudicial en los términos que posteriormente se refieren.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto parte de lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE, en lo referente a la prohibición de tratamiento diferente de los trabajadores con duración determinada respecto a los fijos comparables, que se habría incorporado al derecho español respecto a las relaciones laborales, y ello a través de la modificación del art. 15.6 del E.T., que prohíbe la misma.

Sin embargo, refiere que en el ámbito de las relaciones con las Administraciones Publicas la transposición sería parcial, en tanto que si genéricamente prohíbe la discriminación, establece la excepción en lo relativo al complemento de antigüedad al establecer el art. 44 de la Ley 55/2003 (Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud) que los contratados temporales no lo percibirán.

Comienza refiriendo el Auto que la Directiva hace referencia a “*condiciones de trabajo*”, y se pregunta si dentro de las mismas se encuentran las retribuciones económicas, interrogante que habría que aclarar ya que el término “*trienio*” a que hace referencia el mentado art. 44 de la Ley 55/03 tiene un contenido claramente económico, ya que es la cantidad que se percibe cada tres años.

De otro lado adelanta la alegación contraria de la demandada, Comunidad Autónoma Vasca, en el sentido de que la diferencia de trato vendría justificada por la voluntad de permanencia en la relación del fijo y no en la del temporal.

Noticia igualmente al TJUE que la normativa vasca recogía también la diferencia de trato, Decreto 231/2000, pero que la misma habría integrado los acuerdos alcanzados por la representación sindical mayoritaria y la Administración Vasca. Por

²²⁶ STS de 7 de octubre de 1999, RCU 6165/1999 y STS de 9 de julio de 2001, RCU 5912/2001.

último, refiere las diferencias de las partes en cuanto al planteamiento de la cuestión prejudicial, estimándose procedente por la actora e improcedente por la demandada.

A partir de ello y para el caso de que efectivamente se compartiera que las condiciones económicas quedan incluidas en las condiciones de trabajo, plantea la duda de que deban entenderse por “razones objetivas” que justificarían el excluir el reconocimiento de los trienios, como condición económica, a los trabajadores temporales y más específicamente si sería admisible la exclusión que lleva a cabo el art. 44 de la Ley 55/2003 del Estatuto del personal estatutario de los servicios de salud, y si un acuerdo fruto de la negociación colectiva podría ser suficiente para justificar esa diferenciación. Así las interrogantes que plantea son las siguientes:

- Si cuando la Directiva 1999/70/CE dispone que no pueda tratarse a los trabajadores con contrato temporal de forma menos favorable a los fijos, se refiere también a las condiciones económicas.
- Si es razón suficiente para el trato diferente que la ley 55/2003, de 16 de diciembre de 2003, del Estatuto Marco del personal estatutario establezca que solo se reconocen servicios previos al personal fijo.
- Si puede un acuerdo entre administración y representación sindical establecer esa diferenciación.

*f. Conclusiones del Abogado General*²²⁷

Un año y medio más tarde, el 10 de enero de 2007, se emitieron las conclusiones por el Abogado General.

La primera cuestión que analiza es la propia aplicabilidad de la Directiva 1999/70 al supuesto controvertido, lo que no es analizado por el Auto de planteamiento, pero sí cuestionado por las partes comparecientes, señalando que si, en tanto que se aplica al conjunto de trabajadores sin hacer distinción entre la condición pública o privada del empleador. Más específicamente y en relación con la Administración tampoco cabe excluir a los que tengan relación especial regulada por estatuto específico, cual sucede con el personal estatutario en derecho español.

No obstante, hace una reflexión que resulta pertinente destacar. Así refiere que el Auto partiría del concepto de “trabajador” que considera la jurisprudencia del TJUE

²²⁷ Sr. M. Pojares Maduro.

a partir de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, y que efectivamente se aplicaría tanto al sector público como al privado. Sin embargo, señala que se ha de tener presente que el concepto de trabajador no es unívoco en el Derecho comunitario y varía en función del ámbito de las correspondientes Directivas. Así señala que la mentada Directiva 76/207/CEE considera el concepto de trabajador en sentido amplio. Sin embargo, en otras Directivas, las referidas, por ejemplo, a transmisiones de empresa, el concepto de trabajador se ha de considerar en función de la definición adoptada por la legislación nacional, que puede ser más restrictiva y no aplicarse al sector público.

El Abogado General refiere que se habría de partir de la remisión expresa que lleva a cabo la Directiva a la legislación nacional, pero teniendo en cuenta el principio fundamental comunitario de igualdad de trato, y si existen diferencias objetivas que justifiquen ese trato distinto, negando que el Derecho nacional pueda, a través de sus disposiciones específicas, hacer inaplicable, sin razón objetiva, la Directiva. Así pues, remite al juez nacional a la hora de determinar si efectivamente la controversia cabe o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70.

Seguidamente analiza el concepto de “condiciones *de trabajo*” según el art. 4 de la Directiva y si, en concreto, como pregunta el Juez remitente, las “condiciones económicas”, y más específicamente las primas por antigüedad, se englobarían en aquellas, y por ende estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la cláusula de no discriminación de la Directiva analizada. Y respecto a ello señala que para la Comisión “...la respuesta no es dudosa”, apelando al “sentido común”, de que la retribución es la primera de las condiciones de trabajo. Sin embargo, tan tajante consideración no es compartida por el Abogado general.

La tesis del Abogado General parte de un lado del propio tenor de la Directiva, como del artículo correspondiente del Tratado de la CE, aplicable en caso de interpretación dudosa de la Directiva. Así señala, como anteriormente se ha referido en relación con el concepto de igualdad, que el concepto de remuneración se ha de delimitar en función de la Directiva que se analice, de tal manera que, en algunas de las Directivas, y a tal efecto cita la Directiva sobre transmisiones (Directiva 77/87), una modificación de la remuneración por la transmisión estaría vedada por la misma. Sin embargo, en otras, y en concreto cita la Directiva 1999/70 que se analiza, tendría que estarse a la norma que desarrolla, y en este caso el art. 39 del Tratado de la CE, cuyo

apartado 2 remite art. 137 que expresamente señala que el “*Consejo no está facultado para adoptar sobre la base de dicho fundamento medidas relativas a las retribuciones*”.

A partir de las anteriores consideraciones propone contestar la cuestión prejudicial en el sentido de que la aplicabilidad de la Directiva 1999/70 había de verificarla el propio juzgador nacional en función de lo dispuesto en la legislación nacional, teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por la misma y los principios de derecho comunitario, y especialmente el de igualdad de trato.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, si las condiciones de trabajo a que se refiere la Directiva 1999/70 excluyen las retribuciones, lo que llevaría, en todo caso, a una no aplicación de la Directiva a efectos de resolver la controversia planteada, el planteamiento del Abogado General es quizá fruto del recelo, desde la fundación de la propia CE, de que se establecieran obligaciones comunes en materia salarial, lo que podría cuestionar principios de la propia economía de mercado en el sentido de que ello sería materia de cada estado y por tanto no de “imposición” armonizadora de la UE.

Así pues, la posición del Abogado General es poco esclarecedora para la solución del caso concreto, en tanto que de un lado se pronuncia sobre la aplicabilidad de la Directiva (la obligatoriedad en cuanto al respeto al principio de igualdad sin que sean admisibles exclusiones por el mero hecho de que así se especifique en normas especiales, debiéndose existir razones objetivas). Pero posteriormente señalar que la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva (principio de no discriminación), se aplica a condiciones de trabajo excluida la remuneración.

En función de ello propone la contestación a las dudas planteadas en el Auto con el siguiente tenor: “*Están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo marco anexo a dicha Directiva los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en el Estado miembro de que se trate. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar que esta calificación sea realizada por el Derecho nacional en condiciones que respeten los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 y los principios generales del Derecho comunitario, en particular, el principio fundamental de igualdad de trato. No puede justificarse la exclusión de una categoría de personal del ámbito de aplicación de esta Directiva por la mera circunstancia de que esta categoría se rija por normas*

especiales. Bien al contrario, la exclusión debe estar justificada por la existencia de un tipo de relaciones laborales que no pueda compararse con las relaciones de trabajo sujetas con arreglo al Derecho nacional a las disposiciones del Acuerdo marco. La cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70 se aplica únicamente a las condiciones de trabajo, con exclusión de las retribuciones.»

g. La sentencia del TJUE

En fecha 13 de septiembre de 2007, se dictó la Sentencia por el TJUE, que discrepó de forma importante de todo el planteamiento de las conclusiones del Abogado General. Así:

- Respecto a la cuestión previa de si sería de aplicación la Directiva 1999/70 a las relaciones del sector público (funcionarios y estatutarios), considera que de la propia jurisprudencia del TJUE y de los objetivos y finalidades de la Directiva se coincide en que se habría de partir de que sería aplicable tanto al sector privado como al público.
- Con tal premisa analiza la primera cuestión relativa a la delimitación del concepto de “condiciones de trabajo”, señalando que si bien es cierto que el art. 137 del Tratado Fundacional de la CE excluye de la competencia de la Comisión lo relativo a las remuneraciones, por tratarse de competencias exclusivas de los Estados miembros y de los interlocutores sociales, es lo cierto que ello se ha de analizar teniendo en cuenta el objetivo de la Directiva, mejora de la calidad del trabajo de duración determinada, y que el principio de igualdad, como principio de Derecho social comunitario, y recogido también en la Directiva, no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, hasta el punto de permitir la vulneración del principio de no discriminación por el hecho de que una condición de trabajo tenga una repercusión salarial.

Así señala que otras muchas condiciones de trabajo, como el concepto de “tiempo de trabajo” o el de “tiempo de descanso” tienen repercusión en la remuneración y no por ello se va a considerar no aplicable las correspondientes Directivas que regulen esos aspectos. Así pues, si bien el establecimiento de las condiciones de remuneración cae fuera de las competencias comunitarias, sí considera de aplicación la Directiva

1999/70 a controversias como la planteada por el Juzgado de San Sebastián, en la que una prima de antigüedad se reserva exclusivamente a los trabajadores fijos.

- Seguidamente analiza si este trato distinto entre fijos y temporales, que precisamente es la finalidad a evitar por la Directiva, estaría justificado por razón objetiva, resaltando que no lo sería el mero hecho de venir fijado en una ley o en un acuerdo sindical, ya que el concepto de “razones objetivas”, se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad, ya sea por la naturaleza especial de las tareas, ya lo sea por la persecución de un objetivo legítimo de política social del Estado correspondiente.

Por tanto, difiere del Abogado General y concluye que la Directiva sería aplicable al supuesto controvertido y que el trato diferente de los fijos y temporales no estaría justificado, respondiendo a las cuestiones con el siguiente tenor literal:

“El concepto de «condiciones de trabajo» a que se refiere la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión como la controvertida en el procedimiento principal, dirigida a que se asigne a un trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el Derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos.

2) La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador.”

h. La sentencia del Tribunal Español

Menos de un mes más tarde, 11 de octubre de 2007, se dictó la Sentencia²²⁸ por el Juzgado de lo social nº 1 de San Sebastián, dándose una respuesta muy peculiar a la demanda.

Efectivamente el Auto de planteamiento, como se señaló con anterioridad, se dictó en fecha 6 de julio de 2005. En el ínterin, como resaltó la parte demandada en el escrito final de alegaciones tras la STJUE, se dictó Sentencia por el TS, en fecha 16 de diciembre de 2005²²⁹, que resolvió un tema competencial sobre el que había discusión con anterioridad al planteamiento del Auto, a saber, si la competencia para conocer demandas de personal estatutario de los servicios de salud era de la jurisdicción social o de la contencioso administrativo.

La Sentencia del TS zanjó el debate en el sentido de que la competencia sería del orden contencioso administrativo, “...en aplicación de lo dispuesto en el artº 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el art 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de esa jurisdicción. Solución coincidente con la doctrina establecida en el auto de la Sala de conflictos de este Tribunal Supremo de 20 de junio del año en curso (conflicto 48/2004), cuya solución expresamente admitimos”.

En función de ello y después de manifestar su discrepancia respecto a dicho criterio competencial, la Sentencia del Juzgado de lo Social de San Sebastián declara “...de oficio la falta de competencia...”, por lo que desestima la demanda formulada, refiriendo que “...el orden jurisdiccional competente es el contencioso administrativo, ante cuyos tribunales podrá formular la correspondiente demanda.”

i. Breve valoración

No ha sido posible conocer si con posterioridad a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de San Sebastián la actora formuló demanda ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo o se resolvió la controversia en vía administrativa. Es de resaltar, sin embargo, que la STSJ del País Vasco de fecha 13 noviembre de 2009 se hace eco de la Sentencia del TJUE, haciendo mención a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de San Sebastián, en recurso frente a sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo núm. 3 de Vitoria que estimó

²²⁸ Sentencia nº 453, autos 907/04.

²²⁹ RCU 7899/2005.

demanda sobre supuesto de reclamación análoga a la que se había planteado ante el Juzgado de lo Social por personal del Servicio Vasco de Salud.

La doctrina al comentar la Sentencia resaltó que “...*el principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores temporales constituye el núcleo duro de la Directiva, cuya finalidad es mejorar la calidad del trabajo temporal, evitar que se perpetúe el mantenimiento de una situación desfavorable (STJUE de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro, C-444/09 y C-456/09) e «impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida» (STJCE de 13 de septiembre de 2007, Cerro Alonso, C-307/05). Constituye, además, un principio general y una disposición mínima del Derecho comunitario, y, como tal, su interpretación debe hacerse de forma extensiva y no restrictiva (STJCE de 13 de septiembre de 2007, Cerro Alonso, C-307/05, y STJUE de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06)*”²³⁰

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- *La primera del TS que la cita es la de 25 de enero de 2011 - ROJ: STS 494/2011, ECLI:ES:TS:2011:494.*

Estimó recurso de casación frente a la STSJ de Madrid que había confirmado Sentencia de Juzgado de lo Social desestimatoria de demanda sobre controversia relacionada con la antigüedad a reconocer de persona que adquirió condición de fija de TVE S.A: y que con anterioridad había prestado servicios con carácter temporal. La STS refirió que “...*La aplicación del principio de igualdad de trato de los trabajadores temporales, plasmado en el indicado precepto legal e interpretado en el sentido más acorde a la Directiva de la que trae causa, tiene un alcance general y constituye norma de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas (STJUE del Cerro Alonso, 13 de septiembre de 2007, C-307/05)*”.

- Mas reciente resulta la Sentencia dictada por el TS en fecha 28 de enero de 2020 - ROJ: STS 490/2020 ECLI:ES:TS:2020:490,

²³⁰ González del Rey, Ignacio. “El Trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria”, *Nueva época* vol 19. Núm., 2 ,2016.

Dictada en recurso de unificación frente a STSJ Cataluña que había desestimado demanda de conflicto colectivo instado por UGT frente al departamento de la Generalitat, en relación a reconocimiento de servicios.

La Sentencia refiere que “...Desde luego, la prima por antigüedad se integra entre las condiciones de trabajo y por eso no puede admitirse la diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos, aunque la Ley o el convenio así lo quieran (STJUE 13 septiembre 2007, C-307/05, Del Cerro Alonso)”.

✓ **ATJUE 28 de marzo de 2011. Asunto Universidad Alicante. C-273/10**

a. Identificación de la sentencia

La segunda resolución que analiza el tema de antigüedad en relación a los trabajadores con contrato temporal es el Auto del Tribunal de Justicia de fecha 28 de marzo de 2011²³¹ y tenía origen en Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 14 de mayo de 2010 que conocía recurso de suplicación frente a Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Alicante.

Los hechos que analizó la Sentencia fueron los siguientes:

- Trabajador de la Universidad de Alicante que reclamaba complemento de antigüedad de un año en que prestó servicios en dicha Universidad como profesor ayudante doctor.
- Dicho complemento si se abonaba a los profesores contratado doctor, con las mismas circunstancias (cualificación académica, experiencia, funciones docentes y de investigación), salvo el hecho de la temporalidad.

b. Marco normativo coetáneo

El Auto da cuenta de la normativa aplicable al personal docente e investigador universitario, que vendría dada por:

- La Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre de Universidades, en concreto sus arts. 47 (personal docente e investigador), 48 (régimen de

²³¹ Asunto David Montoya Medina contra Universidad de Alicante. Identificación: ECLI:EU:C:2011:167. Ponente. Sr. A. ÓCaoimh.

contratación y modalidades de dicho personal), art. 50 (profesores ayudantes doctores), art. 52 (profesores contratados doctores).

- En el ámbito de la Comunidad Valenciana, el Decreto 174/2002, de 15 de diciembre, sobre el régimen y retribuciones del personal investigador contratado laboral de las Universidades Públicas Valencianas. En su artículo 15 se disponía que las retribuciones de los profesores ayudantes doctores “...está integrada, exclusivamente por el sueldo y el complemento de destino”. Sin embargo, el art. 14 disponía que “...las retribuciones de los profesores contratados doctores está integrada por otros conceptos retributivos, entre los que se encuentran los “trienios”
- Por último, el Estatuto de los Trabajadores, y en concreto su art. 15 que regularía la contratación temporal resaltando que “...tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales...”.

c. Criterio jurisprudencial coetáneo

La Sala refiere pronunciamientos del TS²³², en los que se declaró la procedencia de reconocer el complemento de antigüedad a trabajadores temporales, y ello a pesar de que el convenio colectivo dijera lo contrario. Cabe recordar que en el asunto del Cerro Alonso el Juzgado de lo Social hizo referencia a pronunciamientos, relacionados con personal universitario contratado, que permitían la diferencia a la hora de reconocimiento de complemento de antigüedad.

d. Planteamiento de la cuestión prejudicial

La Sentencia de instancia estimó la demanda del trabajador por considerar que no había razones para la desigualdad de trato entre “profesor contratado doctor” y “profesor ayudante doctor”, en tanto que realizaban las mismas tareas (docentes e investigadores), y se requería la misma capacitación (doctor) y condiciones de acceso, siendo así que la única diferencia era el carácter fijo o temporal de los contratos.

²³² STS de 10 de noviembre de 1998, RCU 6566/1998. STS 6 de julio de 2000, RCU 5585/2000. STS de 17 de mayo de 2004, RCU 3347/2004.

La Universidad formuló el oportuno recurso de suplicación, alegando que la diferencia de trato estaría justificada por ser categorías profesionales diferentes, distintos vínculos, fijo y temporal, respectivamente, y distintos contenidos y requerimientos.

El pleno de la Sala del TSJ de Valencia formuló la cuestión prejudicial a fin de determinar si la diferencia de trato que establecía la normativa española, en concreto el Decreto 174/2002 del Consell de la Generalitat Valenciana, podría oponerse al principio de no discriminación establecido en “... *la cláusula 4 [del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70], en cuanto no reconoce a los profesores ayudantes doctores la posibilidad de percibir un complemento de antigüedad como son los trienios, cuando este mismo complemento se reconoce a los profesores contratados doctores?*».

La Sala justifica el planteamiento basándose en la existencia de doctrina jurisprudencial de nuestro TS que consideraba procedente el reconocimiento de antigüedad a los trabajadores temporales a pesar de que la norma convencional dispusiera lo contrario. Igualmente se hace eco de la Sentencia dictada en el asunto C-307/05 (Asunto del Cerro Alonso analizado anteriormente), iniciado a instancia del Juzgado de lo Social núm. 1 de San Sebastián, señalando que la Directiva en cuestión vedaría que se tratase a los trabajadores con contrato determinado de manera menos favorable que a los fijos comparables, siendo así que el caso que analizaba existiría identidad de cualificación, experiencia y de funciones.

*e. Conclusiones de la Abogada General*²³³

No se emitieron conclusiones escritas por el Abogado General.

f. Auto del TJUE

Casi un año más tarde, el 18 de marzo de 2011, se dictó Auto por el TJUE. El hecho de que fuera Auto y no Sentencia, al amparo de la posibilidad dada por el art. 104/3-1 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, pone de manifiesto que el Tribunal consideraba que la cuestión estaba clara en función de lo dispuesto en la normativa comunitaria, o precedentes del propio TJUE.

²³³ Sra. E. Sharpston.

En este caso concreto el Auto considera que efectivamente existían precedentes de anteriores Sentencias (casos Del Cerro Alonso C-307/05, Gavieiro Gavieiro C-444/09, e Iglesias Torres C-456/09) que establecían doctrina aplicable, en concreto:

- De un lado, que la Directiva era de aplicación a cualquier relación laboral determinada, siendo indiferente que la misma fuera de empresa privada o entidades públicas;
- De otro, que el objetivo de la Directiva era mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, estableciendo para ello condiciones mínimas que se habrían de aplicar, principio que se ha de considerar como un principio de la Unión que no puede ser interpretado de forma restrictiva.

Recuerda que los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden ser tratados, salvo que exista justificación objetiva, de forma menos favorable que los fijos en “*situación comparable*”, considerando este concepto como el realizar un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En definitiva, la determinación de si nos encontramos en situaciones comparables y si existen razones objetivas para el trato distinto, serían las dos cuestiones determinantes por concretar.

- En relación a si se trata de situaciones comparables resalta que incumbe al tribunal remitente determinar en el caso concreto analizado por el Auto de remisión, si los trabajadores se encontraban en “situaciones comparables”, avanzando, sin embargo, que según lo referido en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial “...*parece que éste es el caso*”, de los profesores “*ayudantes doctores*” y “*contratados doctores*”.
- En relación a la existencia de razones objetivas de la diferencia de trato, refiere que no puede ser meramente el hecho mismo de que la norma nacional se limite a establecer la diferencia, sino que debe haber elementos precisos y concretos, determinados con criterios objetivos y transparentes y que respondan a una necesidad auténtica, lo que, en definitiva, correspondería determinar también al órgano nacional remitente.

Con tales consideraciones responde a la cuestión planteada señalando que “...La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reserva, sin ninguna justificación objetiva, el derecho a percibir un complemento salarial por antigüedad únicamente a los profesores contratados doctores, excluyendo a los profesores ayudantes doctores, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables”.

g. La sentencia del Tribunal Español

Tres meses más tarde, el 16 de junio de 2011, se dictó Sentencia por el TSJ de la Comunidad Valenciana²³⁴ en la que siguiendo las indicaciones del Auto del TJUE analiza la normativa específica que regularía la relación de los profesores contratados doctores y los profesores ayudantes doctores, llegando a la conclusión de que:

- nos encontraríamos ante situaciones comparables, en tanto que ambos serian doctores,
- ambos realizarían funciones similares de docencia e investigación,
- e igualmente se le exigiría una determinada experiencia, al menos tres años de actividad docente o investigadora.

Por lo que se refiere a la existencia de razones que justificaran el trato distinto señala que no existiría ninguna salvo el hecho mismo de la temporalidad en uno de ellos. Con tales consideraciones resultaba forzoso que se confirmara la Sentencia de instancia y se desestimara el recurso de suplicación formulado por la Universidad de Alicante.

h. Breve valoración

Cabe preguntarse si era necesario haber planteado la cuestión prejudicial por parte del TSJ de la Comunidad Valenciana, dado el precedente del caso del Cerro Alonso cuya Sentencia se había dictado casi tres años antes, el 13 septiembre de 2007,

²³⁴ Recurso suplicación nº 1767/2009. ROJ: STSJ CV 4112/2011 - ECLI: ES:TSJCV:2011:4112.

siendo así que el Auto del TSJ fue en 14 de mayo de 2010. Quizá, como evidencia el propio Auto dictado por el TJUE, hubiera sido posible aplicar directamente la doctrina de dicho Auto y llevar a cabo una interpretación conforme de la legislación española. En sentido similar se pronuncia David Ordoñez Solís al destacar que “...*La misma respuesta dio el Tribunal de Justicia en cuanto a los trienios en el caso del personal docente no universitario (sentencia Gavieiro Solís / Xunta de Galicia) y universitario (auto Montoya Medina / Universidad de Alicante) e incluso del personal eventual o de confianza política (sentencia Regojo Dans / Consejo de Estado)*”²³⁵.

i. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera sentencia que la cita es la del STSJ de Galicia de 20 de julio de 2016 (ROJ: STSJ GAL 6191/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:6191).

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda presentada por los tres co-demandantes, profesores asociados, contra la Universidad de Vigo, con condena a la misma a abonarles diversas cantidades. Sin embargo, se desestimó el abono del complemento de antigüedad, presentándose recurso de suplicación al entender que tenían derecho al percibo del complemento de antigüedad, en aplicación del art 15.6 ET y de la Directiva 1999/70, y del art. 14 CE, y que el art. 29.2 párrafo tercero del II C. Colectivo para el personal docente e investigador laboral de las Universidades de A Coruña, Santiago de Compostela y Vigo resultaba discriminatorio.

Considera el TSJG que, en principio, “...*son comparables la situación de los actores como profesores asociados contratados en virtud de una modalidad especial de contrato de duración determinada y la del personal docente contratado a los que sí se les abona el complemento de antigüedad*” centrándose el debate en si existe una justificación objetiva que habilite a no abonar el complemento de antigüedad previsto en el convenio. Considera, remitiendo a la doctrina del TJUE, que no hay razón objetiva pero no estima el recurso dado “*que no consta acreditado que la actividad principal realizada durante tales períodos se desarrollara en el sector privado; requisito preciso, con independencia de que no se aplique el art. 29.2 párrafo tercero, para tener derecho al complemento de antigüedad.*”

²³⁵ Ordoñez Solís, David. “Equiparación y abuso en el empleo público temporal. Las soluciones en la jurisprudencia europea y española”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, 2019.

- La última es la STS de 28 de enero de 2020 (ROJ: STS 490/2020 - ECLI:ES:TS:2020:490).

Se presenta demanda de conflicto colectivo por sindicado interesando la nulidad del artículo 30 del Convenio Colectivo del personal laboral de la Generalidad de Cataluña, que condiciona el cómputo de antigüedad a la inexistencia de interrupciones en lapsos temporal superior a 20 días.

Se desestimó por el TJS y se recurre en casación declarando el TS la nulidad de la exigencia de interrupciones inferiores a 20 días para considerar la unidad del vínculo contractual por no respetar el principio de no discriminación entre indefinidos y temporales recogidos en el artículo 15.6 ET y en la Directiva comunitaria 99/70 al no existir justificación objetiva y razonable que ampare tal diferenciación.

5.2. Las diferencias en el reconocimiento de los servicios prestados por razón del tipo de vínculo, funcional o laboral

✓ ATJUE de 7 de marzo de 2015, Caso Rivas Montes. C-178/12

a. Identificación de la sentencia

La tercera ocasión en que analiza el TJUE 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 es con ocasión de Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Córdoba de fecha 27 de febrero de 2012 y dio lugar al Auto del TJUE (Sala Octava).²³⁶

b. Problema suscitado

Los hechos que analiza el Juzgado de Córdoba cabe esquematizarlos de la siguiente forma:

- Personal contratado en régimen laboral con Institución Municipal de Deporte de Córdoba.
- Interrumpe su relación laboral durante 20 meses.
- Reiniciada, solicita se le tenga en cuenta el periodo trabajado anteriormente a efectos de plus de antigüedad.

²³⁶ Asunto Rafaela Rivas Montes contra Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IMDECO). Identificación.ECLI:EU:C:2013:150. Ponente: Sr. A. ÓCaoimh

- Alega el actor que si fuera funcionario sí se le consideraría tal periodo trabajado con anterioridad, por lo que se estaría vulnerando el principio de igualdad de la Directiva 1999/70/CE.

c. Marco normativo coetáneo

La normativa española venía dada por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP), que se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio, entre otras, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

De otro lado la Ley 70/1978 regulaba el “reconocimiento de servicios previos”, de tal modo que a los funcionarios se le computaban, a efectos de antigüedad, los servicios previos prestados como funcionarios eventuales o interinos o en régimen de contratación administrativa o laboral.

Por su parte la LEBEP establece que respecto al personal laboral las retribuciones y por ende el complemento de antigüedad, se determinaría de acuerdo con la legislación laboral.

Por último, el convenio de aplicación establecía un complemento de antigüedad en función de los años de servicios, y ello para todos los trabajadores cualquiera que fuera la modalidad de contratación.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

A partir de tales referencias normativas el Auto refiere que el TSJ de Andalucía, siguiendo doctrina del TS²³⁷, habría reconocido el cómputo de servicios anteriores siempre y cuando “...pueda sostenerse que no se ha visto afectada la unidad esencial del vínculo laboral”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto del Juzgado Social número Uno de Córdoba plantea al TJUE que a tenor de la normativa nacional y de la jurisprudencia existente debería desestimarse la pretensión del actor, ya que no existiría una unidad esencial del vínculo, al haber estado interrumpido el mismo durante 20 meses.

²³⁷ STS 24 de noviembre de 2009, RCU 4011/2008.

Sin embargo el Juzgado se plantea si la diferencia entre personal laboral y funcionario respetaría el principio general del Derecho Social comunitario relativo a la igualdad que proscribía toda diferencia de trato inmotivado o irrazonable entre quienes prestan servicios para un mismo empleador y ello partiendo de que para el derecho comunitario la noción de trabajador asalariado incluye a quien presta servicios con valor económico y subordinado a la dirección de otra persona, sin hacer distinciones entre personal laboral, fijo o temporal, estatutario o funcional.

A partir de los hechos y de la pretensión del actor el Juzgado de lo Social 1 de Córdoba interpela al TJUE a fin de que determinara

- Si era respetuosa con el principio de igualdad establecido en la Directiva 1999/70/CE, el que a efectos de calcular el complemento de antigüedad se diferenciara entre funcionarios y personal laboral, ya que, si la actora hubiera adquirido la condición de funcionaria, sí se le computaría el periodo trabajado con anterioridad a la interrupción de 20 meses.
- En caso de que se contestara negativamente, si habría de aplicarse la misma ley estatal funcional a los empleados laborales y por tanto computarle dicho periodo trabajado a pesar de ser personal laboral.

*f. Conclusiones del Abogado General*²³⁸

El Tribunal acordó resolver el tema mediante Auto, oyendo al Abogado General y sin que se emitieran conclusiones por escrito.

g. Auto del TJUE

Un año más tarde se dictó Auto por el TJUE, 7 de marzo de 2012, al amparo de los arts. 53,2 y 99 del Reglamento de Procedimiento, por el que, existiendo jurisprudencia sobre el tema, se declaró incompetente para responder a las cuestiones planteadas por el Juzgado de Córdoba.

La fundamentación que llevó a tal conclusión fue la de que la Directiva prohibía la desigualdad de condiciones entre personal laboral fijo y temporal, pero no las posibles diferencias entre personal funcional y laboral que no estarían incluidas en el ámbito de aplicación de aquella. En definitiva, la diferencia de trato alegada por el Juzgado de Córdoba no era en función del carácter temporal o indefinido de la relación

²³⁸ Sr. N. Wahl.

laboral, sino por el carácter funcional o laboral. El Auto del TJUE se declara incompetente refiriendo que sería el Juzgado nacional el que habría de analizar si según la normativa nacional esa diferencia de trato entre personal laboral y funcional estaría permitida.

h. La sentencia del Tribunal Español

Un mes más tarde, 8 de abril de 2013, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número Uno de Córdoba²³⁹ por la que se desestimó íntegramente la demanda. La Sentencia parte, obviamente, del Auto del TJUE y por ende considera que no sería de aplicación 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, por lo que el análisis de la controversia habría de realizarse teniendo en cuenta la normativa y la jurisprudencia nacional.

A tales efectos hace referencia a la STS dictada apenas un mes antes²⁴⁰, que consideró, en supuesto análogo, que los servicios previos habrían de considerarse en los supuestos en que existiera unidad esencial del vínculo laboral o se hubiera declarado existencia de fraude de ley, por lo que no sería aplicable en el caso de la actora en donde había interrupciones de más de 15 y de 20 meses.

i. Breve valoración

Se ha de resaltar que la doctrina contenida en el Auto dictado por el TJUE es coincidente con la doctrina constitucional (STC 22/1981, de 2 de julio, SSTC 7/1984, 99/1984, 148/1986) que reiteraban que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual, y que “...*el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el status del personal que presta sus servicios en las administraciones públicas*”, vedándose únicamente “...*criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales*”.

Sin embargo, la duda que planteaba el Auto que formuló la cuestión prejudicial no estaba exenta de un grado de razonabilidad. No parecen muy claras las razones objetivas ni generales de la diferenciación, cuando una vez adquirida la condición de funcionario toda la prestación de servicios para las administraciones se han de

²³⁹ Autos número 907/11.

²⁴⁰ STS de 14 de febrero de 2013, RCU 4231/2011.

considerar a efectos de antigüedad, con independencia del régimen laboral y de los periodos e interrupciones que hubieran podido existir.

No obstante “...*el Tribunal de Justicia considera que la cuestión planteada está fuera del ámbito de aplicación del principio de igualdad consagrado en el Derecho de la Unión porque la diferencia de trato no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, en cuyo caso se aplicaría la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, sino en su carácter funcional o laboral. Esta última diferenciación, como señala el Tribunal de Justicia, no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en la naturaleza jurídica de la relación que tales empleados mantienen con la Administración.*”²⁴¹

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La única sentencia que la cita fue la STSJ Galicia de 06 de marzo de 2017 (ROJ: STSJ GAL 1602/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:1602), que estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Xunta de Galicia frente a Sentencia de Juzgado de lo Social que declaro como improcedente el despido, condenando a que acordase la suspensión de la relación laboral, durante el plazo de dos años, a contar desde la fecha de la resolución de la incapacidad permanente.

En la sentencia se discutía sobre el principio de igualdad, señalando que “...*Tampoco el TJUE ha admitido como contrario al principio de igualdad la aplicación por parte de una Administración pública de reglas diferentes en función de la naturaleza administrativa o laboral de la relación de servicio (vid. por ejemplo Auto TJUE 7-3-2013) (Asunto C-178/12), sino que únicamente lo aprecia en diferencias entre funcionarios y funcionarios interinos -como en el Caso Regojo Dans invocado en el recurso- por ser contrario a la Directiva 1999/70/CE. Pero en el caso de la litis, la actora no es personal temporal sino personal laboral fijo*”.

6. Materias relacionadas con la edad

En dos ocasiones ha analizado el TJUE cuestiones en las que se relacionaba la desigualdad con la edad.

²⁴¹ Ordóñez Solís, David. “Enfoques y desenfoques en la aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado por los jueces españoles”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6, 2018.

6.1. Sobre la obligatoriedad de la jubilación al alcanzar una edad determinada

✓ STJUE de 16 de octubre de 2007. Caso F. Palacios de la Villa. C-411/05

a. Identificación de la sentencia

La primera de las Sentencias referidas fue dictada por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en fecha 16 de octubre de 2007²⁴², en caso de tenía origen en Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid en fecha 14 de noviembre de 2005.

b. Problema suscitado

Los hechos que se sometieron al Juzgado de lo Social fueron los siguientes:

- Trabajador que cumple 65 años.
- El convenio del sector, firmado con anterioridad a la Ley 14/2005 sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, que permitía a la empresa extinguir la relación laboral siempre que se cumplieran dos requisitos simultáneos:
 - A. Que la jubilación estuviera vinculada a políticas de empleo y
 - B. Que se reunieran los requisitos establecidos por la seguridad social para generar derecho a la correspondiente pensión de jubilación.
- La empresa le comunica el cese de la relación laboral.

A partir de tales hechos el trabajador formula demanda alegando vulneración del principio de igualdad por razón de edad.

c. Marco normativo coetáneo

Por las fechas en que se planteó la cuestión resulta preciso hacer una breve referencia a la normativa legal, convencional y jurisprudencia constitucional.

Así el art. 19 del convenio de aplicación disponía que: “...*con el objeto de fomentar el empleo, se pacta que la edad de jubilación será a los sesenta y cinco años, salvo que el trabajador afectado no hubiese cubierto el periodo de carencia exigido para lucrar la pensión de jubilación, pudiendo continuar en tal caso en la prestación de sus servicios hasta completar tal periodo*”. Igualmente señalaba la edad máxima para trabajar en 69 años.

²⁴² Asunto Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA. Identificación ECLI:EU:C:2007:604. Ponente: Sr. R. SCHINTGEN.

Por su parte el E.T., y en concreto su Disposición Adicional 5ª, establecía que *“...En la negociación colectiva podrá pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”*.

Sin embargo, la STC 22/81 declaró la inconstitucionalidad del establecimiento de edad máxima para trabajar, y la STC de 58/85 declaró que, si bien la negociación colectiva podría establecer libremente edades de jubilación, ello exigía se estableciera una compensación al afectado. Posteriormente la actualización del Estatuto de los Trabajadores por Real Decreto Legislativo 1/1995 estableció en su art. 4.2.c) la prohibición de discriminación directa o indirecta para el empleo por razones diversas, entre ellas la edad *“...dentro de los límites marcados por esta Ley”* y la Disposición Adicional 10ª señaló que *“...Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo...En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”*.

Sin embargo, la Ley 12/2001 derogó la mentada Disposición Adicional 10ª, lo que dio lugar a elevado número de litigios en los que se discutía la validez de las cláusulas fijadas en los convenios colectivos, al amparo de dicha DA, y por tanto de jubilación forzosa a determinada edad, cuando dicha DA se había derogado. El Real Decreto Ley 28/2018, de 29 de diciembre “reintroduce” la jubilación FORZOSA por cumplimiento de la edad ordinaria lealmente establecida, siempre que venga previsto en el convenio colectivo, respetándose determinadas condiciones.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En relación a ello se dictaron SSTS en fechas 9 de marzo de 2004, 6 de abril de 2004 y 28 de mayo de 2004, en las que se declaró que derogada la referida DA, perdían legitimidad las cláusulas convencionales.

Tal doctrina jurisprudencial motivó nueva reforma del E.T., que se llevó a cabo a través de la Ley 14/05, vigente a partir del 3-7-05, por la que se estableció que *“...en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:”*. Dichos requisitos serían precisamente el que el trabajador afectado tuviera cubierto el periodo mínimo de cotización y que la medida se adoptara

vinculada “...a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo...”, tales como, entre otros, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores etc.

Esta nueva regulación vino a reintroducir la legalidad de la jubilación forzosa establecida en la negociación colectiva, pero, es más, dio cobertura a los convenios celebrados con anterioridad a la vigencia de la misma (3-7-05), al establecerse en su Disposición Transitoria Única que “...Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el periodo mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva”. Así pues, se le daba validez a las cláusulas de los convenios anteriores aun cuando no establecieran en los mismos y por tanto no se cumpliera, el requisito nuevo de que se adoptara la medida vinculada a medidas de política de empleo.

Es esa diferencia de trato de trabajadores cuyo convenio anterior a la nueva norma estableciera la jubilación obligatoria sin necesidad de vinculación a políticas de empleo, y trabajadores que les afectarían convenios posteriores y por tanto obligatoriamente habrían de exigírsele que la medida convencional estuviera vinculada a tales políticas de empleo, lo que le provoca duda al Juzgador que dicta el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, y ello a tenor de la Directiva 2000/78.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Con tales antecedentes el Auto repasa la normativa internacional y europea que llevarían a la Directiva 2000/78, cuyo art. 1 establece, como objetivo, luchar contra la discriminación por distintos motivos, entre ellos la edad, entendiéndose que se produce la misma “...cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1.”.

No obstante ello, la misma Directiva establece la posibilidad de excepciones, y en concreto señala que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación “...si están justificadas objetiva y razonablemente...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”.

La duda que plantea es precisamente si estaría justificada una diferencia de trato en función meramente de que el convenio que ampare la jubilación sea anterior o posterior a la ley 14/2005, de tal manera que los convenios anteriores, a pesar de que no establecerían medidas de política de empleo para justificar la jubilación forzosa, se reconocerían por razón exclusiva de que así lo dispusiera la Disposición Transitoria Única de la mentada ley.

Se pregunta, por tanto, si ello no vulneraría el principio general de igualdad y no discriminación, al no existir razones que justifiquen objetivamente esa diferenciación, remitiéndose a pronunciamientos anteriores (C-189/01 y C-149/96), apuntando que el motivo del legislador español, a instancia de los interlocutores sociales, venía dado por querer modificar la jurisprudencia del TS sobre la materia que había fijado el criterio que derogaba la DA 10ª del E.T., y perdían su legitimidad las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en diversos convenios colectivos.

Y el Auto considera que el hecho de que hubieran sido los interlocutores sociales los que instaron tal modificación no suponía que existieran las razones objetivas exigidas para el trato diferenciado de situaciones análogas. En tal sentido señala que no por el hecho de que esté fijado en el convenio colectivo (norma reguladora de derechos y obligaciones para empresarios y trabajadores), conlleva que tales cláusulas puedan declararse ilegales por discriminatorias para los ciudadanos individualmente considerados.

Tales consideraciones le llevan al Juzgador a plantear la cuestión prejudicial en los siguientes términos:

- *¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el art. 13 del Tratado y el art. 2.1 de la Directiva 2000/78, se opone a una ley nacional (en concreto el 1º párrafo de la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005 sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”) 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.?

- Y para el caso de que se respondiera positivamente plantea la consecuencia de ello, y en concreto: *¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el art. 13 del Tratado y el art. 2.1 de la Directiva 2000/78, me obligan en tanto que juez nacional a no aplicar al caso la citada Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005 citada?*

*f. Conclusiones del Abogado General*²⁴³

El Abogado General emitió conclusiones en audiencia pública.

g. La sentencia del TJUE

El 16 de octubre de 2007 se dictó Sentencia por el TJUE. La misma se plantea:

- En primer lugar, si es de aplicación la Directiva 2000/78 a la normativa nacional de aplicación que establece la jubilación forzosa a los 65 años, contestando afirmativamente ya que, en definitiva, la duración de la relación laboral es una condición de empleo y trabajo incluida en el art. 3, apartado 1, letra c), de la Directiva.
- A partir de ello resume la cuestión en el sentido de que se preguntaría al propio TJUE si la normativa española que permite que la negociación colectiva establezca la edad máxima de prestación de servicios en los 65 años, siempre que se reúnan los requisitos de acceso a la prestación de jubilación, supondría una diferencia de trato basado en la edad, a lo que responde afirmativamente, si bien señala que la Directiva permite una diferencia de trato si está justificado razonablemente en objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si el medio para ello es el adecuado.

Señala igualmente que la diferencia se habría establecido a instancia de los agentes sociales y a través de la negociación colectiva, indicando que si bien no se

²⁴³ Sr. J. Mazák.

concretan en la misma tales objetivos de política de empleo, ello, por sí solo, no permitirá excluir la validez de su establecimiento, debiéndose analizar del contexto general si se considera o no idónea la medida, contexto que avalaría el que efectivamente la medida se incardina dentro de una política tendente a favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo, por lo que concluye que la normativa nacional cuestionada, que posibilita la jubilación forzosa a los 65 años será acorde con la Directiva 2000/78/CE siempre que 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 no resulten inadecuados o innecesarios.

Así pues y en definitiva la conclusión viene a validar lo establecido por la Ley 14/2005 en cuanto que posibilitaba el establecimiento de cláusula de jubilación forzosa a los 65 años si ello era dentro de una política de empleo, como la validez de los convenios colectivos que se hubieran suscrito con anterioridad a dicha ley y que teóricamente no tendrían amparo al haber sido anulada la Disposición Adicional 10ª del E.T., por la Ley 12/2001.

h. La sentencia Tribunal Español

h.1. Sentencia de instancia

Un mes más tarde se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid²⁴⁴, desestimando la demanda formulada y confirmando la validez del cese acordado por la empresa (en el fallo se pone despido). Y para ello resalta que la STJUE que se habría dictado consideró que “...*el objetivo de empleo no es preciso que venga reflejado de forma expresa en la norma si puede inferirse del contexto en que esta se ha promulgado y que en este caso viene caracterizada por tratarse de una disposición acordada con los agentes sociales en el marco de una política nacional destinada a favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional*”.

A partir de ello y considerando que la norma que habría considerado la empresa era respetuosa con el principio de igualdad y por tanto encajaba con las previsiones del art. 6 de la Directiva 2000/78, válida la decisión extintiva de la relación laboral adoptada por la empresa.

²⁴⁴ Sentencia nº 428/07, autos 661/05.

h.2. Sentencia de Suplicación

No conforme el actor con la interpretación dada por el Juez de lo Social a la Sentencia del TJUE, formuló recurso de suplicación ante el TSJ de la Comunidad de Madrid, dictándose Sentencia el 10 de marzo de 2008²⁴⁵ por la que se desestimó el mismo.

El recurso del actor vino motivado por la cierta confusión producida en la redacción de la STJUE, señalando que dicha sentencia no habría dado contestación a la cuestión planteada, ya que lo que se discutía era la diferencia de trato entre trabajadores cuyas condiciones laborales se regían por convenio colectivo posteriores a la Ley 14/2005, en la que se condicionaba la validez de la jubilación forzosa al cumplimiento de determinados requisitos concretos en materia de empleo y que por tanto cumplirían los mandatos de la Directiva 2000/78/CE, y aquellos trabajadores que se regían por convenio anterior y en concreto por uno que hacía una mera referencia genérica a la política de empleo que, a su entender, no se ajustarían a dicha Directiva.

La Sentencia no comparte la tesis del actor, señalando que, aunque el convenio colectivo no estableciera medidas concretas en materia de empleo, la finalidad de la cláusula si sería la del fomento de empleo, lo que se acreditaría con el hecho mismo de que la demandada había procedido a la transformación de un contrato temporal en indefinido. Y a tal argumentación, ciertamente discutible, añade el hecho de que la medida adoptada por la empresa estaría amparada en la propia ley 14/2005 que posibilitaba la jubilación forzosa regulada en convenios suscritos con anterioridad.

i. Breve valoración

Cabe resaltar lo peculiar del tema, ya que el pronunciamiento de la STJUE, y posterior sentencia del Juzgado de lo Social, viene a dar validez comunitaria a lo que la STC 22/81 declaró inconstitucional y que de alguna forma motivo que la ley 12/01 derogara la disposición adicional 10ª del E.T. Así pues se recuperó la regulación de la jubilación forzosa, el TC declaró la inconstitucionalidad de esta y se derogó por la Ley 12/01. Pero después el TJUE dio validez comunitaria, aprobándose finalmente la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

²⁴⁵ Recurso suplicación nº 780/08.ROJ: STSJ M 3877/2008 - ECLI: ES:TSJM:2008:3877.

Como apunta el profesor Sempere Navarro esta sentencia sentó hasta cinco criterios de máximo interés “1º) *La prohibición de toda discriminación por razón de edad (Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre) no impide que existan cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos.* 2º) *La normativa comunitaria es compatible con cláusulas de jubilación forzosa referidas al trabajador que alcance el límite de edad previsto (65 años) y que cumpla con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva.* 3º) *La validez de tales cláusulas posee un doble condicionante: que estén justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo; que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.* 4º) *La concurrencia de esos condicionantes puede apreciarse a la vista de los antecedentes de la Ley 14/2005, pese a que la misma los explicita.* 5º) *El Tribunal de Luxemburgo presume que se han asumido objetivos de política de empleo por parte de la Ley 14/2005, cumpliéndose con las exigencias de justificación y proporcionalidad propias del Derecho Comunitario para poder introducir medidas por razón de edad.”*²⁴⁶

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es la de 10 de noviembre de 2009, ROJ: STS 7815/2009, ECLI:ES:TS:2009:7815, estimando el recurso de casación interpuesto frente a la STSJ de Castilla y León que había revocado la sentencia estimatoria del Juzgado de lo Social en materia de despido.

La Sentencia da cuenta de que el Juzgado de lo Social había planteado cuestión prejudicial y que posteriormente, dado el fallo de la STJUE C-411/05 había desistido de la misma por considerar que se había dado contestación a su duda. A partir de ello se hace eco de la misma señalando que “...1.- *Al llegar a este punto resulta obligado referirnos a la STJCE 16/octubre/2007 [asunto Palacios de la Villa], que por instancia de órgano judicial español ha examinado la tan referida DT Única, a los efectos de su compatibilidad con el art. 6 de la Directiva Comunitaria 2000/78, de 27/noviembre.”*... considerando válidas las cláusulas de jubilación forzosa y dado que había contraprestación de las previstas en la Ley 14/2005 estima la demanda.

²⁴⁶ Sempere Navarro, Antonio V. “La edad para trabajar, al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo” Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 897, 2015.

- La última sentencia del TS que la cita es la de 21 de febrero de 2020 (ROJ: STS 767/2020 - ECLI:ES:TS:2020:767), resolviendo recurso de casación frente a STSJ de Madrid que confirmó sentencia de Juzgado de lo social que consideró no había despido y si jubilación forzosa.

En la misma se señaló que “...*Establecido, por tanto, que la jubilación forzosa de los controladores aéreos no viene impuesta por norma convencional sino por norma legal, huelga analizar si se cumplen o no las exigencias que la vigente Disposición Adicional 10ª ET establece para considerar válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas por convenios colectivos, que son, a la postre, la delimitación positiva de las previsiones de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 280/2006, entre otras) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE de 16 de octubre de 2007, C-411/05 y STJUE de 12 de octubre de 2010, caso Gisela Rosenblatt) en relación a las condiciones que deben establecer los convenios colectivos para poder considerar válidas las cláusulas de jubilación forzosa, básicamente, la posibilidad de acceso a la pensión de jubilación y que la medida esté conectada con medidas coherentes de política de empleo...*”.

6.2. Sobre el límite máximo de una edad determinada para la contratación

✓ STJUE 13 noviembre 2015. Caso Mario Vital Pérez. C-416/13

a. Identificación de la sentencia

La sexta ocasión en que se pronunció el TJUE sobre el principio de igualdad, en relación con la Directiva 2000/78/CE y en contestación a cuestión prejudicial planteada por órgano judicial español, en este caso Juzgado de lo Contencioso Administrativo, fue la Sentencia Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2015²⁴⁷.

Es de resaltar que el Auto de planteamiento, como se ha señalado, es del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 4 de Oviedo de fecha 16-7-13, pero se analiza en tanto que el tema tiene relevancia por ser de aplicación a relaciones laborales del personal de las distintas administraciones públicas, como refirió en caso Wolf, en donde se indicó que la Directiva 2000/78 se aplica “...*a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado...*”).

²⁴⁷ Asunto Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo. Identificación: ECLI:EU:C:2014:2371 . Ponente. J.L. da Cruz Vilaça.

b. Problema suscitado

El supuesto se puede resumir muy brevemente.

- Convocatoria de plaza de policía local por Ayuntamiento.
- En las bases del concurso se exige edad de menos 30 años.

A partir de ello se recurren las bases de la convocatoria alegando vulneración del principio de igualdad.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto analiza:

- De un lado la normativa española, resaltando que sería de aplicación normativa estatal y de Comunidad Autónoma. En cuanto a la estatal vendría dada por el Estatuto básico del Empleado Público y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, en lo referente a aspectos disciplinarios. En lo referente a la edad de jubilación la normativa de seguridad social aplicable en la fecha establecía la edad de 67 años, y en el caso de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad se establecía en 65 años, si bien en determinados supuestos se habría de pasar a la situación de servicio activo a partir de cumplir 58 años.
- En el ámbito autonómico resalta que la regulación sería dispar en cuanto a la edad de acceso, de forma que en algunas la edad se elevaría²⁴⁸. En la ley del principado de Asturias 2/2007, que sería de aplicación, el requisito era no sobrepasar los 30 años.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Respecto a la jurisprudencia da cuenta de las SSTS de 21 marzo de 2011 y 17 octubre de 2011, que anularon la norma reglamentaria que preveía la exclusión para candidatos a la oposición de inspector del Cuerpo Nacional de Policía de quienes tuvieran edad superior a 30 años.

²⁴⁸ La Rioja y Galicia la establecerían en 36 años, Canarias la eleva a la edad en que habría de pasarse a la segunda actividad, 58 años, Cataluña y en relación a bomberos, eliminó el requisito de edad, remitiéndose a las pruebas psicofísicas y médicas.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Por lo que respecta a la Directiva 2000/78, después de resaltar que el principio de igualdad es un principio que se aplica tanto al sector público como al privado (se remite a sentencia de 12 de enero de 2010 Wolf²⁴⁹), señala que prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de edad, salvo que la posible diferencia sea por un objetivo legítimo, el desarrollo oportuno de la actividad profesional, y ello sea proporcionado. A tales efectos resalta que un caso análogo, pero referido a la profesión de bombero, se había analizado por el TJUE, asunto Wolf, resaltando que en tal caso el límite de 30 años era adecuado por la capacidad física excepcional que se exige en la misma.

A partir de tales consideraciones, el Auto, si bien parte de que no tiene duda de la aplicación al caso de la Directiva 2000/78, sí considera que en relación con la profesión de policía local, le surge la duda de si el requisito de la edad de 30 años supera el test de proporcionalidad, resaltando que no cabe equiparar bomberos y policías locales, y que prueba de ello sería que en otras comunidades autónomas o bien se había elevado de forma importante el umbral de la edad, o bien se había eliminado, remitiéndose a las pruebas psicofísicas cuya superación habría de lograr todo aspirante. La duda se le incrementa, señala el Auto, teniendo en cuenta el contexto económico de crisis que habría provocado el retraso en la aprobación de la convocatoria y el alto nivel de paro juvenil en España.

A partir de ello la pregunta que formula es del siguiente tenor literal:

«¿Se oponen los artículos 2.2, 4.1 y 6.1. c) de la Directiva 2000/78 [...] y el artículo 21.1 de la [Carta], en cuanto que prohíben toda discriminación por razón de la edad, a la fijación, en virtud de una Convocatoria municipal que aplica expresamente una Ley regional de un Estado miembro, de una edad máxima de 30 años para acceder a una plaza de agente de la Policía local?»

f. Conclusiones del Abogado General²⁵⁰

Un año más tarde, el 17 de julio de 2014 se emitieron las Conclusiones por parte del Abogado General que propuso se respondiera a la cuestión prejudicial en el sentido de que la fijación de la edad máxima de 30 años para participar en las pruebas selectivas

²⁴⁹ Asunto Wolf, C-299/08.

²⁵⁰ Sr. Paolo Mengozzi.

para la provisión de plazas en el cuerpo de Policía Local se opondría a lo dispuesto en el art. 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE.

El Abogado General considera que efectivamente es de aplicación la Directiva 2000/78, en tanto que el requisito de edad inferior a los 30 años es una condición de acceso al empleo y que al diferenciarse en función de la edad supondría un trato diferente. De otro lado coincide también en considerar que al tratarse de un principio general de la Unión es de aplicación al sector público y privado.

A partir de ello y como se coincide en todos los supuestos de análisis del principio de igualdad y trato diferenciado, se pregunta cuáles podrían ser los objetivos, que o bien se expresan específicamente en la norma, o bien cabe deducirlos del contexto de la misma e incluso de las alegaciones que hubieran hecho las partes, incluida la de Estados distintos, objetivos que si bien permitirían el trato diferente, con criterios restrictivos, habrían de ser legítimos y proporcionados, entendiendo que el principio de proporcionalidad exige que las excepciones a un derecho individual concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido.

Así considera que un objetivo podría ser, como alegó el Gobierno español y otros intervinientes, “*garantizar la operatividad y el buen funcionamiento de servicios*” que enumera la propia Directiva, entre ellos los de policía. Las Conclusiones siguen de forma paralela la doctrina ya dada en la Sentencia Wolf, en la que se determinó que efectivamente en el supuesto de bomberos el requisito de los 30 años estaba justificado, recordando que en tal caso la “*capacidad física particularmente importante*” fue la que motivó el sentido de esta.

Sin embargo, el Abogado General no comparte la aplicación automática de esa justificación, resaltando que las funciones del policía local no requerirían esa capacidad particularmente importante, al desarrollar funciones de menor esfuerzo físico, cuál sería la regulación del tráfico. De otro lado considera que ese requerimiento físico importante no estaría acreditado que no pudiera realizarse por personas que hubieran superado el umbral de 30 años, resaltando que en el caso español a los funcionarios de la Policía Nacional se les permitía pasar a segunda actividad a partir de los 58 años, y en otras Comunidades Autónomas se elevaba el número de años o bien no se tenía en cuenta tal dato y sí las pruebas físicas particularmente rigurosas que se exigían.

A partir de ello trata de identificar qué otros objetivos perseguidos por la norma en cuestión, las bases de la convocatoria del concurso, podrían justificar ese trato distinto y que concreta tres aspectos:

- la necesidad de garantizar un periodo de actividad razonable previo a la jubilación;
- la creación de una estructura equilibrada de edades dentro del cuerpo de los agentes de Policía Local;
- la existencia de una política de reducción de costes;
- y una necesaria formación que pospondría el inicio de su prestación de servicios a una edad superior.

Concluye el Abogado General en que ninguno de esos posibles objetivos justificaría el trato desigual.

Así el tema de la reducción de costes conllevaría a una admisión excesivamente amplia de la diferencia de trato que cuestionaría el propio principio. Respecto a la estructura de edad recuerda que el Tribunal se habría pronunciado sobre ello, pero a la hora de posibilitar la jubilación forzosa por motivo de edad. Respecto a la formación considera que no sería relevante, aunque durara más de uno o dos años y sin embargo el impacto negativo para los trabajadores de dicho umbral de edad sería mucho más prejudicial.

En fin, en cuanto a un periodo de actividad previo a la jubilación o el pase a la situación de segunda actividad, si bien considera que podría ser un objetivo legítimo, entiende que habría de respetar el principio de proporcionalidad, remitiendo al juez nacional a la hora de determinar si la medida de exigencia de menos de 30 años es “...*adecuada y necesaria*”.

Adelanta su opinión, señalando que el hecho mismo de que exista disparidad de soluciones en relación a la Policía Nacional española, así como distintas Comunidades Autónomas, evidenciarían una falta o incoherencia normativa en el seno del Estado miembro interesado, por lo que propone se conteste al Juzgado de Oviedo en el sentido de que la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a normativa nacional que fija edad máxima de 30 años para participar en pruebas selectivas para provisión de plazas de Policía Local.

g. La sentencia del TJUE

El pronunciamiento del TJUE fue en fecha 13-11-14, asumiendo lo propuesto por el Abogado General, en el sentido de que la Directiva se opone a una normativa que fija en 30 años la edad máxima para acceder a plaza de Policía Local.

La Sentencia reitera que el principio de no discriminación por razón de edad se ha de considerar un principio general del Derecho de la Unión y concretado en la Directiva 2000/78.

Señala igualmente que no cabe duda de que la controversia está comprendida dentro del ámbito de la Directiva 2000/78, ya que la misma tiene por objetivo garantizar a cualquier persona la igualdad de trato en el “*empleo y la ocupación*”. La norma controvertida es evidente, recalca la Sentencia, que establece una diferencia de trato en función de la edad y ello obliga a determinar si ello puede estar justificado en las propias previsiones establecidas en la Directiva, arts. 4 y 6.

Resalta que el art. 4 posibilita la diferencia y no tendría carácter discriminatorio si constituye un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcional.

A tales efectos señala que si bien las funciones del policía local son múltiples, algunas de ellas no exigen tener capacidades físicas especiales (auxilio al ciudadano o regulación de tráfico), pero otras si lo requieren (protección de personas, detención y custodia de autores de hechos delictivos etc.), por lo que el requerir capacidades físicas especiales puede considerarse un requisito profesional determinante y por tanto justificador de la diferencia al amparo del art. 4.1 de la Directiva 2000/78. Sin embargo, ello no sería óbice para preguntarse si el requisito de no superar los 30 años sería proporcionado, o lo que es lo mismo, si sería el apropiado para alcanzar el objetivo o si va más allá de lo necesario, ya que si bien se pueden establecer medidas que excepción en la aplicación del principio de igualdad, ello debe interpretarse estrictamente.

Y en ese análisis de la proporcionalidad y adecuación tiene en cuenta lo referido en el Auto de planteamiento, así como en las conclusiones del Abogado General, en el sentido de que distintas comunidades autónomas establecían umbrales de edades superiores (36, 56, 40 años), o incluso algunas no fijan edad alguna. Igualmente tiene en cuenta que el Gobierno español, a preguntas del propio Tribunal, había aclarado que para el acceso al cuerpo de agente de la Policía Nacional se había suprimido el requisito

de no más de 30 años que en su día se fijó por ley 2/1986. Tiene en cuenta lo dicho por anterior Sentencia, caso Wolf, relativa al cuerpo de bomberos, señalando que las exigencias son distintas y que en todo caso el establecer unas pruebas físicas exigentes y eliminatorias haría innecesario el requisito y posibilitaría el objetivo de correcto desempeño de las funciones.

Tales consideraciones llevan al TJUE a declarar que efectivamente el requisito fijado de 30 años de edad máxima para la participación en concurso de contratación a policía local se opondría al art. 4 de la Directiva 2000/78, compartiendo el resto de las consideraciones del Abogado General en cuanto a formación, estructura de edad etc.

h. La sentencia del Tribunal Español

El Juzgado contencioso Administrativo número 4 de Oviedo dictó Sentencia el 16 de diciembre de 2014 que analiza la respuesta el TJUE, resaltando que si bien sería permisible el establecimiento de un límite de edad para acceder a la plaza, ello requeriría que estuviera “...justificado objetiva y razonablemente en virtud de un objetivo legítimo vinculado a las políticas de empleo, al mercado de trabajo y a la formación profesional”.

Seguidamente indica que “...ni expresa ni implícitamente se deduce de la convocatoria municipal que la limitación de la edad de los aspirantes a 30 años como máximo esté vinculada a una política de empleo, al mercado de trabajo, ni a la formación profesional...”, por lo que dicho límite no estaría justificado, y la Base 3.2 de la convocatoria sería contraria al derecho fundamental del art. 23.2, en relación con el art. 4 de la constitución, interpretados de conformidad con la Directiva 2000/78/CE.

i. Breve valoración

Como se indicó con anterioridad se trata de cuestión prejudicial planteada por órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, habiéndose incluido la misma dado que la doctrina que se deduce del pronunciamiento del TJUE es plenamente aplicable al ámbito del derecho del trabajo, resaltándose, lo que se reitera en sucesivos pronunciamientos, que las diferencias que pudieran establecerse por circunstancias diversas, entre ellas la edad, han de estar justificadas objetiva y razonablemente por situación que a priori pueden ser discriminatorias, como el fijar edad para la jubilación obligatoria la exigencia de una edad mínima o máxima para participar en convocatoria son consentidas si existen razones objetivas que persigan un fin legítimo.

Así, como apunta el profesor Sempere Navarro, la sentencia *“debe servir también como toque de atención para comportamientos o previsiones que se basan en la edad sin clara justificación a fin de introducir diferencias”* puesto que el silencio del artículo 14 de la Constitución respecto de la edad, en suma, no puede hacer pensar que siempre sea legítimo introducir restricciones tomándola en cuenta. El Derecho de la Unión, en línea con el art. 14 ET y varios instrumentos internacionales, cierra la posibilidad de adoptar medidas discriminatorias por razón de edad. El caso Vital Pérez es buen ejemplo de que siempre puede encontrarse una vía para restablecer la no discriminación por una «circunstancia personal» a la que ninguna persona puede escapar”.²⁵¹

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- Se ha de resaltar que se planteó por órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, siendo citada por STS de la Sala III de 28 de enero de 2016 - ROJ: STS 214/2016, ECLI:ES:TS:2016:214, en recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armadas contra el RD 378/2014 por la que se modifica el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas aprobado por el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, en concreto imponiendo límites de edad para acceder a la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas, planteándose si ello supondría una limitación al desarrollo profesional y por ende una discriminación.

La STS cita la del TJUE señalando que *“...En consecuencia, nos pide que determinemos que los suboficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina “estén exentos de los límites de edad establecidos en el artículo 16 apartado 1 a) 3º” del Real Decreto 35/2010 en la redacción que le ha dado el Real Decreto 378/2014. Y aporta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de Noviembre de 2014 dictada en el asunto C-416/13 que tuvo por contraria a la Directiva 2000/78/CE la fijación de la edad máxima de 30 años para participar en el proceso selectivo convocado por el Ayuntamiento de Oviedo para la provisión de 15 plazas de policía local.”*....Posteriormente señala que *“...es menester indicar que la sentencia*

²⁵¹ Sempere Navarro, Antonio (ob. cit.)

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la que se extienden las conclusiones de los recurrentes contempla un supuesto distinto al de este proceso. Se refiere, en efecto, al límite de edad fijado en una convocatoria a plazas de policía local mientras que aquí se cuestionan los que afectan a los suboficiales para acceder por promoción a los Cuerpos de Oficiales. La diferencia es sustancial porque no es el mismo el régimen jurídico del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el del personal de las Fuerzas Armadas, del mismo modo que no son las mismas la estructura y las necesidades de unos y otras”.

II. TIEMPO DE TRABAJO

1. Materias relacionadas con la jornada laboral

1.1. El especial régimen del personal sanitario

El TJUE se ha pronunciado en cuatro ocasiones en relación con la Jornada laboral y teniendo como referencia principal la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 junio 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva base), y Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

✓ STJUE de 3 de octubre de 2000. Sindicato Médico. C-303/98

a. Identificación de la sentencia

En fecha 3 de octubre de 2000 se dictó la primera de las cuatro Sentencias del TJUE dando respuesta a un extenso y complejo Auto planteado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 10 de julio de 1998²⁵².

b. Problema suscitado

El Auto formulado por el TSJ de la Comunidad Valenciana tuvo su origen en demanda de conflicto colectivo instado por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) y que afectaría a médicos generales/médicos especialistas en Medicina Familiar y pediatras, destinados en los equipos de atención primaria de los Centros de Salud de la Comunidad Valenciana.

²⁵² Asunto Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) contra Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana. Identificación: ECLI:EU:C:2000:528. Ponente J.C. Moitinho de Almeida.

El tema suscitado era el de la clarificación de la jornada realizada por los médicos de atención primaria, y de los distintos periodos en los que dichos médicos se encuentran y ello desde la perspectiva, como posteriormente se referirá, de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo de 12 de junio de 1989 sobre “...*aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*”, que fue desarrollada por distintas Directiva.

En el Auto se recogía la alegación fáctica en demanda de que “...*los médicos que prestan sus servicios en los EAP eran obligados a realizar jornadas de trabajo indefinidas, sin tope ni diario ni semanal ni mensual ni anual en los que se encadena la jornada ordinaria con el turno de atención continuada, y ésta con la jornada ordinaria del día siguiente, y todo ello repetido con la cadencia deseada por la Conselleria de Sanidad, según necesidades unilateralmente programadas...*”. Igualmente se refería que “...*de hecho, un médico de EAP realiza una jornada laboral ininterrumpida de 31 horas, sin descanso nocturno, todas las veces que se le programan a la semana o al mes, incluso con cadencia día si día no, procurándose la alimentación por sus propios medios, desplazándose a las visitas domiciliarias en horario nocturno en el que no existe transporte público, en solitario y sin seguridad alguna, según su buen criterio*”.

En definitiva, el tema giraba sobre lo que se denomina como atención continuada, definida por la confederación de Sindicatos Médicos (CESM), como el servicio que se presta a la población desde Atención Primaria cuando el horario de funcionamiento de los Centros de Salud finaliza, y así refería, como relato factico que:

- La jornada semanal de los médicos afectados asciende a 40 horas semanales.
- A ello se le adiciona el tiempo dedicado a la atención continuada en su caso.
- También refería que el tiempo dedicado a guardas o atención continuada se consideraba como jornada especial y no como horas extraordinarias y, por tanto, no se remunerarían como estas últimas.
- Y que el tiempo de atención continuada cuando es en régimen de localización y no presencial, solo se considerarían las horas efectivas de asistencia y no el resto.

c. Marco normativo coetáneo

La Auto noticia al TJUE la normativa estatal y convencional de aplicación, y en concreto:

- Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud. Su artículo 6 disponía, con el epígrafe de “Jornada de trabajo”: *“La dedicación del personal integrado en los Equipos de Atención primaria será de cuarenta horas semanales, sin perjuicio de las dedicaciones que pudieran corresponder por la participación en los turnos de guardias, debiendo responsabilizarse de las peticiones de asistencia a domicilio y en las de carácter de urgencia, de conformidad con lo establecido en los Estatutos Jurídicos de Personal Médico y Auxiliar Sanitario de la Seguridad Social y las normas que los desarrollan...”*.
- Igualmente, el acuerdo de fecha 3-7-92, entre la Administración sanitaria del Estado y las Organización sindicales más representativas, publicado por resolución de 15-1-93, en el que, en relación con la “atención continuada”, disponía que *“...Con carácter general, se establece en 425 horas/año el número máximo en atención continuada. Para aquellos equipos de Atención Primaria ubicados en el medio rural y que inevitablemente superan las 425 horas/año de atención continuada, establecidas con carácter general, se acuerda, teniendo como objetivo la progresiva minoración de horas de atención continuada, fijar como tope 850”*.
- Finalmente, el acuerdo entre la administración de la Generalidad Valenciana y los sindicatos más representativos, de 7-5-93, que fijaba *topes máximos de horas de trabajo*.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En el Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana no se hace referencia alguna jurisprudencial que le “obligara” a plantear la cuestión.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto, después de referir la normativa nacional se hace eco de la normativa comunitaria, partiendo 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 la previsión de su progresiva transposición, y su no trasposición a la normativa nacional, haciendo referencia a la “*invocabilidad y eficacia directa*” de la misma, que requeriría:

- Ausencia, insuficiencia o deficiencia en la adaptación o incorrección de la ejecución.
- Que sea una disposición suficientemente precisa e incondicional respecto de su contenido.

A partir de ello las dudas que se plantea el TSJ son las siguientes esquemáticamente:

- En primer lugar, la aplicabilidad en general de la Directiva referida. En relación a ello se pregunta si dado que la propia Directiva (art. 1.3.) prevé su no aplicación a sectores de actividad, privados o públicos, “*cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública*”, se pregunta si los médicos de atención primaria estarían incluidos en tal excepción.
- En segundo lugar, si la respuesta es afirmativa, y en relación al tiempo de trabajo:

Dado que el art. 12.1. de la Directiva define el tiempo de trabajo como “*...todo periodo 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 practicas nacionales*”, si debe de aplicarse la practica nacional que excluye de las 40 horas semanales el tiempo dedicado a atención continuada, o deben aplicarse las disposiciones generales y especiales sobre jornada de trabajo de la legislación española referidas a relaciones laborales.

En relación a los turnos de “*sistema de localización*” y no presencia física en el centro, si es posible que solo se considere como tiempo trabajado los periodos para los que sean llamados efectivamente.

Cuando la atención continuada se realice con presencia en el centro de trabajo, si dicho tiempo se ha de considerar como jornada ordinaria o jornada especial.

- En tercer lugar y en relación con la duración media del trabajo:

Si el tiempo de trabajo dedicado a la atención continuada debe considerarse para la fijación de la duración media del trabajo por cada periodo de siete días según art. 6 de la Directiva (48 horas incluidas extraordinarias).

Si se han de considerar horas extraordinarias las de atención continuada.

Si puede ser trascendente el consentimiento sindical, sustitutivo del individual del trabajador, para la inaplicación del art. 6 de la Directiva (horas máximas semanales).

- En cuarto lugar y en relación al carácter nocturno del trabajo.

Dado que parte de la atención es nocturna, en función de los turnos que puedan corresponderle cíclicamente, si se ha de considerar a los facultativos como trabajadores nocturnos a los efectos del art. 2.4 de la Directiva.

- En quinto lugar y en relación a los turnos pregunta si,

Dado que el régimen de atención continuada es por turnos, si se habría de considerar a estos facultativos como trabajadores a turnos a los efectos del art. 2.4 y 5 de la Directiva.

f. Conclusiones del Abogado General

El Abogado General en sus conclusiones comienza haciendo una radiografía del contenido de la Directiva 93/104:

- Así refiere que la misma contiene “...*las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo*”,
- Que define “*tiempo de trabajo*», como «*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*» y por «*período de descanso*» «*todo período que no sea tiempo de trabajo*».
- Que establece la duración del tiempo de trabajo, con posibilidad de los Estados de establecer excepciones en supuestos diversos, entre ellos asistencia médica prestada en hospitales o centros similares.

1. semanal, 48 horas, incluido horas extras, por cada 7 días.
 2. los periodos mínimos de descanso diario, semanal y anual,
 3. así como las condiciones del trabajo nocturno.
- La necesidad de transposición de la Directiva antes del 23 de noviembre de 1996.

A partir de ello el Abogado General pasa a analizar cada una de las interrogantes formuladas por el Auto de planteamiento:

- Analiza en primer lugar la admisibilidad de la cuestión planteada, que se había cuestionado tanto por defectos de forma (omisión del contexto fáctico como jurídico), y que en todo caso el conflicto colectivo haría referencia a normativa ya anulada cinco años antes.

Ambos motivos no son compartidos. El primero por considerar que el auto había descrito adecuadamente tanto el aspecto fáctico como el jurídico que vendría dado por Acuerdo local de 7 de mayo de 1993, que estaría en vigor, así como las prácticas nacionales relativas a la aplicación e interpretación de las normas que regularían las relaciones entre la Administración y los médicos.

- En cuanto a la aplicabilidad de la Directiva, cuestionada por distintos comparecientes, señala que su ámbito es muy amplio y se aplica indistintamente a todos los sectores de actividad, tanto privados como públicos. Respecto a la posibilidad de exclusiones, que prevé la propia Directiva, solo se consideran aquellas que inevitablemente lo exigen, como sería el personal de fuerzas armadas, policía o servicios de protección civil. Sin embargo, no estarían excluidos el personal médico de atención primaria, salvo en supuestos excepcionales, como terremotos, catástrofes naturales o tecnológicas, etc.
- En cuanto a las excepciones con relación al tiempo de trabajo, que establece la propia Directiva, no cabe considerar incluido al personal médico en cuestión, ya que se trata de números clausus. Así transporte por carretera, aéreo, ferrocarril, marítimo, navegación interior, pesca marítima y médicos en periodos de formación. En cuanto a la posibilidad

de incluir otras excepciones, y por tanto a los médicos de atención primaria, ello exigiría normativa nacional específica.

- En lo referente al tiempo de localización y de periodo de atención continuada presencial, considera que respecto a este último se ha de computar como horas de trabajo e incluirse en el cómputo diario y semanal, mientras que, en relación a las primeras, tiempo de localización, se han de considerar solamente las de trabajo efectivo. Dichas horas, en los términos referidos, se habrían de considerar a los efectos del tiempo de trabajo ordinario y extraordinario.
- En cuanto a excepciones por haber obtenido el consentimiento del trabajador (con actuaciones complementarias para asegurar la no posibilidad de represalias al trabajador por su negativa), refiere que dicho consentimiento no cabe ser sustituido por el expresado por los interlocutores sociales en un acuerdo o convenio colectivo.
- En cuanto a la consideración como trabajador nocturno, refiere que la Directiva distingue entre “*trabajo nocturno*” (o periodo nocturno) y “*trabajador nocturno*”, El “*periodo nocturno*”, sería todo periodo no inferior a siete horas en el intervalo entre las 24 y las 5 horas. El “*trabajador nocturno*” sería el que realice en periodo nocturno un mínimo de 3 horas. A partir de ello se habría de determinar si en el caso concreto los médicos hacen trabajos en periodo nocturno y si son trabajadores nocturnos, considerando las guardias presenciales y las horas de trabajo efectivo en los periodos de disponibilidad.
- Y ya por último y en relación a la consideración de “*trabajo por turnos*”, parte de la noción de la Directiva, “*...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...*”. Según el art. 2.6 de la Directiva “*trabajador por turnos*” es “*...«todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por*

turnos». A partir de ello y de lo noticiado en el Auto de planteamiento concluye que los componentes de un equipo de atención primaria pueden ser trabajadores por turnos

g. La sentencia del TJUE

Casi un año más tarde, el 3 de octubre de 2000, se dictó la STJUE, coincidiendo esencialmente con las conclusiones generales del Abogado General, salvo en lo relativo a la consideración de trabajadores nocturnos, debiéndose estar a la normativa nacional y contestando a las preguntas formuladas por el TSJ de la C. Valenciana, sobre los médicos de atención primaria, en los términos que esquemáticamente cabe resumir en los siguientes:

- 1) Respecto a la aplicación del derecho comunitario: Que su actividad estaría comprendida dentro del ámbito de aplicación 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, y 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
- 2) Que el tiempo 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. Sin embargo, el tiempo en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria.
- 3) Que los médicos que prestan servicios cíclicos durante la noche, no cabe considerarlos como trabajadores nocturnos, por aplicación directa de la Directiva 93/104/CE, debiéndose estar a la normativa nacional correspondiente.
- 4) Que dichos médicos se han de considerar como trabajadores por turnos a tenor de la Directiva 93/104.
- 5) A falta de trasposición de la Directiva 93/104, la misma tiene efecto directo y, por tanto, confiere a los particulares un derecho a que el

período de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses.

- 6) El consentimiento expresado por los interlocutores sindicales en un convenio o acuerdo colectivo no equivale al dado por el propio trabajador, previsto en el artículo 18, apartado 1, letra b), inciso i), primer guion, de la Directiva 93/104.

Así pues, existe una esencial coincidencia con las conclusiones del Abogado General, excepto en la consideración como trabajadores nocturnos que la Sentencia considera remite a la normativa nacional.

h. La sentencia del Tribunal Español

h.1. De suplicación

En fecha 2 de noviembre de 2000 se dictó Sentencia²⁵³ por el TSJ de la Comunidad Valenciana por la que a partir de la STJUE estimó parcialmente la demanda de conflicto colectivo formulada por el SIMAP, y declaró que el personal médico afectado por el conflicto:

- Tiene derecho a “...disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada periodo de 7 días en cómputo de 12 meses”.
- Que, dado que cíclicamente realizan el trabajo en distinto horario, se han de considerar como trabajadores a turnos, por lo que se habrían de adoptar las medidas de especial protección establecidas en el art. 12 de la Directiva 93/104/CE.

h.2. De casación ordinaria

Por el SIMAP se formuló recurso de casación solicitando se reconociera:

- El derecho a disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 40 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de 7 días.
- El derecho a que la jornada de trabajo nocturno no excediera de 8 horas cada periodo de 24 horas, o que, de superarse, se concedan permisos equivalentes de descanso compensatorio.

²⁵³ Sentencia nº 13/2000, autos 12/1998.

- Que se reconociera la condición de trabajadores nocturnos.

La Sentencia dictada por el TS²⁵⁴ fue íntegramente desestimatoria, por considerar que el sindicato recurrente estaba interesando la aplicación de un reglamento de la comunidad Valenciana que estaba anulado por sentencia firme, y que igualmente interesaba la aplicación del Estatuto de los Trabajadores que no sería de aplicación a este colectivo, y que por último la STJUE habría dejado claro que el tiempo de atención continuada en régimen de localización solo habría de considerarse en relación al tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios.

e. Breve valoración

Con independencia de la denegación final del recurso de casación, es lo cierto que la STJUE y la propia Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana clarificaron aspectos relevantes de un colectivo, el de médicos de atención primaria, que procedía de una tradición de médico sin jornada definida y donde el propio servicio a prestar se antepone a cualquier otra consideración en materia de limitación razonable de la jornada, tanto por motivos de salud de los propios facultativos como de una correcta atención a los usuarios de la medicina pública.

Así, la concreción del TJUE en materia de máximo de jornada semanal, la consideración de las horas de atención continuada en los propios centros sanitarios, o la consideración como horas a computar las de prestación de servicios durante los periodos de localización, fueron un paso importante para la racionalización del régimen prestacional de este importante segmento de médicos que son los de atención primaria.

Esta sentencia (conocida como sentencia SIMPAP) junto con la posterior sentencia Jaeger²⁵⁵, ha tenido un fuerte impacto en la ordenación de la jornada de trabajo en el sector sanitario pues “*en la mayoría de los países se tendía a considerar que las guardias y situaciones análogas no constituían tiempo de trabajo en su totalidad*”²⁵⁶.

²⁵⁴ Recurso casación nº 644/2011.

²⁵⁵ C-151/2002.

²⁵⁶ Martín Puebla, Eduardo. El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2010, págs. 91-107.

f. Recepción por los órganos judiciales españoles

- En el año 2002 es citada por STS de 30 de mayo de 2002 (ROJ: STS 3900/2002 ECLI:ES:TS:2002:3900 en recurso de casación frente a STSJ de Cataluña sobre conflicto colectivo promovido por el Sindicat de Metges de Catalunya en el que se solicitaba:
 1. El derecho a prestar una jornada media de 36 horas semanales en cómputo de 4 meses (artículo 6);
 2. El derecho individual a prestar su consentimiento para efectuar una jornada superior;
 3. El derecho a disfrutar por cada período de 7 días de un descanso mínimo ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario, en un período de referencia que no exceda de 14 días.

La pretensión del Sindicato se fundamenta en la interpretación de la Directiva 93/104/CE de 23 de noviembre de 1993, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo traspuesta a nuestro ordenamiento interno, para el personal de régimen laboral, por el RD 1561/1995 de jornadas especiales de trabajo.

Se desestima la demanda por dos motivos:

- 1º. la interpretación no se ajusta a su contenido y
- 2º. por carecer la Directiva de efecto directo vertical, recordando que solo son invocables ante los tribunales, aquéllas de sus disposiciones que no están sujetas a condición alguna y son suficientemente precisas.

La STS cita la del TJUE señalando “...*que una norma sea aplicable, en términos de generalidad, a un colectivo, no supone que todos los derechos o garantías que aquella incluye puedan ser conferidos automáticamente a todos sus integrantes, pues el reconocimiento de cada uno de ellos dependerá del cumplimiento o concurrencia de los requisitos y condiciones exigidos por el precepto concreto puesto en cuestión. Más concretamente, que "una actividad como la de los médicos de los Equipos de Atención Primaria esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva" (apartado 41 de la sentencia de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que se invoca expresamente en el recurso), no conlleva obviamente el reconocimiento a dichos médicos de todas las*

garantías previstas por la Directiva a lo largo de su articulado sin previa verificación de los requisitos exigidos por la propia Directiva para su concesión”.

- En el año 2019 se vuelve a citar por el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 noviembre. RJ 2019\5022, ECLI:ES:TS:2019:3880, que resolvió favorablemente el recurso de casación frente a STSJ de Baleares.

Se presentó demanda reclamando diferencias retributivas derivadas de la consideración como tiempo de trabajo del trayecto que media entre la zona de fichaje (acceso a la empresa) y la de trabajo efectivo. Por cuantía no tenía acceso a recurso de suplicación, pero se considera que hay afectación general.

Repasa el termino de “*jornada de trabajo*” del artículo 34.1 que equivale al tiempo de servicio efectivamente prestado. La jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio y, en términos del art. 34.5 ET, es el tiempo en que el trabajador “*se encuentra en su puesto de trabajo*”.

Por su parte el artículo 2.1 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 define el tiempo de trabajo como “*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*”. Y como tiempo de descanso (art. 2.2.) “*todo período que no sea tiempo de trabajo*”.

En función de ello, analiza la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión que descarta categorías intermedias (tiempo de espera, tareas preparatorias, funciones de apertura y cierre, etc.) obligando a determinar si pertenece a una categoría u otra (tiempo de trabajo o tiempo de descanso); sin perjuicio de una previsión específica que en el presente litigio no existe.

Recuerda los diferentes pronunciamientos del TJUE, donde considera que estamos ante tiempo de trabajo, citando entre otras, la cuestión 303/98, y refiriendo que como tal se ha de considerar “*...El presencial de los Médicos de Atención Primaria, mientras que en la guardia localizada solo se computa el efectivamente prestado (STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/98, SIMAP)*. En este sentido se han pronunciado numerosas sentencias de esta Sala Cuarta, mencionadas por la STS 27

noviembre 2006 (rec. 3134/2005): las horas invertidas en guardias de presencia física tienen la consideración de tiempo efectivo de trabajo, debiendo remunerarse al precio fijado en el Convenio Colectivo para este concreto trabajo...”.

Finalmente estimó el recurso de la empresa, considerando acertada la doctrina de la sentencia de contraste²⁵⁷ resolviendo que no es computable el tiempo anterior a la llegada al lugar donde se efectúa el relevo o después de abandonado el mismo, pues allí es donde se toma y deja el relevo en las condiciones contempladas en el convenio colectivo, matizando que las incidencias en este trámite sí pueden dar lugar a que deba contabilizarse como tiempo de trabajo un lapso mayor del habitual.

✓ ATJUE 3 de julio de 2001. Caso Servicio Galego de Saúde. C-241/99

a. Identificación de la sentencia

En fecha 3 de julio de 2001 se dictó Auto por el Tribunal de Justicia de la UE (Sala Sexta) que dio respuesta al Auto de planteamiento de cuestión prejudicial formulado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha cuatro de mayo de 1999, también con motivo del conflicto colectivo planteado por un sindicato médico frente al Servicio Galego de Saude.²⁵⁸

Se ha de resaltar, desde un principio, que la cuestión analizada era análoga a la de la Sentencia SIMAP (C-303/98) que se dictó, como se refirió con anterioridad, el 3 de octubre de 2000, siendo así que el auto de planteamiento del TSJ de Galicia es de 4 de mayo de 1999. Por ello el TJUE, una vez dictada la sentencia SIMAP dirigió escrito al TSJ de Galicia preguntándole que dado que se “...trataba de cuestiones análogas a las suscitadas...”, si “...mantenía la presente petición de decisión prejudicial”, a lo que contestó afirmativamente el TSJ de Galicia, alegando que sería distinto el ámbito personal del conflicto, dado que englobaría también a personal de enfermería.

b. Problema suscitado

El problema suscitado mediante el conflicto colectivo era, como se señaló, análogo al del caso SIMA, por tanto, relativo al horario de trabajo del personal, médico y de enfermería, de los equipos de atención primaria y otros servicios de urgencia extrahospitalaria en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

²⁵⁷ STSJ de Madrid núm. 97/2015 de 30 enero.

²⁵⁸ Asunto Confederación Intersindical Gallega (C.I.G.), frente al Servicio Galego de Saude. Identificación. ECLI:EU:C:2001:371. Ponente: Sr. J.N. Cunha Rodrigues

En el Auto de planteamiento se noticia que desde el año 1995 se vendría imponiendo a dicho personal las siguientes condiciones:

- Jornada normal de 8 a 15 horas de lunes a viernes.
- Realización obligatoria de turnos de guardia, con la siguiente extensión:
 - o 17 horas ininterrumpidas los días laborales (de 15 horas hasta 8 horas del día siguiente).
 - o 24 horas ininterrumpidas los domingos y festivos.

c. Marco normativo coetáneo

En relación a la normativa autonómica el Auto refiere el Decreto 172/1995 de la Xunta de Galicia, que regulaba la jornada del personal afectado y que posibilitaba la jornada ordinaria y los turnos de guardia que refería.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

No refería el Auto jurisprudencia nacional.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto de planteamiento resalta la normativa comunitaria que consideraba de aplicación, en concreto:

- La Directiva 89/391/CEE, de 12 junio 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el Trabajo.
- La Directiva 93/104/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

A partir de tales previsiones plantea dudas análogas a la de la Sentencia SIMA, y en concreto:

- La aplicabilidad de la propia Directiva 93/104/CE al personal médico y de enfermería afectado por el conflicto.
- Si dicho personal cabe incluirlo en las excepciones o exclusiones que establece dicha Directiva.

- Y por último si todo el tiempo del turno de guardia se ha de considerar como tiempo de trabajo ordinario y por tanto considerado como horas extras.

f. Conclusiones del Abogado General

La sentencia se dicta oído el Abogado General, pero sin emisión de conclusiones por escrito.

g. El Auto del TJUE

Finalmente se dictó Auto por el TJUE en fecha 3 de julio de 2001. El hecho de que el Tribunal planteara al TSJ de Galicia que se había dictado la Sentencia SIMA y que, dada la identidad de supuesto, si mantenía el planteamiento de la cuestión prejudicial, ya suponía que la respuesta a dar sería la misma, con la sola matización de si se excluía o no al personal de enfermería.

La Sentencia considera que el hecho de que se incluyera al personal de enfermería no daba lugar a variación alguna en relación a lo dicho en la Sentencia SIMA, por lo que, en relación a las dudas concretas que planteaba señala que:

- Sería de aplicación la Directiva 93/104/CE, a dicho personal.
- El tiempo de atención continuada en régimen de presencia física, se ha de considerar como tiempo de trabajo en su totalidad, y en su caso horas extras.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 4 de octubre de 2001 se dictó finalmente la Sentencia del TSJ de Galicia que estimó la demanda de conflicto colectivo, declarando el derecho del personal afectado por el mismo a:

- Jornada laboral que no exceda de 48 horas, incluidas las de atención continuada, por cada 7 días.
- Disfrutar de un periodo mínimo de descanso de 11 horas consecutivas, al finalizar la realización de cada guardia de presencia física de 24 horas, sin detrimento de sus retribuciones y a continuación de veinticuatro horas de prestación continuada.

i. Breve valoración

La valoración que cabe hacer es la referida en el caso SIMA al que se hace expresa remisión.

Un paso más en la lógica y necesaria racionalización de la prestación de servicios por el personal médico y de enfermería, aunque quizá una vez dictada la Sentencia en el caso C-303/98, era innecesario un nuevo planteamiento, señalando que *“la actividad del personal de los equipos de atención primaria, tanto si se trata de personal médico como de enfermería, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/104”*. Y añadiendo que *“ No cabe aplicar, para llegar a la conclusión contraria, considerar que a dicho personal se le aplica el art. 2.2 de la Directiva 89/391, conforme al cual dicha norma no se aplica cuando se opongán a ello de modo concluyente las peculiaridades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, como en las fuerzas armadas, la policía o determinadas actividades en los servicios de protección civil. Esta excepción debe interpretarse de modo estricto y no cabe asimilar la actividad del personal de los equipos de atención primaria a las actividades mencionadas en dicho art. 2.2.”*²⁵⁹

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera cita del Tribunal Supremo fue en sentencia de 21 de abril de 2016. ROJ: STS 2352/2016, ECLI:ES:TS:2016:2352, que desestimó el recurso, confirmando la desestimación de instancia en asunto relacionado con el sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

Por el sindicato Confederación Intersindical Galega se presentó conflicto colectivo, interesando la consideración de las horas de presencia como horas de trabajo efectivo, y que se retribuyeran como horas extraordinarias al superar la jornada máxima prevista en el convenio colectivo.

La Sentencia parte de considerar que no es de aplicación el Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo.

Consecuentemente se confirma la sentencia de instancia aseverando *“...que a la actividad objeto de litigio le es de aplicación el art. 8 del Decreto sobre jornadas*

²⁵⁹ Martín Rodríguez, Olaya. (ob.cit.)

especiales y que los arts. 15 y 24 del Convenio autonómico para el sector, no infringen la normativa comunitaria que se invoca".

La cita de la STJUE es meramente referencial, señalando que se había citado por el recurrente en el recurso, alegando que vulneraría la doctrina que de la misma emanaba.

- En el año 2020 fue citada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 abril, JUR 2020\191192, ECLI:ES:TSJCAT:2020:141A, que estimó medida cautelar.

Recientemente, estando en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y su incidencia en la normativa de prevención de Riesgos laborales, se presentó por UNIÓN SINDICAL DE LA POLICÍA AUTONÓMICA DE CATALUNYA (USPAC) frente al DEPARTAMENT D'INTERIOR DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, demanda de medida cautelar previa a la demanda (cautelarísima) consistente en requerir al Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya para que con carácter urgente e inmediato, provea en todos los centros de trabajo de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra, y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso de su personal, incluidos los centros penitenciarios y órganos judiciales:

“e) Mascarillas FFP2, FFP3, gafas de protección, guantes, ropa impermeable y contenedores de residuos potencialmente peligrosos.

f) Planificación de formación para los trabajadores en la utilización de los EPI indicados.

g) Provisión de test suficientes para la evaluación del COVID-19 de los miembros de los Mossos d'Esquadra que hayan tenido contacto con un caso positivo de infección por SARS-CoV-2.

h) Se aplique de forma minuciosa procesos de descontaminación y eliminación de residuos del material utilizado y la desinfección diaria de los centros y vehículos de trabajo."

Puesto que en el Auto dictado por el TJUE, se hacía referencia explícita a 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 en el trabajo, el TSJ de Cataluña se remite a la misma en cuanto al carácter restrictivo de la interpretación y aplicación del art.2.2 que dispone que: "*La presente Directiva 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 los objetivos de la presente Directiva.*"

En relación a ello el Auto del TSJ de Cataluña cita el caso 241/99 señalando que "*...El TJUE ha interpretado dicha norma en el sentido de que " las excepciones a dicho ámbito, previstas en el apartado 2, párrafo primero, del referido artículo, deben interpretarse restrictivamente (véanse, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, Rec. p. I-7963, apartados 34 y 35; el auto de 3 de julio de 2001, CIG, C-241/99, Rec. p. I-5139, apartado 29; la sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 52, y el auto de 14 de julio de 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg, C-52/04, aún no publicado en la Recopilación, apartado 42 y STJUE 12 enero 2006, C-132/04, f.22) "*".

Consecuentemente, junto con otras fundamentaciones, se estima la solicitud de medidas cautelares provisionalísimas requiriendo "*...al Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya para que con carácter urgente e inmediato, provea en todos los centros de trabajo de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra...*".

1.2. La incidencia del tiempo de desplazamiento en la jornada laboral

✓ STJUE 20 septiembre de 2015. Caso Tyco. C-266/14

a. Identificación de la sentencia

En fecha 20 de septiembre de 2015 se dictó Sentencia por el TJUE²⁶⁰ dando respuesta a cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional mediante Auto de 22 de mayo de 2014 con motivo de conflicto colectivo planteado frente a la misma.

²⁶⁰ Asunto Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) contra Tyco Integrated Security, S.L., Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A. Identificación. EU:C:2015:578. Ponente. Ö Caimh.

b. Supuesto de hecho

La controversia que se suscitó a la Audiencia Nacional, y que motivó el planteamiento de la cuestión prejudicial, vino dada por conflicto colectivo planteado por la Federación de Servicios Privados del sindicato CC.OO, sobre discrepancia en relación a la consideración del tiempo de desplazamiento de los trabajadores de la empresa Tyco Integrated Security, dedicada a la actividad de seguridad, que utilizaban desde sus domicilios y el primer cliente y desde el último y sus respectivos domicilios. Así y esquemáticamente cabe resumirlo de la siguiente forma:

- Empresa de instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad.
- Hasta un momento determinado la empresa disponía de distintos centros de trabajo provinciales, en donde los trabajadores debían de acudir a recoger el vehículo de la empresa y los instrumentos y aparatos de instalación.
- Desde tales centros de trabajo, los trabajadores se desplazaban hacia los distintos domicilios de los clientes, en donde realizaban su actividad y después del último volvían al centro de trabajo donde dejaban el vehículo.
- La empresa consideraba tiempo de trabajo a partir de la llegada al centro de trabajo y hasta el regreso al mismo al finalizar la actividad.
- En un momento determinado, la empresa elimina todos los centros de trabajo provinciales, adscribiendo a los trabajadores a un único centro en Madrid, dejándoles el vehículo a los trabajadores, quienes periódicamente tenían que acudir a un centro de logística a retirar materiales para la instalaciones a realizar, y a partir de entonces la empresa considera como tiempo de trabajo desde de la llegada al domicilio del primer cliente y daba por terminada la jornada laboral al terminar la actividad en el último cliente. Igualmente, los trabajadores disponían de teléfono móvil de la empresa con la que se comunicaba y recibían instrucciones.
- En algunas ocasiones la distancia desde el domicilio del trabajador al del primer o último cliente superaba los 100 km.

- La empresa facturaba a los clientes el desplazamiento de los trabajadores.

c. Marco normativo coetáneo

El Juzgado da cuenta en su Auto de la normativa nacional que tendría relación con la controversia a él sometida.

Así el art. 34 del E.T., en concreto sus apartados 1, 3 y 5 que disponían:

«1.-La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual...

3.-Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas....

5.-. El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.».

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto no hace referencia a doctrina judicial alguna.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

A partir de la regulación del Estatuto de los Trabajadores, el Auto de 22 de mayo de 2014, refiere al TJUE que la legislación española no consideraba el tiempo de desplazamiento del domicilio al lugar de trabajo como tiempo de trabajo, y ello por considerar que el trabajador es libre de elegir el lugar de su domicilio.

De otro lado, le surge la duda que motiva el planteamiento de la cuestión prejudicial, en tanto que si bien estrictamente considera no están a disposición del empresario, para que le pueda encomendar tareas distintas al desplazamiento, en el caso

concreto los trabajadores no tendrían opción de adaptar su vida privada a su lugar de residencia, dado que ese centro varía cada día.

Sin embargo, refiere que distinta sería la regulación de los trabajadores móviles del sector de transporte terrestre, en donde el legislador nacional consideraría que el puesto de trabajo se encontraría en el vehículo, ya que no tiene la opción de adaptar su vida privada en función de la cercanía al centro de trabajo, ya que el mismo podría variar cada día al no tener un centro fijo al que acudir, sino que es el domicilio de los distintos clientes. Por ello, refiere el Auto, el tiempo de desplazamiento en el vehículo de los transportistas terrestres se consideraría como tiempo de trabajo.

Y precisamente por ello le plantea la duda al TJUE, si en el caso concreto que analizaba y en tanto que se da una similitud con respecto a los trabajadores del sector de transporte por carretera, se habría de aplicar el mismo criterio, y ello a tenor de lo dispuesto en el art. 2 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Con tales antecedentes y consideraciones plantea la siguiente cuestión prejudicial: "¿Debe interpretarse el artículo 2²⁶¹ de la Directiva 2003/88 [...] en el

²⁶¹ El artículo 2 lleva a cabo la definición de distintos conceptos. Así: Definiciones

A efectos de la presente Directiva, 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;

3) **período nocturno:** todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas;

4) **trabajador nocturno:**

a) por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente, y

b) por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período 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, o

ii) por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional;

5) **trabajo por turnos:** 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 período dado de días o semanas;

6) **trabajador por turnos:** todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos;

sentido de que el tiempo invertido en el desplazamiento al inicio y al final de la jornada realizado por un trabajador que no tiene adscrito un centro de trabajo fijo, sino que ha [de] desplazarse cada día desde su domicilio al centro de un cliente de la empresa, diferente cada día, y volver a su domicilio desde el centro de otro cliente a su vez diferente (sobre una ruta o listado que le es fijado por la empresa el día anterior), situados siempre dentro de una zona geográfica más o menos amplia, en las condiciones del litigio principal explicitada en los fundamentos de esta cuestión, constituye “tiempo de trabajo” según la definición de ese concepto dada en el indicado artículo de la Directiva o, por el contrario, ha de considerarse como “período de descanso”?”.

*f. Conclusiones de la Abogada General*²⁶²

En fecha 11 de junio de 2015, se emitieron las conclusiones por el Abogado General en las que se comienza resaltando cual sería el objeto de la Directiva 2003/88, establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, mediante la armonización de las normativas nacionales en materia de duración del tiempo de trabajo para protección de la seguridad y de la salud, obligando a que disfruten periodos mínimos de descanso, diario y semanal, estableciendo límite máximo de cuarenta y ocho horas semanales de trabajo, incluyendo las horas extras.

Resalta igualmente que dicho objetivo de disfrute de periodos de descanso, tendría tanto el objetivo de permitir recuperarse del cansancio por el trabajo realizado, como carácter preventivo para reducir riesgos de la seguridad y salud de los trabajadores, que su omisión provocaría y que ello justificaría que se deban considerar disposiciones de Derecho social de especial importancia.

7) **trabajador móvil:** 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;

8) **trabajo off-shore:** 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 éstas se realizan desde una instalación situada en el mar como desde un buque;

9) **descanso adecuado:** períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo.

²⁶² Sr. Yves Bot.

Igualmente resalta que según la doctrina del propio TJUE la Directiva:

- Considera el tiempo de trabajo como todo periodo que el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de sus funciones, y que ello se contrapone al concepto de descanso, excluyéndose mutuamente ambos conceptos, no siendo relevantes para el primero la “intensidad” o el “rendimiento”
- Que no existe un concepto intermedio entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso,
- Que el concepto tiempo de trabajo estaría delimitado por tres criterios acumulativos:
 - o Espacial: permanecer en el centro de trabajo.
 - o Autoridad: estar a disposición del empresario.
 - o Profesional: estar ejerciendo su actividad o funciones.

A partir de ello considera que en el caso concreto se darían los tres criterios para considerar que el tiempo de desplazamiento se habría de considerar como tiempo de trabajo, estimando que estaríamos ante trabajadores itinerantes, en tanto que carecen de centro de trabajo fijo al realizar sus trabajos en distintos centros cada día.

Sus desplazamientos serían necesarios para ejecutar sus prestaciones en los centros de los clientes, por lo que el propio vehículo se ha de considerar que sirve para cubrir el criterio espacial, y su conducción supone el cumplimiento de una obligación impuesta por la empresa. En cuanto al criterio de autoridad, el trabajador está sometido a las consignas y al poder de organización de la empresa, que le determina el domicilio de los clientes al que ha de ir siguiendo las instrucciones dadas, de tal manera que la empresa en cualquier momento puede cambiar el itinerario o anular la cita o el orden de los mismos, no siendo relevante el que se puedan producir patologías abusivas que la empresa podrá evitar estableciendo los mecanismos adecuados, tales como control de la propia salida y llegada a los distintos domicilios.

Refiere el Abogado General, que la propia empresa venía considerando el tiempo de desplazamiento desde el centro de trabajo existente con anterioridad al cambio, no existiendo razones que justifiquen el cambio de criterio, por lo que propone

se respondiera a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en los siguientes términos:

«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, constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de esta disposición, el tiempo que los trabajadores itinerantes, esto es, trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo o habitual, invierten en desplazarse desde su domicilio hasta el primer cliente que les asigna su empresario y desde el último cliente que les asigna su empresario hasta su domicilio.»

g. La sentencia del TJUE

Tres meses más tarde, el 14 de septiembre de 2015, se dictó Sentencia por el TJUE coincidiendo plenamente con las conclusiones emitidas por el Abogado General.

Así parte de la importancia de la Directiva a nivel comunitario, reiterando que su objetivo es establecer las disposiciones mínimas necesarias para garantizar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, estableciendo el descanso mínimo a disfrutar diaria y semanalmente, el límite máximo de jornada semanal, incluyendo las horas extraordinarias. Coincide con el Abogado General a la hora de la contraposición entre tiempo de trabajo y periodo de descanso, y de la necesidad de delimitar ambos conceptos para que sea posible una eficacia de la Directiva en la totalidad de los Estados miembros. A tales efectos coincide igualmente en considerar cuales son los elementos que configuran el concepto de tiempo de trabajo:

- 1º. periodo durante el que el trabajador permanece en el trabajo;
- 2º. a disposición del empresario y
- 3º. en ejercicio de su actividad o de sus funciones.

Resalta igualmente que la empresa con anterioridad al cambio llevado a cabo, consideraba como tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento desde el centro de trabajo al de los distintos clientes, no existiendo razón alguna que justifique el cambio. Da contestación a las objeciones formuladas tanto por la empresa como por distintos gobiernos que comparecieron. Así, en relación a la alegación de que no estarían

realizando funciones durante el desplazamiento, resalta, como ya dijo el abogado General, que los desplazamientos asignados por la empresa son el instrumento necesario para ejecutar las prestaciones a los clientes.

En relación a la alegación de la empresa de que los trabajadores no estaban obligados a mantener encendido el teléfono móvil durante el trayecto, y que podían fijar libremente el itinerario, refiere que si bien tienen cierta libertad, la misma ya existía antes de operar el cambio llevado a cabo por la empresa, y en todo caso la empresa puede dar instrucciones de cambio de clientes o de citas por lo que en resumen no tienen posibilidad de disponer su tiempo libremente.

También alegaron empresa y gobiernos español y del Reino Unido el tema de que durante el trayecto se dedicaran a quehaceres particulares, resaltando que eso sería una patología que bien podría controlar la empresa, como igualmente refiere el abogado general y que también existía con anterioridad al cambio.

También da contestación a la alegación de que ello supondría un incremento de costes inevitable, refiere que una cosa es que se considere tiempo de trabajo y otra es la forma de remuneración del mismo, siendo así que *“Tyco sigue siendo libre para determinar la retribución del tiempo desplazamiento domicilio-clientes”*, observación que pudiera provocar dificultades de interpretación, aunque inmediatamente después señala que dicha remuneración no es regulada por la Directiva y habrá de estar a la normativa nacional pertinente.

Con tales consideraciones, da respuesta a la cuestión prejudicial en términos análogos a lo referido por el Abogado General: *“ 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”*.

h. La sentencia Tribunal Español

Un mes más tarde, el 14 de Octubre de 2015 se dictó Sentencia por la Audiencia Nacional²⁶³, haciéndose eco de la STJUE y refiriendo muy resumidamente que en función del pronunciamiento del mismo la sala “*Ha de acomodar la interpretación de la legislación laboral española a la misma y, en consecuencia, debe declarar que el tiempo invertido por los trabajadores de la empresa afectados por este conflicto colectivo en el desplazamiento desde su domicilio al primer cliente, y el tiempo invertido desde el lugar físico del último cliente diario hasta su domicilio, se compute como tiempo de trabajo de cada jornada diaria, según lo pedido en el suplico de la demanda por la parte actora, remitiéndonos por lo demás a la fundamentación de la indicada sentencia...*”.

El resto de la sentencia se dedica a analizar las demás cuestiones controvertidas, fundamentalmente existencia de grupo de empresas a nivel laboral, resaltando cuales serían los elementos a concurrir: funcionamiento unitario de las organizaciones; confusión patrimonial que implique la incorrecta contabilización de sus propios gastos, ingresos y demás conceptos contables; la unidad de caja en el uso de fondos; el uso abusivo de la dirección unitaria, tales como la dirección de una sea asumida por la dominante; utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de una empresa aparente. Es de resaltar que cuatro años más tarde, el 31 de octubre de 2019 la misma Audiencia Nacional y también en proceso de conflicto colectivo formulado por el mismo sindicato CC.OO., vuelve a dictar Sentencia sobre supuesto análogo en el que en que los trabajadores eran técnicos de campo, y la empresa considera el inicio de su jornada en el momento en que están en el domicilio del cliente, fijado por la empresa el día anterior, facilitándoles al efectos portátil, móvil y furgoneta. En relación al móvil y portátil habrían de activarlos a las 7:30 de la mañana, siendo así que la empresa solo consideraba como jornada a partir de las 8.

i. Breve valoración

Se trata de sentencia que analiza supuesto con características específicas, que hacen difícil extraer conclusiones definitivas a aplicar a otras controversias análogas. La STJUE reitera en su fundamentación circunstancias que pueden no darse en otros supuestos y que dificultan saber si su doctrina sería aplicable o no. Así el hecho de que

²⁶³ Sentencia nº 165/15, autos 30/2014.

con anterioridad a la decisión de la empresa de proceder eliminar a los centros de trabajo provinciales, y a no considerar el tiempo de desplazamiento desde el domicilio al primer cliente y desde el último al domicilio del trabajador, la misma venía considerando como tiempo de trabajo el tiempo desde los respectivos centros de trabajo a los de los clientes y desde el último al centro de trabajo de la empresa. Igualmente tiene en cuenta los hechos de que la empresa facilitaba furgoneta para el desplazamiento, así como móvil y portátil, señalándole el itinerario el día anterior. Por último, resalta que dicho tiempo de trabajo no sería necesariamente que ser remunerado de la misma forma que el resto de la jornada, lo que introduce evidente confusión.

La duda que surge precisamente es que sucedería de no darse ese cambio organizativo por la empresa, o no se facilitara, esos medios de transporte. Precisamente dicho supuesto fue analizado por el TS en Sentencia de 4 de diciembre de 2018, negando que cupiera considerar como tiempo de trabajo, el de desplazamiento desde el domicilio de la trabajadora al primer cliente y desde el último a su domicilio, considerando no aplicable la doctrina del caso TYCO, lo que fue objeto de crítica por la doctrina²⁶⁴.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera sentencia que se tiene constancia que la cita es la TS de 1 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5769/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5769, que resolvió recurso de suplicación frente a Sentencia de la Audiencia Nacional que a su vez había desestimado demanda en conflicto colectivo formulado por el sindicato USO frente a la empresa Eulen Socio sanitarios, S.A., CC.OO., y U.G.T.

Mediante la demanda de conflicto, el sindicato USO interesaba que se declarara que el tiempo de desplazamiento de los trabajadores de asistencia en domicilio, desde su propio domicilio al del primer cliente y del último a su domicilio, se considerara tiempo de trabajo. La Audiencia Nacional y después el TS desestima la pretensión haciéndose eco de la Sentencia del TJUE C-266/14, considerando que existían diferencias importantes, que impedían aplicar la doctrina en la misma recogida. En concreto

²⁶⁴ Beltrán de Heredia, I. “El tiempo de desplazamiento entre el domicilio hasta el primer cliente o desde el último al domicilio no es tiempo de trabajo (STS 4/12/2018)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/02/13/el-tiempo-de-desplazamiento-entre-el-domicilio-hasta-el-primer-cliente-o-desde-el-ultimo-al-domicilio-no-es-tiempo-de-trabajo-sts-4-12-2018/>.

considera que no era aplicable, ya que en el caso analizado por el TJUE había existido una reorganización cerrando las oficinas provinciales y que hasta esa fecha la empresa consideraba tiempo de desplazamiento desde la oficina al primer cliente. Igualmente considera que los desplazamientos se realizan en vehículo de la empresa y las distancias por toda la provincia podrían variar hasta 100 km, circunstancias que no se darían en el supuesto analizado. Es de resaltar el comentario que realiza la Sentencia, de “*lege ferenda*”, en el sentido de que aun no siendo de aplicación “*..al supuesto debatido de lo resuelto por la SJUE C 266/14, se pone de relieve la conveniencia de que las partes negocien la regulación de los gastos de desplazamiento en este concreto supuesto*”.

- La última Sentencia de que se tiene constancia es la del TSJ de Aragón de fecha 5 de diciembre de 2019 (ROJ: STSJ AR 1585/2019 - ECLI:ES:TSJAR:2019:1585), que desestima recurso de suplicación formulado frente a Sentencia de Juzgado de lo Social que había desestimado la demanda.

La Sentencia se hace eco de la del TJUE, C-266/14, así como la mencionada anteriormente del TS de 1 de diciembre de 2015, refiriendo que las circunstancias del caso concreto eran distintas a las analizadas en el caso Tyco, dado que se reclamaban gastos desde el domicilio de la actora al centro de trabajo, y no tratarse de tiempo de trabajo.

1.3. El concepto de trabajador móvil y su no equiparación con los conductores autónomos

✓ STJUE 2 de marzo de 2017, Asunto Pérez Retamero. C-97/16

a. Identificación de la sentencia

El 2 de marzo de 2017 se dictó nueva Sentencia por el Tribunal de Justicia (Sala décima) dando contestación a cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona en relación “teórica” sobre jornada de trabajo.²⁶⁵

Se adelanta en este momento que la STJUE, como posteriormente se referirá, fue de inadmisión de la cuestión planteada, por considerar que realmente no se interesaba una interpretación de normativa comunitaria y por ello se hace referencia, en el párrafo

²⁶⁵ Asunto José María Pérez Retamero contra TNT Express Worldwide S.L., Transportes Saripod S.L. y Fondo de Garantía Salarial. Identificación ECLI:EU:C:2017:158. Ponente: F. Biltgen

anterior, a una relación “teórica sobre jornada de trabajo”. Es por ello por lo que el resumen fáctico y normativo se hace desde tal perspectiva.

b. Problema suscitado

Los hechos que refiere el Auto de planteamiento son en relación al sector del transporte de mercancías y más concretamente a persona que presta servicios en las siguientes circunstancias:

- El Sr. Retamero era propietario de furgoneta de carga máxima de 2.590 kg., y en posesión de tarjeta de transporte que autorizaba la realización de servicios de transporte.
- El Sr. Retamero formaliza contrato con la empresa TNT denominado “contrato normativo de prestación de servicios de transporte”.
- La empresa TNT le facilitaba equipo portátil para desarrollar el trabajo.
- TNT establecía instrucciones de las operaciones a realizar de carga, estiba, descarga y la gestión cobros.
- TNT podía modificar unilateralmente los principios y normas de los servicios de transporte.
- El Sr. Retamero percibía cantidad por día trabajo, y se hacía responsable de pérdida o destrucción de la mercancía.
- El contrato era de 6 meses de duración pudiéndose prorrogar por igual periodo.
- En un momento determinado TNT le indica al Sr. Retamero que las facturas las emitiera a nombre de la empresa Sapirod, contratada a su vez por TNT, sin que se produjera variación alguna en la prestación de servicios.
- En un momento determinado Sapirod le comunica verbalmente que ya no le daría más servicios a realizar.

A partir de tales hechos el actor formula demanda por considerar que realmente la relación que mantenía, inicialmente con TNT y posteriormente con Sapirod, era netamente laboral, por darse las notas de laboralidad.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo nacional que refiere el Auto de planteamiento al TJUE vendría dado por las siguientes disposiciones:

- El E.T., y en concreto distintos preceptos de este:
 - o El art. 1 que delimitaba el ámbito de aplicación a “...*los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”.
 - o No obstante, el apartado 3.g de dicho artículo excluye expresamente a “...*la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostente, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador*”.
- La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que define su ámbito de aplicación (Art. 1.1.) a las “...*personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena*”, declarando expresamente incluidos a los “...*trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el art. 1.2.d) de la presente Ley –que- son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales....*”, debiendo reunir las siguientes condiciones: no tener a su cargo trabajadores; no realizar actividad de forma indiferenciada con

el resto de trabajadores que presten servicios con relación laboral; disponer de infraestructura productiva y material propios; desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, percibir contraprestación en función del resultado de su actividad

- El RD 902/2007, de 6 de julio sobre jornadas especiales de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera.
- El RD 128/2013, de 22 de febrero, sobre ordenación del tiempo de trabajo para trabajadores autónomos que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

El conjunto de dicha normativa ampararía la alegación de la empresa demandada en el sentido de no existir relación laboral y por ende despido alguno.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Igualmente da cuenta el Auto de la jurisprudencia española, que arrancaría de la STS de 5 de junio de 1996, que declaró que “...*El interrogante sobre el cumplimiento en la regulación del art. 1.3.g. ET del requisito de coherencia con el criterio general de laboralidad constituido por las notas de ajenidad, dependencia y retribución salarial se ha de despejar en sentido afirmativo. El criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio, a partir de un cierto tonelaje, refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad*”. En el mismo sentido se pronunció años más tarde la STS de 28-3-11.

Igualmente, la STC de 26-11-98 se pronunció sobre la constitucionalidad de la exclusión de laboralidad, señalando que “...*Desde la perspectiva constitucional puede, por tanto, afirmarse que la delimitación negativa efectuada por el legislador responde a un criterio objetivo, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por las normas administrativas*”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Así pues, tanto por la normativa española como por la interpretación jurisprudencial y constitucional se habría de estimar la inexistencia de despido y por ende desestimar la demandada del actor salvo que se considerara que la normativa europea imponía una contestación distinta.

El Auto parte de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, cuyo objeto, según su artículo 1º, es el de “...establecer prescripciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo para mejorar la protección de la seguridad y la salud de las personas que realicen actividades móviles de transporte por carretera, así como mejorar la seguridad vial y aproximar en mayor grado las condiciones de competencia.”

Introduce el Auto, quizá por ser consciente de que podría haber problemas de admisibilidad de la cuestión, que junto a dicho objetivo, también habría uno relacionado con las “...condiciones de competencia”, es decir el llevar a cabo una regulación uniforme de la prestación de servicios de transporte, lo que requería delimitar “...quienes son trabajadores y quienes son autónomos...”, ya que ello afectaría a “...las condiciones en que las empresas compiten en un mercado único”. Por ello considera que la Directiva sería de aplicación no solo a los trabajadores por cuenta ajena sino a los autónomos (STJUE 9-9-2004). Así la Directiva distingue entre:

- «trabajador móvil», cualquier trabajador que forme parte del personal que se desplace, incluidos las personas en prácticas y los aprendices, que estén al servicio de una empresa que efectúe, por cuenta ajena o propia, servicios de transporte de viajeros o de mercancías por carretera;
- «conductor autónomo», toda persona cuya actividad profesional principal consista en efectuar servicios de transporte de viajeros o de mercancías por carretera, a cambio de una remuneración en el sentido de la legislación comunitaria, y al amparo de una licencia comunitaria o de cualquier otra habilitación profesional para llevar a cabo los servicios de transportes mencionados, que esté habilitada para trabajar por cuenta propia, y que no esté relacionada con un empresario mediante un contrato de trabajo o mediante cualquier otro tipo de relación laboral jerárquica, que es libre para organizar las actividades laborales pertinentes, cuyos ingresos dependan directamente de los beneficios realizados y que disponga de la libertad necesaria para mantener relaciones comerciales

con varios clientes, ya sea individualmente o en colaboración con otros conductores autónomos.

Dado que el Auto de planteamiento tenía como objetivo someter a la consideración del TJUE, si dado el supuesto de hecho nos encontraríamos ante un trabajador móvil o un conductor autónomo, el Juzgador procede a analizar la regulación del tiempo de trabajo y el control del mismo, en uno y otro caso, destacando peculiaridades para finalmente dar argumentos por los que considera que tanto la normativa nacional como la interpretación de los órganos judiciales españoles serían contrarias a las previsiones de la Directiva 2002/15/CE. Así:

- Frente a la alegación de la empresa demandada de que el objeto de la Directiva no era la de definir el concepto de trabajador o de autónomo, sino la de ordenar el tiempo de trabajo de los que realicen servicios de transporte por carretera, y por tanto no procedería la admisibilidad de la cuestión prejudicial, señala que dependiendo del tipo de relación se habría de aplicar el régimen de responsabilidades, frente al incumplimiento de las prescripciones de la misma, por lo que era esencial concretar si estaríamos, a partir del relato factico, ante trabajador móvil o autónomo.
- La exclusión establecida en el art. 1.3.g) ET no estaría contemplada en la Directiva.
- El art. 3.c de la Directiva establece criterios del conductor no autónomo, tales como relación jerárquica, no libertad de auto organizarse, retribución fija, no libertad para servicios a otros clientes.

A partir de tales consideraciones concreta las preguntas a formular al TJUE en los siguientes términos:

1º.- ¿La definición de “trabajador móvil” establecida en el artículo 3, apartado d) de la Directiva 2002/15/CE, debe ser interpretado en el sentido que se opone a una norma legal interna como el artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores, que establece que no pueden ser considerados como “trabajadores móviles” “las personas

prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, ... , con vehículos ... cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, ... ”?

2º.- *¿El párrafo segundo del artículo 3.e) de la Directiva (“A los efectos de la presente Directiva, los conductores que no cumplan estos criterios estarán sometidos a los mismos derechos y obligaciones previstos por la presente Directiva para los trabajadores móviles”), debe interpretarse en el sentido que si no concurre alguno o uno solo de los criterios establecidos para ser considerados como “conductores autónomos”, debe entenderse que se trata de un “trabajador móvil”?*

*f. Conclusiones del Abogado General*²⁶⁶

El Abogado General interesó que se dictara Sentencia sin conclusiones.

g. La sentencia del TJUE

La Sentencia después de concretar el relato fáctico y la normativa nacional, procede a analizar las alegaciones de las empresas demandadas, SAPIROD y TNT, así como el Gobierno Español y la propia Comisión Europea, sobre la no admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada, por considerar que el litigio no estaría comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/15.

Y en este punto, que finalmente sería determinante, el TJUE repasa su propia jurisprudencia señalando que:

- Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio la responsabilidad de apreciar, en función de las particularidades del caso, “...tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder pronunciarse como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia” (casos C-28/95, C-310/10).
- A partir del planteamiento, el Tribunal de Justicia “..debe pronunciarse”. (C-28/95, cx-310/10).
- No obstante puede no admitirse la cuestión “...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, cuando el

²⁶⁶ Sra. F. Sharpston.

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” (C-13/05, C-310/10).

Con tales antecedentes señala que:

- El objeto de la Directiva 2002/15 es “...establecer prescripciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo para mejorar la protección de la seguridad y la salud de las personas” que realicen actividades móviles de transporte por carretera, y también y esencialmente “...mejorar la seguridad vial y aproximar en mayor grado las condiciones de competencia”. No cabe olvidar en este aspecto que el transporte de viajeros y mercancías por todos los países de la UE es ingente y diario.
- Que la Directiva define los conceptos de “trabajador móvil” y “conductor autónomo”, a efectos de esta y tales conceptos “...no pueden desplegar efectos fuera del ámbito de aplicación de la misma”.

A partir de ello considera que el litigio que analizaba el Juzgado proponente de la cuestión prejudicial no estaría relacionado con la cuestión de la ordenación del tiempo de trabajo, sino con si el trabajador habría de considerarse trabajador móvil y por tanto empleado por cuenta ajena, o trabajador autónomo, lo que no estaría comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/15 y por tanto la interpretación solicitada no sería “...necesaria para resolver sobre el litigio...”, por lo que finalmente declara la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 7 de abril de 2017 se dictó finalmente Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona por la que se desestimó la demanda del actor. A tales efectos lleva a cabo las siguientes consideraciones:

- Que las circunstancias fácticas puestas en relación con el art. 1 del E.T. y las notas de laboralidad que en el mismo se señalan, abocarían necesariamente a la declaración de la relación del actor con las demandadas como laboral.

- Que no obstante ello el propio art. 1.3.g del E.T., excluye del ámbito laboral la “...*actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostente, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador*”.

A partir de ello hace referencias a la STJUE y a las Sentencias del Tribunal Supremo y TC citadas en el Auto de planteamiento, para concluir estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, por inexistencia de relación laboral y por ende desestimando la demanda.

i. Breve valoración

A pesar de la no admisión de la cuestión prejudicial planteada se ha relatado extensamente el proceso pudiéndose resaltar dos aspectos de especial relevancia.

En primer lugar, el referido a la propia competencia para formular la cuestión prejudicial, que es exclusiva del órgano judicial nacional y en principio la obligación de dar respuesta a la misma por parte del TJUE, salvo excepciones, como las que señala, en las que se considera que la interpretación solicitada en nada afectaría a la resolución del propio litigio.

En segundo lugar, cabría destacar la importancia de la propia alegación de la normativa europea a interpretar y la ambigüedad del propio TJUE a la hora de resaltar, en unas ocasiones, como en la presente, que la normativa alegada no sería de aplicación, y en otras posibilitar la reformulación de la cuestión al amparo de normativa distinta.

El profesor Eduardo Rojo hace una crítica a lo anterior en cuanto a que, en contra de lo afirmado por el TJUE, el “...*juzgador español sí puso de manifiesto que determinar qué debe entenderse por trabajador por cuenta ajena o autónomo en el sector del transporte por carretera tenía un impacto innegable sobre la normativa española por deber, en caso de declararse su no adecuación, procederse a su modificación. Cuestión distinta, ciertamente, es cuál es la finalidad u objeto de la Directiva (“establecer prescripciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo”, a efectos de seguridad del transporte y de los transportistas)*”, y que los conceptos comunitarios de trabajador móvil y conductor autónomo, regulados en el art.

3, lo sean sólo “a los efectos de la presente Directiva”, y en el marco de las competencias comunitarias que deben respetar, de acuerdo al principio de subsidiariedad, las competencias de cada Estado”²⁶⁷

j. *Recepción por los órganos judiciales españoles*

No existe constancia de cita, salvo meramente referencial en la Sentencia de 25 de enero de 2019 TSJ de Cataluña²⁶⁸.

1.4. La obligatoriedad del registro horario diario de la jornada

✓ STJUE 14 de mayo de 2019. Caso Deutsche Bank. C-55/18

a. *Identificación de la sentencia*

Nueva sentencia relacionada con normativa sobre Jornada laboral se dictó por el Tribunal de Justicia (Gran Sala), en fecha 14-5-2019, con ocasión de Auto de planteamiento formulado por la Audiencia Nacional en fecha 19 de enero de 2018²⁶⁹ y aclarado por Auto de fecha 31 de enero.

b. *Problema suscitado*

El problema planteado por la Audiencia Nacional lo resumió muy claramente el Abogado General en sus conclusiones en los siguientes términos: “...¿Es necesario para garantizar la plena efectividad de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores en el lugar de trabajo, objetivos perseguidos por la Directiva 2003/88/CE (2) a través del establecimiento de límites máximos de los tiempos de trabajo, entre otros medios, que los Estados miembros impongan al empresario la obligación de introducir instrumentos de cómputo de la duración efectiva del trabajo diario y semanal?.”

La cuestión fue sometida a la Audiencia Nacional por conflicto colectivo planteado por el sindicato CCOO, al que posteriormente se adhirieron otros sindicatos,

²⁶⁷ Rojo Torrecilla, Eduardo. “Sobre los trabajadores móviles y los conductores autónomos. ¿Adecuación de la normativa española a la Directiva 2002/15/CE? Inadmisión de la cuestión prejudicial por el TJUE. Nota breve a la sentencia de 2 de marzo de 2017 (asunto C-97/16)”, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/03/sobre-los-trabajadores-moviles-y-los.html>.

²⁶⁸ Recurso suplicación nº 5354/2018. ROJ: STSJ CAT 285/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:285 .

²⁶⁹ Asunto Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank, S.A.E., con intervención de Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT), Confederación General del Trabajo (CGT), Confederación Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA), Confederación Intersindical Galega (CIG). Identificación: ECLI:EU:C:2019:402. Ponente. E. Regan.

interesando que se obligara a la demandada Deutsche Bank, S.A.E., a “...implantar un sistema de regulación de la jornada de trabajo efectivamente realizada, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de la jornada laboral fijada por las disposiciones legales y por los convenios colectivos”.

Así pues, los hechos eran claros y el tema era netamente jurídico, por ello su planteamiento a través de conflicto jurídico, porque en definitiva se trataba de un conflicto de “interpretación” y no de “regulación”, a fin de obligar a la demandada a:

- por una parte, la comprobación del cumplimiento del horario de trabajo establecido y,
- por otra, la observancia de la obligación de comunicar a los representantes sindicales la información sobre las horas extraordinarias

Se trataba de un conflicto con evidente repercusión más allá de la propia empresa, por haber sido recurrente el debate sobre la necesidad del control horario de los trabajadores y ello por distintas razones que posteriormente se irán analizando.

Es de resaltar que la Inspección de Trabajo había impuesto sanción a la empresa por falta de implantación de registro de horas, sanción que se había revocado a raíz de Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017 a la que posteriormente se hará referencia.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto da cuenta de la normativa reguladora de la jornada de trabajo.

Así el E.T., y en concreto su art. 34 que disponía que:

“...1. Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. [...].

2. El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año [...].

4. La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2.

5. A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.»

De otro lado noticia sobre el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que disponía, en cuanto a competencias de los representantes de los trabajadores el “...b) *Ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores».*

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En las alegaciones que formuló la demandada Deutsche Bank se da cuenta de Sentencias del SSTS²⁷⁰, en las que se establecía la doctrina de que en Derecho español no existiría la obligación que señalaban los demandantes.

Efectivamente la Sentencia del TS de 23 de Marzo de 2017 había revocado Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 4 de Diciembre de 2013 dictada en conflicto colectivo presentado por el sindicato UGT y otros, en la que se estimó la demanda condenando a la entidad Bankia S.A. a “...establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro”. La mentada STS de 23-3-17, con votos particulares, revocó la Sentencia declarando que la empresa no estaría obligada a llevar registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, y ello como consecuencia de la interpretación que lleva a cabo del art. 35.3 del E.T. Así considera que tendría obligación de llevar registro de las horas extraordinarias, pero que si no se realizaban las mismas no había obligación alguna. Con ello se abortaba cualquier

²⁷⁰ STS de 23 de marzo de 2017, RC 81/2016 y STS de 20 de abril de 2017, RC 116/2016.

posibilidad de acreditación de las horas realizadas realmente y se impedía el importante paso de poder evitar y minimizar las jornadas de exceso realizadas y en gran parte no remuneradas.

La Sentencia del TS no solo resaltó que se trataría de la doctrina que venía sosteniéndose reiteradamente, sino que dicha interpretación sería acorde con la propia normativa comunitaria, en concreto Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, que cita expresamente, indicando que establecería distintas obligaciones en cuanto a la jornada, y más específicas respecto a jornadas especiales, pero señalando que no establecería llevar registro de jornada ordinaria.

En sus conclusiones la STS mencionada señalaba que “De lo razonado hasta aquí se deriva que el artículo 35.5 del ET no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, cual establece la sentencia recurrida.”. Continuaba señalando, no obstante, que *“Ciertamente que de “lege ferenda” convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de “lege data” esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica que obligará necesariamente a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte”*.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Con tales antecedentes jurisprudenciales la Audiencia Nacional se veía obligada a dictar Sentencia desestimatoria salvo que planteara cuestión prejudicial si discrepaba de la interpretación comunitaria llevada a cabo por el Tribunal Supremo.

Y así lo hizo con el Auto de planteamiento en el que después de referir la normativa y la jurisprudencia nacional, así como las alegaciones de las partes, señalaba que ni las normas ni los convenios o pacto de empresas establecían ningún tipo de registro de la jornada para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo y específicamente sobre la realización de horas extraordinarias, ya que la

empresa utilizaba solamente una aplicación informática que únicamente permitiría registrar las ausencias de días completos (vacaciones, bajas por enfermedad, etc.).

En dicho Auto la Audiencia Nacional plantea sus dudas sobre la interpretación que venía realizando el TS (en las sentencias anteriormente referidas) sobre la normativa comunitaria. Y para ello daba los siguientes argumentos:

- El dato estadístico de que el 53,8% de las horas extraordinarias realizadas en España no se registraban.
- Igualmente, se hacía eco de dos informes de la Dirección General de Empleo del Ministerio de empleo en los que se indicaba que para comprobar si se han realizado horas extraordinaria sería preciso conocer con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo efectuadas.
- Igualmente le refiere al TJUE que la interpretación del TS supone, en la práctica, que los trabajadores no tienen medios probatorios de acreditar la realización de la jornada por encima de la ordinaria, dejando al arbitrio de la empresa el cumplimiento de la jornada, su propia retribución y los periodos de descanso.

Todo ello considera el Auto que no respetaría lo dispuesto en la Directiva 2003/88 en cuanto a la jornada ni la Directiva 89/391 en cuanto a las atribuciones de los representantes de los trabajadores ni la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, formulando las siguientes preguntas:

«1) ¿Debe entenderse que el Reino de España, a través de los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, según vienen siendo interpretados por la doctrina jurisprudencial [española], ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y del descanso semanal y diario que establecen los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva [2003/88] para aquellos trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?

2) El artículo 31, apartado 2, de la [Carta] y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva [2003/88], en relación con los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva[89/391], ¿deben interpretarse en el sentido de que se

oponen a una normativa nacional interna como son los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial [española] consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresa[s] el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?

3) *¿Debe entenderse que el mandato perentorio dirigido a los Estados miembros, establecido en [el] artículo 31, apartado 2, de la [Carta] y [en] los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva [2003/88], en relación con los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva[89/391], de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores en general se asegura para los trabajadores ordinarios con la normativa nacional interna, contenida en los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial [española] consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias, a diferencia de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?»*

*f. Conclusiones del Abogado General*²⁷¹

En fecha 31 de Enero de 2019 se emitieron las conclusiones del Abogado General que tras repasar la normativa nacional y comunitaria reformula las cuestiones planteadas en el sentido de si resulta adecuada a esta última la regulación de los arts. 34 y 35 del E.T., de “...*los que no resulta la obligación de las empresas de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?*”.

Para ello y ante las tesis divergentes mostradas por quienes habían comparecido, comienza resaltando cual sería el objeto de la Directiva 2003/88, que concretaría en el establecimiento de disposiciones mínimas “...*destinadas a mejorar la protección de la*

²⁷¹ Sr. G. Pitruzzella.

salud y la seguridad en los lugares de trabajo ...”, estableciendo para ello periodos de descanso mínimo:

- Descanso diario de once horas consecutivas en el curso de cada periodo de 24 horas.
- Descanso semanal de 24 horas cada siete días.
- Máximo de 48 horas de trabajo a la semana, incluidas las extraordinarias.

Resalta que tales limitaciones serían expresión de las tradiciones constitucionales y supondrían igualmente una aplicación del art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dispone que “...*todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad*”, así como a la “...*limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas*”. A partir de ello considera que se trata de disposición de especial importancia para garantizar la seguridad y salud y no solo en interés del trabajador sino también del empresario y del interés general.

A partir de ello resalta:

- que cualquier interpretación de la normativa comunitaria, Carta y Directiva 2003/88, debe “...*permitir el disfrute pleno y efectivo de los derechos subjetivos que reconoce a los trabajadores, lo que implica que se deba eliminar cualquier obstáculo que en la práctica pueda limitar o menoscabar tal disfrute*”,
- y que, como ha reiterado el TJUE, “...*el trabajador es la parte débil de la relación laboral, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos*”.

Por ello, continúa señalando que a la hora de transponer la Directiva se deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar el efecto útil de la misma, o lo que es lo mismo, se garantice efectivamente la plena aplicación, siendo la norma nacional “...*suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos*”. Y por parte empresarial, a su vez, existiría la obligación de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores puedan ejercer sus derechos sin obstáculos.

A partir de tales consideraciones analiza el caso concreto y si la inexistencia de un sistema de registro de la duración y del horario de la jornada, vacía o no los derechos reconocidos en la Directiva 2003/88, frustrando el efecto útil de la misma. Y contesta positivamente a tal interrogante, señalando que la alegación de que el trabajador puede acudir a los tribunales no deja de ser una quimera ya que la probanza de tal hecho es difícil, teniendo en cuenta la dificultad de testifical ante el recelo de posibles represalias, mencionando informe de la Dirección General de Empleo en el que se ponían de manifiesto tales dificultades. Igualmente cita jurisprudencia del propio TJUE (sentencia de 30 de mayo de 2013, C-342/12), en la que ya se había indicado que la obligación del empresario de proporcionar a la autoridad competente el acceso inmediato al tiempo de trabajo podría ser necesaria para una aplicación eficaz de la normativa en materia de condiciones de trabajo.

Por último, refiere igualmente que la inexistencia de sistemas de control limitaría de forma importante el derecho de información de los representantes sindicales en materia de salud y seguridad social, que les confiere la Directiva 89/391 y la propia Carta de Derechos Fundamentales (art. 27), oponiéndose a la alegación de que tal registro horario podría afectar a normativa relativa a la protección de datos.

Concluye señalando que:

- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea y la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que imponen a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores, y que se opone a una normativa nacional de la que no resulta esa obligación.
- Que los Estados miembros tienen libertad para establecer la forma de registro que consideren más adecuada para la concepción del efecto útil del Derecho de la Unión.
- Que caso de que exista normativa nacional que se oponga a esa interpretación, el órgano nacional ha de dejar de aplicarla.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 14 de mayo de 2019 se dictó la Sentencia por el TJUE, Gran Sala, que esencialmente recoge las conclusiones generales del Abogado General y finalizaba señalando que los preceptos correspondientes de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, 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.”

Es de destacar que la Sentencia pone énfasis en resaltar que el derecho de los trabajadores a la limitación del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diario y semanal no derivarían de una norma del Derecho de la Unión de importancia relativa, sino que estaría consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales que a tenor del art. 6 del TUE tendría el mismo valor jurídico que los Tratados.

Reitera distintas consideraciones realizadas en las conclusiones del Abogado General:

- Que tales derechos fundamentales no se pueden interpretar restrictivamente.
- Que el objetivo de la Directiva 2003/88 es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, mediante una armonización de las normas nacionales.
- Que el fin de las normas analizadas es mejorar la seguridad y la salud, permitiendo periodos mínimos de descanso.
- Que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para lograr esos objetivos.
- Que las medidas concretas a adoptar serían de competencia de los Estados.
- Que tales medidas han de tener en cuenta que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, y la dificultad de la probanza de los

incumplimientos empresariales, y ello tanto para el trabajador, como para las autoridades laborales y tribunales nacionales competentes.

- Que la obligación única de registrar las horas extraordinarias no sería un medio eficaz capaz de garantizar que no se sobrepasa la duración de la jornada y que se respetan los descansos.
- Que la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita el control horario y de descanso es una obligación de los Estados miembros y de los empresarios.
- Que no se habían identificado por el Gobierno Español ni por la empresa demandada los obstáculos prácticos que le impedirían implantar, con un coste razonable, un sistema que permita el control horario de cada trabajador.

A partir de tales consideraciones recuerda la exigencia de interpretación conforme que incluye la obligación de los órganos nacionales de modificar, incluso, la jurisprudencia consolidada si la misma conlleva una interpretación del derecho nacional incompatible con los objetivos de la normativa, lo que le lleva a declarar 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”.

h. Conciliación judicial

En fecha 4 de junio de 2019 se celebró conciliación ante la Letrada de la Administración de Justicia de la Audiencia Nacional, sala de lo Social, en la que las partes manifestaron “...que a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2019 de

8 de marzo se está negociando en el seno de la empresa la implantación de registro de jornada diario y se comprometen a seguir con dicha negociación”. El mismo día se dictó Decreto por la LAJ por el que se acordó “*Aprobar la avenencia alcanzada entre las partes en el día de la fecha y el archivo de las actuaciones*”.

i. Breve valoración

Es de resaltar que la Sentencia es de fecha 14 de mayo de 2019 y el Real Decreto Ley 8/2019, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que aprobó la modificación que introdujo la obligación del registro horario, se aprobó el 8 de marzo del mismo año.

En el capítulo III, bajo la rúbrica de Medidas de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, el artículo 10 estableció la obligación del registro de jornada, modificando el artículo 34 del ET, añadiendo un nuevo apartado con la siguiente redacción: “*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 establece 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.*”

Las conclusiones del Abogado General, de 31-1-19, junto a las referencias que había hecho la STS 246/2017, de 23 de marzo, en el sentido de que “*...de lege ferenda convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias...*”, seguro que coadyuvaron definitivamente en dicha reforma legislativa que afrontó uno de los problemas de nuestro sistema de relaciones laborales que no era otro que el hecho de que se realizaran más de 6 millones de horas extras no remuneradas, con el evidente perjuicio que ello suponía no solo para los trabajadores sino también para las empresas cumplidoras y también para la seguridad social.

Así pues, el legislador nacional dio respuesta normativa a la cuestión prejudicial planteada. Sin embargo las partes no comunicaron dicho extremo al TJUE que acaba

dictando dos meses después sentencia considerando que el derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal no solo constituye una norma del Derecho social de la Unión de especial importancia, sino que también está expresamente consagrado 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 Tratados²⁷², evidenciando con ello el acierto de la nueva regulación normativa interna.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es la de 19 noviembre de 2019. ROJ: STS 3880/2019, ECLI:ES:TS:2019:3880

Comentada anteriormente al citarse el caso 303/98. La mentada sentencia refiere el caso 55/18 al desestimar que se pueda considerar que estamos ante una actividad remunerada por el solo hecho de que exista constancia de las horas de acceso y abandono de las instalaciones del aeropuerto.

Así cita la STJUE al señalar que “...*Que exista constancia (al parecer, magnética) de las horas de acceso y abandono de las instalaciones del Aeropuerto no significa que estemos en presencia de un registro de jornada en el que conste que se está prestando actividad remunerada desde ese mismo momento (STJUE 14 mayo 2019, C-55/18). En la citada Instrucción se prevé que haya un "parte diario" en el que consten las incidencias en la toma y deje del servicio, concordando así con el dato de que el inicio y final de la prestación de servicios ocurre en el Parque SSEI, donde se realiza el relevo en las condiciones previstas por la misma y presupuestas por el propio convenio colectivo.*

- La última que la cita es la reciente del STSJ Galicia 08 de julio de 2020. ROJ: STSJ GAL 4186/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:4186, si bien se desestima el recurso por razón de la cuantía sin entrar en el fondo de la controversia.

El recurso se formuló frente a sentencia parcialmente estimatoria interesando condena en cuanto al exceso de jornada alegando la STJUE como jurisprudencia infringida, a tenor de lo dispuesto en el art. 193.c de la LRJS.

²⁷² González González, Carlos. *Registro de la jornada y problemas en la determinación de la jornada efectiva de trabajo*, Aranzadi (Colección Guías Prácticas), 2020.

2. Materias relacionadas con el periodo de descanso de vacaciones

EL TJUE se ha pronunciado hasta en cuatro ocasiones en relación a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos de la jurisdicción social relativas a disfrute de vacaciones, y ello en relación a la incidencia que, sobre las mismas tienen procesos de maternidad, en una ocasión, o procesos de incapacidad temporal por accidente, en tres ocasiones.

2.1. Coincidencia del periodo de las vacaciones y el permiso de maternidad

✓ STJUE 18 marzo 2004. Caso Merino Gómez. C-342/01

a. Identificación de la sentencia

La primera resolución en que el TJUE responde a dudas planteadas por órganos judiciales españoles relativas a interpretación de normativa europea reguladora del tema de las vacaciones, es la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) en fecha 18 de marzo 2004²⁷³, en contestación a Auto planteado por el Juzgado de lo Social 33 de Madrid en fecha 3 de septiembre de 2001.

b. Problema suscitado

El Auto de planteamiento es del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid con ocasión de demanda formulada por la Sra. Merino Gómez frente a Continental Industrias del caucho y los hechos cabe resumirlos en los siguientes:

- Aplicación de convenio sectorial de la Industria Química.
- El convenio remitía, en cuanto al periodo de disfrute de las vacaciones, al acuerdo entre el comité de empresa y la dirección de ésta.
- Se acordó entre empresa y representantes el periodo de vacaciones de todos los trabajadores.
- El periodo de disfrute de vacaciones de la Sra. Merino coincidió, parcialmente, con el periodo de baja por maternidad.
- La trabajadora interesa disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la maternidad, negándosele por la empresa.

²⁷³ Asunto María Paz Merino Gómez contra Continental Industrias del Caucho, S.A. Identificación: ECLI:EU:C:2004:160. Ponente: N. Colneric.

- Se formula demanda que corresponde al Juzgado de lo Social 33 de Madrid, quien plantea la cuestión prejudicial.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo aplicable en la fecha en que se produce la controversia venía dado por los arts. 38 y 48.4 del ET., así como la norma convencional

Así el art. 38 del E.T., disponía que *“Vacaciones anuales.*

1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.

2. El período o períodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.

En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.

3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute”.

Por su parte el art. 48 del E.T., regulaba los supuestos de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo y su apartado 4, disponía que: *“...4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión...”.*

En fin, el convenio colectivo de aplicación disponía en su art. 43 que:

- *“...El régimen de vacaciones anuales retribuidas del personal afectado por el presente Convenio será de treinta días naturales para todos los trabajadores.*

- *De esta vacación, como mínimo, quince días naturales habrán de disfrutarse de forma ininterrumpida entre los meses de junio a septiembre. La vacación anual no podrá ser compensada en metálico.*
- *El cuadro de distribución de las vacaciones se expondrá con una antelación de tres meses, como mínimo, en los tablones de anuncios, para conocimiento del personal...”.*

De tal normativa estatutaria y convencional el juzgador colige que el calendario de vacaciones se había acordado entre representantes de los trabajadores y la empresa en aplicación de la normativa estatal y convencional, por lo que, según la misma, una vez fijado colectivamente el periodo de disfrute de vacaciones no cabía modificarse por el hecho de periodos de incapacidad temporal ni siquiera de maternidad.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Lógicamente con la perspectiva temporal de la fecha de este trabajo el tema resulta pacífico y plenamente integrado en la cultura de las relaciones de trabajo de nuestro país. Sin embargo, el 3 de septiembre de 2001, fecha del Auto de planteamiento, la contestación a dicha interrogante sobre la adecuación de la normativa nacional a la europea era claramente distinta como ponía de manifiesto el Auto de planteamiento del Juzgado Social 33 de Madrid.

Así el Auto se hace eco de lo doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 11 de septiembre de 1995 y 27 de junio de 1996. En la primera de ellas y en supuesto idéntico al que dio lugar al planteamiento del Auto, el Tribunal Supremo había sido contundente al señalar que *“...fijado convencionalmente el período de disfrute colectivo no es factible fijar un nuevo señalamiento para personas determinadas que estuvieren de baja por I.L.T. a tenor de lo prevenido en el artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, aplicable al presente caso”.*

Entre los fundamentos de tal conclusión se señalaba que

- *“... Carece de toda consistencia jurídica argüir que la decisión de la empresa de no autorizar a la demandante el disfrute individualizado de las vacaciones porque el motivo expuesto entrañe una discriminación por razón del sexo prohibida por el artículo 14 de la Constitución...puesto que es evidente que aquella decisión se basa en el*

referido pacto colectivo que afecta a todo el personal de la empresa cualquiera que sea su sexo.”,

- así como que “...*tampoco puede servir de apoyo a la pretensión de la actora el artículo 39 de la Constitución referente a la protección de la familia y concretamente de la madre puesto que este principio exige ser desarrollado por una Ley (artículo 53,3) y precisamente en el ámbito laboral el Estatuto de los Trabajadores le concede un permiso por lactancia (artículo 37,4), una excedencia por cuidado de hijos (artículo 46,3) y período de descanso de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables a dieciocho por parto múltiple (artículo 48,4). Siendo claro que estos derechos no pueden amparar al que pretende la actora respecto a las vacaciones”.*

Tenía que ser igualmente conocedor el titular del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid del criterio que, hasta esa fecha, mantenía sobre la cuestión la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁷⁴, por lo que era consciente de que cualquier pronunciamiento favorable a la actora tendría poco recorrido, a pesar de los pronunciamientos que ya se habían dado por el TJUE y de las distintas Directivas aplicables, por lo que accionó el mecanismo de la cuestión prejudicial.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El planteamiento de la cuestión prejudicial se realizó desde distintas perspectivas y con apoyo en normas de Derecho originario y de Derecho derivado.

²⁷⁴ STSJ de Madrid de 13 de julio de 1999, R. Suplicación 810/1999 que fundamentaba la confirmación de la Sentencia de instancia que había desestimado la demanda de la actora en análogos motivos, señalando que “...*El empresario limita sus obligaciones respecto a la concesión de vacaciones al período pactado y si incide en él alguna circunstancia fortuita, como es la enfermedad, es evidente que no existe derecho al señalamiento de un posterior período, según se desprende de las Sentencia que la Sala IV del Tribunal Supremo de 27-6-96 que declara que el art. 40.2 de la Constitución y el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores , autorizan a pactar un período para el disfrute de las vacaciones y que en tal caso no es posible fijar un nuevo señalamiento para las vacaciones a las personas que estuviesen de baja por incapacidad temporal o por maternidad, por imperativo del pacto colectivo, sin que a ello sea obvio el artículo 18 del Convenio Colectivo que se refiere al supuesto de quien ya está en situación de incapacidad temporal antes de ser fijada la fecha de las vacaciones, pero no a quien tiene ya pactadas las vacaciones. Por ello que el Juez "a quo" no ha infringido tal norma pactada por lo que debe ser confirmada la sentencia recurrida con la consiguiente desestimación del recurso”.*

Así respecto al Derecho originario citaba el tratado de Roma²⁷⁵, en su versión actualizada tras el tratado de Ámsterdam. En concreto el art 136 señalaba como objetivo de la Comunidad y de los Estados miembros “...*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...*”. Igualmente, el art. 137.1 que señalaba que para alcanzar tales objetivos resultaba necesario la mejora de distintos ámbitos, el entorno de trabajo, salud y seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, etc.

En cuanto al Derecho derivado citaba:

- 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 (arts. 5, apartado 1)
- 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 periodo de lactancia. (art. 11, apartado 2, letra a) y la
- Directiva 93/104/CE, de 23 noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (art. 7, apartado 1).

A partir de tal normativa comunitaria el Auto considera que el principio de igualdad de trato y no discriminación de la mujer por razón de embarazo y/o lactancia obligaría a:

- Que, si se solapan los descansos de maternidad y los de vacaciones, se tendría derecho a disfrutar de este último en periodo no coincidente, ya que la privación del derecho al disfrute en otro momento derivaría únicamente de su maternidad.
- Que no sería obstáculo para ello la existencia de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, que en todo caso deberían haberlo

²⁷⁵ Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 y su actualización por el tratado de Ámsterdam en fecha 2 de Octubre de 1997.

tenido en cuenta a fin de no vulnerar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo

Dos fueron las interrogantes formuladas:

- 1) una principal, consistente en las consecuencias del solapamiento de baja por maternidad con periodo de vacaciones colectivamente fijadas,
- 2) y una secundaria, consistente en si la mejora que existía en la legislación española respecto a la comunitaria, en cuanto al periodo mínimo de vacaciones (30 y 28 días respectivamente), se habría de considerar en la misma forma que el resto.

*f. Conclusiones del Abogado General*²⁷⁶

Las Conclusiones del Abogado General, fueron totalmente favorables al razonamiento en que se sustentaban las interrogantes formuladas, compartiendo el criterio del Juzgado de instancia en el sentido de la aplicabilidad de las Directivas sobre igualdad de trato hombre mujer, salud de la trabajadora embarazada y ordenación del tiempo de trabajo.

g. La sentencia del TJUE

Finalmente, la Sentencia dictada por el TJUE en fecha 18 de marzo de 2004 asumió los argumentos compartidos por el Auto de planteamiento y por las conclusiones del Abogado General.

Con carácter previo resaltó principios generales, señalando que:

- el derecho a disfrutar vacaciones anuales es un principio de Derecho social comunitario de especial importancia, y no pueden establecerse excepciones;
- resaltó igualmente la finalidad distinta de vacaciones y permiso de maternidad. La de las vacaciones es “*poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud*”; por su parte el permiso de maternidad tiene como objetivo “*...la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y*

²⁷⁶ Sr. J. Mischo.

después de este, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo”.

De otro lado recuerda que el objetivo que pretende conseguir la Directiva 76/207 es el de “...una igualdad material y no formal”, siendo así que “...el embarazo y la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo”.

A partir de ello y de la consideración conjunta “...de los artículos 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 (llega a la conclusión de que) han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el periodo de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla”.

Por último y en relación a la segunda cuestión planteada, a tenor de la duración mayor de las vacaciones según la legislación española, 30 días, en relación con la comunitaria, 28 días, considera que, si el Estado ha optado por una mejora, dicha mejora igualmente se ha de interpretar bajo el prisma de la Directiva 92/85/CEE²⁷⁷, y por tanto considerarse en la misma forma que el resto del periodo de vacaciones.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 29 de abril de 2004 se dictó Sentencia por el Juzgado Social número 33 de Madrid²⁷⁸, estimando íntegramente la demanda en los dos aspectos referidos:

- en primer lugar, el derecho a disfrutar vacaciones por el periodo coincidente con el que hubiera estado en baja por maternidad, y
- el segundo, de reconocer que el mismo derecho abarca a todo el periodo de vacaciones reconocido en el convenio colectivo, no solo a las 4 semanas reconocidas en derecho comunitario, sino a los 30 días establecidos en la normativa española.

²⁷⁷ Se trata de fundamentación que se recoge en otras muchas SSTJUE, que vienen resaltando que una vez que cae dentro del ámbito de aplicación de una Directiva, la mejora nacional se ha de interpretar de acuerdo con la normativa comunitaria.

²⁷⁸ Sentencia nº 167. autos 442/2001.

i. Breve valoración

La Sala respondió a la primera cuestión, afirmando que los artículos 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 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 de la totalidad de la plantilla, reforzándose así, la “priorización del disfrute efectivo del derecho a las vacaciones, aun cuando ello conlleve su desplazamiento más allá del año de devengo, sin que quepa la compensación económica por finalizar dicho período, aun concurriendo intereses económicos u organizativos de la empresa”²⁷⁹.

La Sentencia tuvo repercusión en la legislación española al introducirse un segundo párrafo en el apartado 2º del art. 38 del E.T., por la Ley orgánica 3/2007, que dispuso que : “...*Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.*”

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS fue de 29 de octubre de 2012 (ROJ: STS 7460/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7460 en recurso de casación para la unificación de doctrina que desestima demanda de la empresa frente a STJ de Galicia que confirmó Sentencia de Juzgado de lo Social.

La cuestión planteada en unificación de doctrina consiste en determinar si cuando coincide el periodo fijado de vacaciones anuales en el calendario laboral con la situación de incapacidad temporal del trabajador iniciado antes del fijado periodo vacacional se tiene o no derecho a disfrutar del mismo, y en especial si tiene derecho al disfrute fuera del año natural al que corresponden. Se insiste por el Supremo en la

²⁷⁹ Gallego Moya, Fermín. “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 227, 2020, págs. 147-172.

doctrina del TJUE en cuanto a que el derecho a las vacaciones constituye un principio del Derecho social comunitario de especial importancia. Se cita igualmente la STJUE de 10 de septiembre de 2009, el caso Merino Gómez, C-342-01 así como el Vicente Pereda (C-277/08).

- La última STS fue la de 04 de julio de 2018 - ROJ: STS 3124/2018 ECLI:ES:TS:2018:3124, que estima recurso de casación para unificación de doctrina frente a STSJ PV que revocó sentencia el juzgado de lo social que había estimado la demanda de la actora.

Se sometió a Unificación de Doctrina si tiene derecho al disfrute de las vacaciones los trabajadores en situación de incapacidad temporal, en un periodo posterior al establecido. La singularidad venía dada por tratarse de días de vacaciones que superan el mínimo legal y que se establecen para Navidad. Pone de relieve el artículo 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, no permitiendo excepciones al tratarse de un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, otorgado directamente por la Directiva a cada trabajador, por lo que citando la doctrina del caso C 342-01 concluye que no hay “...distinción alguna respecto a diferentes periodos vacacionales y ninguna duda ofrece su absoluta aplicabilidad a la integridad del derecho a vacaciones de los trabajadores”.

2.2. Coincidencia del periodo de vacaciones y la preexistente Incapacidad temporal por accidente

✓ STJUE 10 de septiembre de 2009. Caso Vicente Pereda. C-277/08

a. Identificación de la sentencia

Seis años más tarde se volvió a plantear cuestión prejudicial sobre tema de vacaciones que dio lugar a la respuesta del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de septiembre de 2004, que traía causa del Auto del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid de 17 de junio de 2008.²⁸⁰

b. Problema suscitado

En este caso los hechos tienen analogías y diferencias respecto al caso anterior. Así cabe resumirlo en los siguientes apartados.

²⁸⁰ Asunto Francisco Vicente Pereda contra Madrid Movilidad SA. Identificación: ECLI:EU:C:2009:542. Ponente. E. Levits.

- Existe igualmente calendario de vacaciones para el año 2007 fijado entre empresa y representantes de los trabajadores.
- El trabajador sufre accidente de trabajo antes del inicio de las vacaciones.
- Al trabajador se le da de alta dos días antes de finalizar el periodo de disfrute de vacaciones asignado.
- El trabajador solicita a la empresa el disfrute de vacaciones en periodo distinto, lo que es denegado.
- El trabajador formula demanda sobre “*Derecho al disfrute de vacaciones*”, por considerar que el periodo de coincidencia de la I.T. con las vacaciones programadas no se habría de computar a efectos de vacaciones, y fijando la fecha en que quería disfrutar las mismas dentro del propio año natural (año 2007).

c. Marco normativo coetáneo

La normativa española venía dada por el Art. 38 E.T, modificado por la ley 11/94, y con el último párrafo introducido por la Ley orgánica 3/07, que disponía:

“Vacaciones anuales.

1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.

2. El período o períodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.

En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.

3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad

temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Posterior a la sentencia ya referida del TJUE (Caso Merino Gómez, C-342/01.), el Tribunal Supremo²⁸¹ se hizo eco de la misma, señalando que “... *la situación de incapacidad temporal que surge con anterioridad al periodo de vacaciones establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta, por la prestación de servicios en la empresa”.*

Parecía con ello que el tema del solapamiento de vacaciones con periodo de Incapacidad temporal estaba ya clarificado. Sin embargo, la STS de 11-7-06 (Rec. 87/2005) introdujo de nuevo dudas importantes, al señalar que la doctrina comunitaria hacía referencia exclusivamente a la protección del derecho de la mujer al descanso después del parto para su rehabilitación, así como el cuidado del hijo²⁸², por lo que no sería de aplicación al supuesto de hecho de coincidencia IT-Accidente/Vacaciones.

Tal criterio fue ratificado en STS de 3-10-07 (núm. 5068/2005), dictada en Sala General, con cuatro votos particulares, y en la que se señaló que “... *La obligación legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador es una obligación de medio y no de resultado, que se ciñe, salvo ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones. Así lo establece implícitamente el art. 38 ET. Estos acuerdos bilaterales de determinación*

²⁸¹ STS de 10 de noviembre de 2005, RCU 4291/2004.

²⁸² “*La doctrina establecida por dicho Tribunal Europeo hace referencia a la protección del derecho de la mujer al descanso post- parto para su rehabilitación física y para el cuidado de la criatura que dio a luz, sin que, por tanto, quepa extender dicha doctrina, sentada en cuestión prejudicial planteada respecto a los artículos 7.1 de la Directiva 93/104; 11.2.a) de la Directiva 92/85 y 5.1 de la Directiva 76/207 de la CEE, aún en caso, como el que se enjuicia en estos autos, relativo al derecho a disfrutar, en período distinto al establecido en el calendario vacacional, el permiso de vacaciones cuando se superpone una situación de incapacidad temporal que impide su disfrute en el tiempo, previamente, establecido en la empresa”.*

de la fecha de disfrute de las vacaciones tienen un claro propósito de ajuste o compromiso entre el interés productivo del empresario y el interés del trabajador a desarrollar actividades de tiempo libre en el período de vacaciones. Como sucede en todo ajuste o compromiso, puede haber sacrificios y cesiones de preferencias por una u otra parte. Entre los sacrificios posibles para el empresario figura la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados de vacaciones; entre los sacrificios posibles para el trabajador figura la asunción del riesgo de incapacidad temporal una vez que el período de vacaciones ha sido fijado regularmente”. Fundamentación que se apoyaba en Sentencia del Tribunal Constitucional numero 324/06 de 20 de noviembre de 2006²⁸³.

Con tales precedentes jurisprudenciales de nuevo se ve “forzado” el Jugador a plantear la cuestión prejudicial, ya que cualquier pronunciamiento en sentido contrario a dicha doctrina, llevaría a un pronunciamiento final desfavorable al trabajador.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Tales precedentes jurisprudenciales, así como la normativa estatal y convencional son analizados por el Juzgador de Instancia antes de confrontarlos con la normativa comunitaria, Directiva 2003/88/CE y su específico objetivo.

Para ello refiere distintos textos normativos que hacen referencia a las vacaciones, como la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de Estrasburgo (1989) y Niza (2000) y la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto vacaciones anuales pagadas como un derecho social fundamental. Igualmente resalta principios de la OIT en cuanto a la distribución de estas y el propio Tratado de la UE.

A partir de ello considera que la Directiva tiene por objeto “...establecer las disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las disposiciones nacionales relativas, en particular, a la duración del tiempo de trabajo” (punto 37), así como la “...ordenación más flexible de los descansos y del tiempo de trabajo”, garantizando “...el cumplimiento de los principios de la seguridad y la salud de los trabajadores...”, posibilitando

²⁸³ “...en principio, el trabajador que, por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una incapacidad laboral, no puede disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas”.

periodos de descanso y pausa adecuados mediante la “...*limitación de la jornada laboral*”. Y todo ello tendiendo a “...*armonizar las disposiciones nacionales relativas a la duración del tiempo de trabajo*”.

Sigue la exposición el Juzgador de instancia reflexionando sobre el concepto mismo de vacaciones como descanso adecuado. Así a tenor del art. 2.9 de la Directiva, serían periodos regulares de descanso “*adecuado*”, suficientemente continuos para elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. La consideración de “*adecuado*” la pone en relación con su finalidad de “...*permitir una mejora de las condiciones de vida y de trabajo*” resaltando que ello se consigue mediante la retribución de dicho periodo, ya que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución constituyen dos vertientes de un único derecho.

En cuanto a la relación normativa comunitaria/normativas nacionales, se hace eco del informe de la Abogada General en caso *Stringer*²⁸⁴, señalando que la remisión que hace el art. 7, 1 de la Directiva a las legislaciones nacionales lo es en cuanto a la planificación de los periodos, o la comunicación previa de su disfrute, o el mínimo de trabajo para generar el derecho y su cálculo proporcional etc. En definitiva, aspectos relacionados con la obtención y concesión.

Pero ello sería distinto al propio derecho a las vacaciones anuales retribuidas que emanaría de la normativa comunitaria como derecho fundamental que no podría verse sometido por las normativas nacionales a excepciones que únicamente podría superar los mínimos reconocidos (28 días). Por último, recuerda dos ideas esenciales de otros pronunciamientos del TJUE:

- la relativa a que un permiso garantizado por el Derecho Comunitario no puede menoscabar otro permiso también garantizado²⁸⁵, lo que igualmente vendría reconocido por el art. 5-4 del Convenio 132 de la OIT;
- y de otro que no existiría el límite temporal de un año o de 18 meses a partir del final del año para concederse y disfrutar las vacaciones pagadas.

²⁸⁴ C-520/06.

²⁸⁵ C-519/03 apartado 33 y C-342/01 apartado 41.

Por su parte la finalidad de la incapacidad temporal es bien distinta, resaltaba el Juzgador de Instancia, está destinada a sanar, no atiende a la prevención, sino a la curación, no es tiempo libre, sino tiempo vinculado a los tratamientos médicos o al reposo para lograrla, manteniéndose obligaciones como la de acudir a revisión y controles médicos.

Finaliza señalando el Auto de planteamiento que tanto los objetivos de las Directivas como los pronunciamientos anteriores del propio TJUE, permiten considerar razonablemente que no cabe admitir la excepción al derecho de vacaciones anuales por la circunstancia de haber estado en situación de incapacidad temporal por accidente durante el periodo previamente programado, lo que le permite cuestionar los pronunciamientos del T.S. y justifican el propio planteamiento de la cuestión prejudicial, que lleva a cabo en los siguientes términos:

“¿Debe interpretarse el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE en el sentido de que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincide en el tiempo con una incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo acaecido antes de la fecha prevista para su inicio, el trabajador afectado, una vez dado de alta médica, tiene derecho a disfrutar las vacaciones en fechas distintas a las preestablecidas, haya concluido o no el año natural a que correspondan?»”.

f. Conclusiones de la Abogada General²⁸⁶

La Abogada General, solicitó que se dictara pronunciamiento sin que se emitiesen conclusiones.

g. La sentencia del TJUE

La STJUE que finalmente se dicta el 10 de septiembre de 2009 parte del tenor del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE²⁸⁷, resaltando que se trata de un principio del Derecho social comunitario de especial importancia que no admite excepciones y cuya transposición por los Estados miembros se ha de realizar respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva.

²⁸⁶ Sra. V. Trstenjak.

²⁸⁷ “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Refiere la Sentencia que la Directiva no se opone a que se pueda perder el derecho al disfrute de vacaciones cuando haya finalizado el periodo de referencia para ello, pero resalta que ello es siempre que el trabajador “...haya tenido la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva”, por lo que, a sensu contrario, no se pierde si ha estado en situación de enfermedad no pudiendo ejercer tal derecho, remitiéndose a sentencia precedentes (C-350/06 y C-520/06). A tales efectos recuerda el objetivo de las vacaciones, “...protección eficaz de su seguridad y de su salud...”, de que “...descansen y dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento”, claramente distinto del de baja por enfermedad que es “recuperarse” de la misma.

Posteriormente señala que en los casos como el analizado el trabajador “...tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal”. En cuanto a la nueva concreción se habrá de estar a la normativa nacional, teniendo en cuenta los intereses de la empresa y sin que se tenga que “...excluir a priori que ese periodo pueda quedar fuera del periodo de referencia de las vacaciones anuales en cuestión”, remitiéndose, en este último punto, a pronunciamientos anteriores²⁸⁸.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 8 de enero de 2010 el Juzgado Social número 23 Madrid dictó sentencia²⁸⁹, estimando la demanda y mencionando diferentes sentencias del TJUE sobre tiempo de trabajo y vacaciones anuales dictadas con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial²⁹⁰, en las que ya se había señalado que supondría una vulneración del derecho que atribuye el artículo 7, aquella norma nacional que restrinja, en caso de IT, su derecho.

Recuerda la Sentencia que durante la tramitación de la cuestión prejudicial y habiéndose dictado STJUE en el asunto *Federatie Nederlandse Vakbeweging contra Staat der Nederlanden*, C-124/05, nuestro Tribunal Supremo en importantísima y controvertida Sentencia de fecha 24 de junio de 2009²⁹¹ ya había señalado que a raíz de

²⁸⁸ C-124/05 y C-350/16.

²⁸⁹ Sentencia nº 2/2010, autos 1132/07.

²⁹⁰ Asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06 apartados 44 y 45.

²⁹¹ RCU 1542/2008. Se emitió voto particular, la discrepancia giraba en torno a la existencia de una doctrina clara del TJUE, lo que debió motivar conforme al artículo 234 (in fine) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el planteamiento de nueva cuestión prejudicial por el propio Tribunal Supremo.

dicha Sentencia del TJUE se hacía obligatoria una “*nueva lectura de los textos internos*”.

Efectivamente la STS había resaltado que si bien el caso C-124/05 no era totalmente idéntico al que analizaba (tampoco respecto a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social 23 de Madrid que se analiza), cabía considerar aplicables los principios señalados en el mentado caso “... *como elemento interpretativo de nuestra propia legislación, que -como más arriba señalamos- no dispone de previsión específica sobre la cuestión litigiosa y se presta a diversidad de interpretaciones, que entendemos han de decantarse en favor de la más acorde a aquellos principios, para llegar así a una solución que comporta la protección del derecho a vacaciones en términos no inferiores a la otorgada por la sentencia Shultz-Hoff a los específicos supuestos de que la misma trataba*”.

Concluye la Sentencia del Juzgado de lo Social número 33 indicando que “...*de la jurisprudencia comunitaria - particularmente de las dos sentencias referidas, dictadas una, con posterioridad a plantearse la cuestión prejudicial por este Juzgado, y la otra, resolviendo precisamente la misma - se deduce que este derecho a las vacaciones anuales, en el caso de no haber podido disfrutarlas por motivo de incapacidad temporal, no puede resultar afectado ni por las normas convencionales pactadas, ni por cualquiera otras disposiciones nacionales que impidan la constitución o nacimiento de dicho derecho*”.

i. Breve valoración

De nuevo el caso evidencia la importante contribución del TJUE al proyecto europeo, al aportar una continua comunicación entre los tribunales nacionales, los poderes legislativos y el TJUE, dado que las resoluciones del mismo tienen posterior repercusión en cambios bien legislativos, bien de la propia doctrina del Tribunal Supremo. De otro lado no cabe olvidar lo que se denomina como efecto mariposa de las cuestiones prejudiciales, en el sentido de que cualquier cuestión planteada por cualquier órgano judicial europeo puede tener repercusión final, a través de la correspondiente STJUE en cualquier rincón europeo.

En este caso se evidencia que durante el íterin de su tramitación se produce el cambio de la propia doctrina del TS, al amparo de la interpretación de la anterior Sentencia del caso Merino Gómez.

Sin embargo quedarían, a esa fecha, como apunta el profesor Sempere Navarro²⁹² cuestiones pendientes, tales como: “a) «A petición» del trabajador hay que fijar nueva fecha (S. 10 septiembre), pero ¿es un derecho disponible? b) El Derecho Comunitario «no se opone a que un trabajador en situación de baja por enfermedad disfrute durante dicho período las vacaciones» (S. 10 septiembre), pero ¿puede hacerse sin modificaciones legales? c) ¿Vale la misma solución para el caso de la IT sobrevenida, en lugar de preexistente? d) ¿Vale la misma solución para otros supuestos suspensivos, y cuáles, de la relación laboral? e) ¿Cuándo prescribe el derecho a vacaciones”, cuestiones, que como se irán viendo más adelante han quedado, en gran parte, resueltas.

De nuevo el caso evidencia la importante contribución del TJUE al proyecto europeo, al aportar una continua comunicación entre los tribunales nacionales, los poderes legislativos y el TJUE, dado que las resoluciones del mismo tienen posterior repercusión en cambios bien legislativos, bien de la propia doctrina del Tribunal Supremo. De otro lado no cabe olvidar lo que se denomina como efecto mariposa de las cuestiones prejudiciales, en el sentido de que cualquier cuestión planteada por cualquier órgano judicial europeo puede tener repercusión final, a través de la correspondiente STJUE en cualquier rincón europeo.

En este caso se evidencia que durante el íterin de su tramitación se produce el cambio de la propia doctrina del TS, al amparo de la interpretación de la anterior Sentencia del caso Merino Gómez.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS fue la de 21 de enero de 2010 - ROJ: STS 496/2010ECLI:ES:TS:2010:496

Analizó el supuesto de trabajador que inicia IT en fecha anterior a las establecida para las vacaciones en el calendario, y si tiene derecho o no a disfrutarlas en otro periodo al previamente fijado. Es una cuestión que había sido recientemente unificada por la sala, en sentencia de 24 de junio de 2009 (rcud. 1542/2008) que recuerda también la anterior doctrina unificada sobre esta cuestión, que sentó la sentencia de Sala General de 3-10-07 (rcud. 5068/2005). Se analiza jurisprudencia del TJUE, entre ellas la

²⁹² Sempere Navarro, Antonio V. “Vacaciones: de Paz Merino a Vicente Pereda, y...” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 791, 2019.

del caso Vicente Pereda y consecuentemente se refiere a la interpretación hermenéutica efectuada del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, en la sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-277/08.

Se estimó el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto, declarando el derecho a disfrutar de los días de vacaciones de los que no pudo hacer uso en las fechas inicialmente previstas, por encontrarse en incapacidad temporal iniciada con anterioridad al comienzo del periodo fijado.

- La última Sentencia es la del STS de 04 de julio de 2018 - ROJ: STS 3124/2018 ECLI:ES:TS:2018:3124 que estimó recurso de casación frente a STSJ PV que había revocado sentencia de Juzgado de lo Social.

En la misma se señaló que “.. *Esa misma doctrina se confirma en la STJUE 10 septiembre 2009, Vicente Pereda, C-277/08 -en respuesta a una prejudicial española- (reiterada en la STJUE 30 junio 2016, Sobczyszyn, C-178/15), que precisó que son contrarias a la Directiva las disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador en situación de incapacidad temporal, durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa, no tiene derecho, tras el alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, y, por tanto, en su caso, fuera del período de referencia de que se trate. Y en la STJUE 21 junio 2012, ANGED, C-78/11 (reiterada en el ATJUE 21 febrero 2013, Maestre García, C-194/12), se añadió incluso que carece de pertinencia el momento en que sobreviene la incapacidad. Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral”.*

2.3. Coincidencia del periodo de vacaciones y la preexistencia de incapacidad temporal por enfermedad

✓ STJUE 21 de junio de 2012. Caso Asociación Nacional de Grandes empresas de distribución. C-78/2011

a. Identificación de la sentencia

En fecha 26 de enero de 2011 se formula la tercera cuestión prejudicial que se plantea por órgano judicial español referido a vacaciones y tiene la doble singularidad

de que se plantea por el Tribunal Supremo²⁹³ y que trae origen en demanda de conflicto colectivo planteado por diversos sindicatos frente a asociaciones empresariales, (ANGED, FASGA) dando lugar a Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de junio de 2015²⁹⁴.

La cuestión se plantea por el TS a raíz de recurso de casación formulado frente a Sentencia dictada por la Audiencia Nacional que había estimado la demanda de conflicto colectivo presentada por Sindicatos.

En la demanda de conflicto colectivo se interesó sentencia que declarara que:

- Los trabajadores que, con anterioridad al inicio de periodo vacacional previamente fijado, comiencen una situación de incapacidad temporal, con independencia de la causa que la origine, que se solape o coincida con todo o parte del periodo de vacaciones fijado previamente, tendrán el derecho al disfrute del periodo frustrado de vacaciones en otro momento, una vez finalice la situación de incapacidad temporal.
- El anterior derecho corresponderá aun finalizado el año natural al que correspondan las vacaciones...con independencia de que este coincida en todo o en parte con un proceso de incapacidad temporal y de que esta incapacidad temporal se produzca previamente al disfrute o una vez iniciado el mismo.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 2009 (resolución nº 151/2009) fue estimatoria, declarando “...*el derecho de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo de grandes Almacenes a disfrutar integras sus vacaciones si habiéndose prefijado estas incidiera un proceso de incapacidad temporal al margen de la contingencia que lo cause y a interrumpir el periodo vacacional para el disfrute del periodo no completo si la incidencia del proceso de incapacidad temporal aconteciera durante el periodo de su disfrute, manteniéndose tal derecho aun finalizando el año temporal al que corresponden las vacaciones*”.

²⁹³ La primera fue cuatro años antes, el 17 de marzo de 1997, asunto Aristóteles Grajera, C-153/97, en materia de cálculo de base reguladora de prestaciones de trabajadores que hubieran trabajado en distintos países europeos.

²⁹⁴ Asunto 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. Identificación: ECLI:EU:C:2012:372. Ponente. E. Levits.

En el recurso formulado por las asociaciones empresariales la tesis que se mantenía era la contraria, que los trabajadores afectados por el convenio colectivo de grandes almacenes 2009/2010, no podrían disfrutar del resto de sus vacaciones anuales retribuidas, en el supuesto que durante las mismas iniciaran proceso de incapacidad temporal.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo que considera de aplicación el TS venía dado por:

- El art. 40.2 de la Constitución en el que se indica que los poderes públicos velarán por “...*la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante...las vacaciones periódicas retribuidas ...*”.
- El art. 38 del E.T. que disponía que “1. *El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual...2. El periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los Convenios Colectivos sobre planificación anual de las vacaciones...En caso de desacuerdo...la jurisdicción competente fijará la fecha...3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa...dos meses antes...del comienzo del disfrute.*”
- Igualmente resaltaba lo dispuesto en el segundo párrafo de dicho apartado 3º, que se había añadido precisamente por la Ley orgánica 3/2007, como consecuencia de la STJUE de 18-3-04 (caso Merino Gómez) y que disponía que “...*Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan*”.

- El art. 48.4 del E.T. que regulaba los supuestos de suspensión del contrato por parto, fallecimiento de la madre tras parto, parto prematuro, hospitalización del neonato, adopción o acogimiento.
- El art. 45.1 c) E.T. que establece como causa de suspensión del contrato la “*Incapacidad Temporal de los trabajadores*”.

Por último, refería la regulación dada en el art. 37 del Convenio colectivo del sector de Grandes Almacenes que disponía que

“...1º Los trabajadores disfrutarán entre los meses de junio a septiembre de, al menos, veintiún días naturales interrumpidos de su período vacacional, salvo que ingresen en la Empresa con posterioridad al 1 de septiembre, o su parte proporcional. Las empresas podrán excluir de los turnos de vacaciones aquellas fechas que coincidan con las de mayor actividad productiva.

2º Fuera del anterior período, y en la medida que la organización del trabajo permita, los trabajadores tendrán opción para fijar la fecha de disfrute de su vacación anual...”

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

- El Auto de planteamiento del Tribunal Supremo tiene fecha 26 de enero de 2011 y se hace eco de la doctrina del TC, Sentencia número 324/006, de 20 de noviembre, que había indicado que “...*El derecho a vacaciones anuales retribuidas, sin ser un derecho absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado Social...*” teniendo amparo constitucional, bajo los principios rectores en el artículo 40.2 de la CE.

Refiere el Auto que la doctrina que había mantenido el TS era la de que no era posible reconocer el periodo vacacional en fecha posterior cuando la incapacidad temporal se había iniciado antes del comienzo de dicha vacación, salvo los supuestos excepcionados por el art. 38 del E.T.²⁹⁵.

Sin embargo, resalta, dicha doctrina la habría variado a partir de la STS de 24 de junio de 2009, y siguiendo doctrina del propio TJUE (STJCE 20 de Enero de 2009, asunto Shultz-Hoff), señalando que “...*la situación de incapacidad temporal, que surge*

²⁹⁵ STS de 3 octubre de 2007, RCU 5068/2005 y STS de 20 de diciembre de 2007, RCDU 75/2006.

con anterioridad al periodo vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa”.

A partir de ello y es lo que justificaría el planteamiento de la cuestión prejudicial, recuerda la doctrina del propio TJUE señalando que en todos los supuestos se había pronunciado sobre situaciones de incapacidad temporal iniciadas antes del periodo establecido para el disfrute de las vacaciones y que “...*el supuesto que ahora nos suscita el planteamiento de la cuestión guarda relación con la situación sobrevenida una vez iniciado el disfrute de dicho derecho a vacaciones, y, por tanto, satisfecho el momento inicial del periodo vacacional anual”.*

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Así pues, la novedad que justificó el planteamiento, como resalta el propio Auto al referir que ya existían pronunciamientos previos del TJUE (precisamente los anteriormente comentados, María Paz Merino y Vicente Pereda), es que tales pronunciamientos habían analizado supuestos en los que los procesos de incapacidad se habían iniciado con anterioridad al inicio de las vacaciones programadas, considerando que existía la duda de si el mismo criterio se habría de mantener cuando la incapacidad temporal comienza con posterioridad al propio inicio de las vacaciones.

Señala el Auto que se habría de decidir “...*si existe para el empresario una obligación de resultado, que implique el mantenimiento del derecho a vacaciones en todo caso –sin tener en cuenta la gravedad de la situación de baja del trabajador o su incidencia en la capacidad de trabajo-, o si, por el contrario, habrá de entenderse satisfecho tal derecho del trabajador cuando el empresario haya puesto ya a disposición del mismo su ejercicio inicial..., con independencia de la concurrencia ulterior del accidente o la enfermedad”.*

Por último, se ha de destacar que el Auto, a diferencia de los normalmente dictados por órganos jurisdiccionales en los que se cuestiona la adecuación de la normativa española a la europea, no se pronuncia sobre una u otra interpretación, lo que sugiere la propia división interna de los magistrados del tribunal y el consenso precisamente en el planteamiento de la propia cuestión prejudicial.

*f. Conclusiones de la Abogada General*²⁹⁶

La Abogada General, solicitó que se juzgase el caso sin conclusiones.

g. La sentencia del TJUE

La STJUE que se analiza reproduce argumentos ya referidos en anteriores Sentencias. Así destaca:

- en primer lugar, que el derecho a disfrutar vacaciones anuales debe considerarse un “...*principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones*”, y cuya aplicación debe hacerse “...*respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104/CE*...”.
- en segundo lugar, señala que está expresamente reconocido en el art. 41, 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*...”.
- en tercer lugar, afirma que tal derecho “...*no puede ser interpretado de manera restrictiva*”.
- por último, insiste en que la finalidad no es otra que los “...*trabajadores descansen y dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento*”, finalidad distinta de la baja por enfermedad que es la de que “...*puedan recuperarse de una enfermedad*”.

A partir de tales consideraciones recuerda lo ya dicho sobre incidencia de baja por enfermedad y vacaciones (C-277/08, Vicente Pereda), concluyendo que conceder el derecho únicamente a quienes no se encuentren en situación de incapacidad temporal cuando se inicie el periodo de vacaciones, “...*sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho*...”, debiéndose tener en cuenta lo ya declarado en cuanto a que el nuevo periodo se podrá fijar “...*fuera del periodo de referencia de las vacaciones anuales en cuestión*”.

Todo ello le lleva a la conclusión de que no existe diferencia alguna si el periodo de incapacidad temporal se inicia antes de la fecha programada de vacaciones o durante

²⁹⁶ Sra. V. Trstenjak.

el disfrute de estas y consecuentemente contesta que el artículo 7 de la Directiva se opone a la normativa nacional que impida el disfrute de las vacaciones anuales en momento posterior a las coincidentes con la situación sobrevenida de incapacidad temporal.

h. La sentencia Tribunal Español

En fecha 3 de octubre del 2012 el T.S., en Sala General, dictó la Sentencia²⁹⁷ definitiva que resolvía el recurso de casación interpuesto por ANGED y otros, confirmando la Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional²⁹⁸.

En la misma, el TS hace un repaso a la evolución de su propia doctrina, la rectificación de la misma a raíz de pronunciamientos del TJUE, resaltando también criterios del TC referidos fundamentalmente a la finalidad de las propias vacaciones en que se amplió el mismo, al señalar que *“...La concepción del periodo anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel periodo, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad)”*²⁹⁹.

Junto a ello resalta que, como ya habría dicho en STS de 24 de junio de 2009³⁰⁰, el art. 40.2³⁰¹ de la Constitución tiene dos finalidades, la protección de la salud del trabajador y la posibilidad de facto de conciliar la vida personal con la laboral en toda su amplitud³⁰², y que *“...el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de*

²⁹⁷ Recurso Casación nº 249/2009.

²⁹⁸ SAN de 22 de enero de 2011, autos 212/2009.

²⁹⁹ STC 192/03.

³⁰⁰ RCU 1542/2008.

³⁰¹ “2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

³⁰² “el acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, las relaciones sociales y el necesario ejercicio físico reparador”.

hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de IT, pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones”.

En cuanto a los pronunciamientos del TJUE resalta su sentencia de 10 de septiembre de 2009, Caso Pereda, en donde literalmente se indica que “...es pacífico que la finalidad el derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere de la correspondiente a causar baja por enfermedad”. Posteriormente, y tras intentar nuevamente justificar el planteamiento de la cuestión, quizás consciente de que pudo haber dictado sentencia sin acudir a la cuestión prejudicial, analiza la sentencia dictada por el TJUE en el caso concreto y consecuentemente señala que el trato diferente a situaciones de concurrencia entre vacaciones e incapacidad temporal, dependiente únicamente del momento de inicio de la IT, no es ajustado a la normativa comunitaria, excepto si la baja médica no fuera ajustada a derecho como recuerda la STJUE de 20 de Enero de 2009³⁰³. Finaliza la sentencia poniendo fin a la cuestión al declarar el derecho al disfrute de las vacaciones en periodo posterior a las fijadas en el calendario laboral aun cuando la baja médica se produzca una vez iniciadas las vacaciones.

i. Breve valoración

La Sentencia supuso un paso más a la hora de concretar el objetivo fundamental de las vacaciones y diferenciarlo de los periodos de Incapacidad Temporal. Así y dado que su objetivo no es otro que “... permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento”; cualquier situación que afecte a tal objetivo se ha de obviar, abstracción hecha de las patologías que pudieran producirse y que lógicamente se habrán de evitar.

Por tanto, al resolver sobre la coincidencia de una IT durante el disfrute del derecho a vacaciones anuales, sin que suponga doctrina innovadora, el tribunal europeo consideró que “debe hacerse una interpretación amplia sobre el sentido que establece la Directiva comunitaria”, por lo que aplica por analogía la misma solución que quedó asentada en la sentencia Vicente Pereda. Y es que como bien afirma este órgano: «... sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales

³⁰³ Asunto Schultz-Hoff, C-350/06 apartado 41 “situación de baja por enfermedad debidamente prescrita”.

retribuidas..., conceder este derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad temporal cuando se inicie el periodo de vacaciones anuales retribuidas»³⁰⁴.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

Se citan SSTJ por no existir, hasta la fecha, del TS.

- La primera fue la del STSJ Madrid, de 02 de julio de 2012 - ROJ: STSJ M 8104/2012, ECLI:ES:TSJM:2012:8104, que desestimó recurso de suplicación formulado por la empresa frente a Sentencia de Juzgado de lo Social.

Trabajador del Ayuntamiento que presta servicios como monitor de deportes en un pabellón, comienza periodo de IT en junio y permanece hasta finales de agosto, siendo este mes, agosto, el que precisamente cierra el pabellón deportivo y en el que disfrutan de vacaciones todos los que prestan servicios en él.

La sentencia es de julio de 2012 y se hace eco de la sentencia del TJUE de junio de ese mismo año (C-78/2011), donde se indicó que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 “...se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral. Se reitera y recuerda la doctrina sobre el derecho a disfrutar vacaciones anuales retribuidas, y procede añadir ahora que con la misma o mayor razón se ha de conceder este derecho cuando la IT no se produce mientras el trabajador está en período vacacional, sino antes de su inicio”.

- La segunda Sentencia es también del STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2020 - ROJ: STSJ M 4728/2020, ECLI:ES:TSJM:2020:4728 que estimó en parte recurso formulado por la actora frente a Sentencia de Juzgado de Social.

Refiere la STSJ que “...Respecto al resto de situaciones de incapacidad temporal (por contingencias comunes o profesionales) coincidentes total o parcialmente con las vacaciones, siendo irrelevante que la IT comience antes o durante las vacaciones (STS 19 de marzo de 2013, rec. 528/2012 y STJUE de 21 de junio de 2012, C-78/2011, Asunto ANGED) el trabajador puede disfrutar sus vacaciones una vez finalice su incapacidad siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir

³⁰⁴ López Insua, Belen del Mar. “Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española (2013)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 5, núm. 10, 2013, págs. 243-263.

del final del año en que se hayan originado, por cuanto, y en definitiva, el artículo 7, apartado 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 se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevinida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral”.

Por lo demás el supuesto venía dado por trabajadora cuyo salario contemplaba parte fija y otra variable en función de pluses.

La controversia giraba sobre la cuantificación de la retribución de las vacaciones, solicitándose por la parte actora la inclusión del promedio de los pluses percibidos durante el año, apoyándose en el 7.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo, 31 de la Ley 25/2014, 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, principalmente en la Sentencia TJUE 22/07/2014 (LOCK) y del TS que cita.

La empresa sostiene que quedan excluidos los complementos que retribuyan actividades extraordinarias ajenas a la jornada habitual de trabajo, no estando previsto en el Convenio el abono de dichos pluses y que la Directiva 2003/88 no aporta indicación explícita de las retribuciones a que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales.

Recuerda la sentencia parte de la jurisprudencia sobre vacaciones dictada por el TJUE:

- El derecho de la Unión Europea impone que los conceptos de tiempo de trabajo, descanso, tiempo de presencia y trabajo efectivo, deben ser interpretados de manera uniforme en todo el ámbito comunitario, para garantizar eficazmente la aplicación de la normativa y la seguridad y salud de los trabajadores (STJUE 1 de diciembre de 2005, C-14/2004).
- Que su interpretación no puede ser restrictiva (STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08).

- La diferente finalidad entre lo que son las vacaciones y periodos de baja por enfermedad dando oportunidad de disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal cuando sean coincidentes.

Finalmente, resolviendo la cuestión, se pronuncia sobre la composición de la retribución de las vacaciones, refiriéndose en gran parte a la Doctrina “LOCK” de la Sentencia TJUE 22 de Julio de 2014, C-139/12, y a sentencias previas del TS que:

- Como regla general, puede estimarse, en línea con el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, que la paga de vacaciones corresponde a una retribución salarial de la misma cuantía, al menos, que la percibida por el trabajador en su jornada ordinaria de trabajo (STS de 9 de junio de 2016, rec. 235/2015)
- La retribución de las vacaciones ha de comprender todos los conceptos salariales en su promedio, no incluyéndose en ellos, y siendo excepción, los conceptos salariales de carácter extraordinario establecidos para remunerar también actividades extraordinarias. Así pues, para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones, no basta con que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario (STS 15 de septiembre de 2016, rec. 258/2015)

2.4. Derecho a vacaciones transcurrido el año natural por incapacidad temporal

✓ ATJUE 21 de febrero de 2013. Caso Maestre García frente a Centros Carrefour. C-194/12

a. Identificación de la sentencia

La cuarta y por ahora última resolución que ha dictado el TJUE en relación con normativa relacionada con vacaciones es la dictada por el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de febrero de 2013, como consecuencia de Auto de planteamiento de cuestión prejudicial formulado por el Juzgado de lo Social de Benidorm en fecha 22-2-12. (C-194/12).³⁰⁵

³⁰⁵ Asunto Concepción Maestre García y Centros Comerciales Carrefour, S.A. Identificación: ECLI:EU:C:2013:102. Ponente: E. Levits.

b. Problema suscitado

El supuesto analizado por esta cuarta cuestión prejudicial cabe resumirlo en los siguientes términos:

- La actora estuvo en situación de Incapacidad temporal por enfermedad desde noviembre de 2010 a junio de 2011.
- La empresa fijó el periodo de vacaciones para el año 2011 y en concreto a la actora se le fijaron 10 días en invierno y 21 en verano.
- La trabajadora solicitó se le cambiaran ambos periodos y la empresa accedió al de invierno, pero no al de verano por problemas de organización y recursos humanos.
- La actora formula demanda solicitando las vacaciones de verano con posterioridad a la finalización de la situación de incapacidad temporal y subsidiariamente, para el supuesto de que no fuese posible su disfrute, se condenara a la empresa a pagarle una compensación económica.

c. Marco normativo coetáneo y d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En estos dos apartados se hace expresa remisión a los correlativos del caso C-78/11, caso Fetico y otros frente a Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución. El problema suscitado era el mismo, situación de I.T. anterior a periodo de vacaciones acordado.

La fecha de la cuestión del Juzgado de Benidorm es de 22-2-12, siendo así que la fecha de la cuestión planteada por el TS en el caso C-78/11, sobre análogos hechos, era de 26-1-11. Entre tanto no hubo variación normativa relevante (art. 40.2 CE. 38, 48.4, 45.1.c. del Estatuto de los Trabajadores y 37 del Convenio del sector), ni criterio jurisprudencial distinto.

d. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Como cabe observar por las fechas, entre los Autos de planteamiento de la cuestión prejudicial y la correspondiente Sentencia o Auto del TJUE aproximadamente transcurre un lapsus temporal de doce a dieciocho meses, de tal forma que durante dicho tiempo pueden, y de hecho así ha ocurrido en muchas ocasiones, suscitarse controversias, en distintas instancias, que sean análogas a alguna planteada y no resuelta. En tales casos la solución adoptada por los órganos judiciales españoles ha

sido dispar, optando algunos por la suspensión del proceso hasta tanto se pronuncie el TJUE o bien formulando, ellos mismos, nuevo planteamiento que normalmente se ha acumulado.

Eso ocurrió precisamente con la cuarta cuestión prejudicial planteada sobre el tema de vacaciones e Incapacidad temporal. Al Juzgado de lo Social de Benidorm se le planteó análoga controversia y duda que la que había dado lugar a que el Tribunal Supremo planteara la cuestión prejudicial de fecha 26 de enero de 2011.

En fecha 22 de febrero de 2012 dictó el correspondiente Auto, en el que se hacía eco del Auto planteado por el T. Supremo y de las anteriores Sentencia dictadas por el TJUE. En este caso optó por plantear propia cuestión prejudicial resaltando aspectos que no habían sido tratados en anteriores ocasiones. En concreto resaltaba el Auto que habría de aplicar la doctrina emanada de las SSTJUE de 18 marzo 2004 (C-342/01) y 10 septiembre 2009 (C-277/08) y de otro lado estar al pronunciamiento que resolviera la cuestión planteada por Auto del TS de 26 de enero de 2011.

Sin embargo la especificidad que le llevaba a plantear la cuestión y por tanto no limitarse a suspender el procedimiento, venía dada por la circunstancia de que “...existieran razones de tipo productivo u organizativo que impidieran su disfrute en otro periodo ulterior” al momento inicialmente fijado, y por la existencia de normativa que permitiera acuerdos en tal sentido, así como la posibilidad, o no, de compensar económicamente las vacaciones en supuestos de incapacidad temporal, en el mismo supuesto de que sí existieran razones productiva u organizativas que no permitan su disfrute efectivo en otro momento, aspectos de los que dudaba sobre su acomodación a la normativa comunitaria que concretaba igualmente en el art. 7 de la Directiva 2003/88.

Se ha de resaltar que el petitum de la demanda formulada por la actora era doble y uno subsidiario. Así que se condenara a la empresa a:

- “...concederle el periodo de vacaciones estivales de veintiún días del que no había podido disfrutar”, a disfrutar en el mes siguiente al dictado de la sentencia y,
- “con carácter subsidiario, a pagarle una compensación económica” para el caso de que no fuese posible su disfrute.

*e. Conclusiones del Abogado General*³⁰⁶

El Abogado General fue oído, sin que se emitieran conclusiones por escrito.

f. Auto del TJUE

El TJUE reitera argumentos de Sentencias anteriores, por ello dictó Auto y no Sentencia, a tenor de la previsión contenida en el art. 99 del Reglamento de funcionamiento del Tribunal.

La argumentación del Auto se sustentaba en las siguientes consideraciones:

- Reitera lo ya dicho de que “...*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 Directiva 93/104 CE...*”.
- Señala que se trata de un derecho reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que tiene el mismo valor jurídico que los tratados.
- Afirma que la finalidad de las vacaciones es permitir que “...*los trabajadores descansen y dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento*”, mientras que el de la baja por enfermedad es que “...*puedan recuperarse de una enfermedad que origina una incapacidad laboral*”.

A partir de ello recuerda Sentencias anteriores del TJUE³⁰⁷ en las que se había declarado el derecho a disfrutar de vacaciones en periodo distinto al de la incapacidad laboral, concluyendo que “...*carece de relevancia toda disposición emanada de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores de esta que le deniegue dicha facultad*”. Igualmente señala que carece de relevancia, para denegar las vacaciones, el hecho de que existan intereses legítimos de la empresa, que únicamente justifican el cambio de fechas, pero no su eliminación.

³⁰⁶ Sr. Y. Bot.

³⁰⁷ C-277/08.

No obstante ello refiere el Auto un aspecto que pudiera tener incidencia cuestionable y contradictoria, al posibilitar que sea el propio trabajador el que comunique su deseo a disfrutar de sus vacaciones en el periodo en que se encuentra en I.T, al señalar que “...la Directiva 2003/88 no se opone a disposiciones o prácticas nacionales que permitan que un trabajador en situación de incapacidad temporal por enfermedad disfrute durante este periodo las vacaciones anuales retribuidas.” Inmediatamente después se pronuncia contundentemente en contra de la compensación económica de las vacaciones, salvo en supuestos de extinción de la relación laboral, remitiéndose a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 7 de la Directiva 2003/88 cuyo tenor dispone que “...el periodo mínimo de vacaciones retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

En función de todo ello el Auto da respuesta a las cuestiones planteadas en el sentido de la preeminencia de las vacaciones y su disfrute real.

g. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 26 de abril del 2013 se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Social número Uno de Benidorm³⁰⁸ estimando parcialmente la demanda y declarando el derecho al disfrute de las vacaciones que no pudieron disfrutarse por encontrarse en situación de Incapacidad temporal.

En los fundamentos de derecho se hace eco tanto del Auto que da contestación a la cuestión prejudicial planteada, como de la STJUE de 21 de junio de 2012³⁰⁹, al afectar directamente a la interpretación y validez del mismo convenio colectivo. Resalta lo contundente y tajante del TJUE en el Auto de contestación en los apartados 20 y 30 del Auto que declaraban:

- por un lado, irrelevante la existencia de acuerdo entre la empresa y los representantes que limite el derecho de disfrute en caso de Incapacidad Temporal;
- y por otro, la imposibilidad de su compensación económica si no hay extinción contractual.

³⁰⁸ Sentencia nº 272/13, autos 1314/11.

³⁰⁹ C-78/11.

h. Breve valoración

El hecho de que se dictara Auto por el TJUE pone de manifiesto que el tema de la incidencia de los periodos de incapacidad temporal en el disfrute de vacaciones ya estaba suficientemente analizado con el conjunto de sentencias dictadas anteriormente y centrándose en la cuestión relativa al solapamiento entre vacaciones y la IT, del que como señala el Profesor Ignasi Beltran³¹⁰ se destaca dos cuestiones:

“por un lado que para el TJUE, «la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento», y,

por otro (derivado de lo anterior), que es contrario a la Directiva que un trabajador en situación de incapacidad temporal, durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa, no tiene derecho, tras el alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, y, por tanto, en su caso, fuera del período de referencia de que se trate”.

i. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS fue la de 04 de julio de 2018 - ROJ: STS 3124/2018, ECLI:ES:TS:2018:3124, que revocó STSJ del País vasco y confirmó la del Juzgado de lo Social.

Se citó con anterioridad, señalando que “Y en la STJUE 21 junio 2012, ANGED, C-78/11 (reiterada en el ATJUE 21 febrero 2013, Maestre García, C-194/12), se añadió incluso que carece de pertinencia el momento en que sobreviene la incapacidad. Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral.”

- La última Sentencia, en este caso del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 12 de febrero de 2019 - ROJ: STSJ CV 749/2019, ECLI:ES:TSJCV:2019:749 que desestima recurso de suplicación de trabajador que cesa en la empresa y reclama la prestación económica de los días de vacaciones no disfrutados en una anualidad anterior.

³¹⁰ Beltrán de Heredia, I., “Incapacidad temporal y vacaciones de Navidad: derecho a su disfrute tras el alta y durante el siguiente año natural”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/09/24/incapacidad-temporal-y-vacaciones-de-navidad-derecho-a-su-disfrute-tras-el-alta-y-durante-el-siguiente-ano-natural/>.

Aunque la sentencia es desestimatoria de la pretensión del actor, por considerar que se debieron disfrutar en su correspondiente año natural, repasa la doctrina europea y española sobre vacaciones, señalando que en “...la STJUE 21 junio 2012, ANGED, C-78/11 (reiterada en el ATJUE 21 febrero 2013, Maestre García, C-194/12), se añadió incluso que carece de pertinencia el momento en que sobreviene la incapacidad. Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral.”

Resalta que la doctrina del TS, a partir de la STS de 24-6-09, “...ha sido respetuosa con los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión que acabamos de resumir” , y que evidencia que “...las vacaciones anuales han de disfrutarse dentro del año en que se generan sin que quepa su compensación económica en el año posterior, salvo que su disfrute no hubiera sido posible por coincidir con una situación de enfermedad del trabajador o de permiso de maternidad y se hubiera extinguido tras dicha situación la relación laboral que no es el caso de los actores ya que la relación laboral de los actores no se extinguió hasta marzo de 2017, por lo que las vacaciones que los mismos generaron en el año 2016 debieron de disfrutarse en dicho año sin que quepa su compensación económica en el año posterior que es en definitiva lo que pretenden los demandantes y al ser ésta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia no se aprecian las infracciones jurídicas que se le imputan”.

III. MODALIDADES CONTRACTUALES

1. Materias relacionadas con la contratación a tiempo parcial

1.1. Cómputo de la parcialidad a efectos de antigüedad

✓ ATJUE 15 octubre de 2019, Caso OH y ER. C-472/18 y C-439

a. Identificación de la resolución

En relación al contrato a tiempo parcial y referida a materia de derecho del trabajo, excluida seguridad social³¹¹, el TJUE dictó Auto³¹² a raíz de interpelación

³¹¹ En materias de seguridad social y en relación a cálculo de base reguladora, se han dictado distintas resoluciones por el TJUE, Caso Elbal Moreno C-385/11, Caso Cachaldora Fernández C-527/13 y Caso Espadas Recio C-98/15.

³¹² Asunto OH, ER contra Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT). Identificación ECLI:EU:C:2019:858. Ponente. A. Kumin.

interpretativa llevada a cabo por Autos del TSJ de Galicia de fechas 18 y 22 de junio de 2018, que fueron acumulados.

b. Problema suscitado

Las controversias que se le plantearon al TSJ de Galicia y que motivaron el planteamiento de cuestión prejudicial, están relacionadas con la circunstancia, cada vez más frecuente, de la contratación parcial, en donde se realizan jornadas inferiores a la ordinaria ya sea a nivel anual o diario. En este caso era reducción de jornada anual, pudiéndose resumir los hechos de la siguiente forma esquemática:

- Trabajadora, indefinida no fija, que presta servicios en la Agencia Estatal de la Administración tributaria y ello desde el 2-5-05.
- La actora prestaba servicios solamente durante las campañas anuales de la declaración de IRPF de Hacienda, es decir 3-4 meses al año.
- La actora solicita se le abone el complemento de antigüedad, trienios, que percibirían quienes trabajan a jornada completa, lo que le es denegado, por calcularse la antigüedad en función de los días realmente trabajados.
- Formulada demanda, alegando que se le deberían considerar los días desde el inicio de la relación laboral, y no solamente los periodos trabajados, se le desestima por el Juzgado de lo Social.

c. Marco normativo coetáneo

Ambos Autos dan cuenta de la normativa española (E.T., art. 12 y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. -LOIEMH-, art. 6.2), que establecen la no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo.

Refiere el propio convenio colectivo aplicable, art. 30, que disponía que a efectos de antigüedad se considerarían “...los días trabajados”, lo que supondría la “...aplicación del principio de prorrata”.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Los Autos no hacen mención de criterios judiciales nacionales, si bien es cierto que existía algún pronunciamiento del Tribunal Supremo, como el Auto dictado en el

RCUD 388/18 de fecha 29 de enero de 2019 que le dificultaba dictar sentencia sin el previo planteamiento de cuestión prejudicial.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El 18 y 22 de junio de 2018 se dictaron sendos Autos por el TJS Galicia, que dieron lugar a los autos acumulados C-439/18 y C-472/18, planteando la duda de si la forma de cálculo de los trienios en relación con el personal fijo discontinuo adscrito a la campaña de tributación del impuesto de la renta sería acorde:

- de un lado con la Directiva 97/81/CE del Consejo, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, ya que consideraría que existiría un posible trato peyorativo por tener consideración de trabajador a tiempo parcial;
- y de otro lado si estaríamos ante una situación de discriminación indirecta por razón de sexo, vedada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en casos de empleo y ocupación (refundición).

Ambos Autos resaltan datos estadísticos en relación a la “feminización” del trabajo realizado por la actora (entre el 75% y el 80% de las contrataciones). E igualmente refiere la normativa española (Estatuto de los Trabajadores, art. 12 y LOIEMH, art. 6.2), que establecen la no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo. Sin embargo resalta que el convenio colectivo, art. 30, señala que a efectos de antigüedad se considerarían “...*los días trabajados*”, lo que le obligaría a aplicar el criterio prorata y por tanto desestimar la demanda.

A partir de ello considera que la interpretación de calcular el complemento de antigüedad según los días trabajados supondría desconocer que el trabajo estaría feminizado y la normativa convencional y la interpretación supondrían una discriminación indirecta, que, como es bien sabido, tan solo cabría admitir si existiera justificación objetiva en atención a una finalidad legítima y que los medios para ello fueran necesarios y adecuados. A tales efectos duda que se pueda considerar que la “...*exigencia de experiencia profesional...*”, fuera una razón objetiva y proporcional que justificara lo que considera sería una discriminación.

*f. Conclusiones de la Abogada General*³¹³

La Abogada General interesó que se dictara resolución sin que se emitieran conclusiones por escrito.

g. Auto del TJUE

En fecha 15 de octubre de 2019 se dictó Auto por el TJUE dando respuesta a las dudas planteadas por el TSJ de Galicia. El que fuera a través de Auto ya da la idea de que el TJUE consideraba, a tenor de la previsión contenida en el art. 99 del Reglamento de funcionamiento del propio tribunal, que habría precedentes en uno u otro sentido.

Recuerda el objetivo de la Directiva 2006/54 que normativiza el Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido entre asociaciones empresariales y sindicales, que no sería otro, parafraseando al TJUE en su sentencia de 1 de junio de 2010³¹⁴ que “...promover el trabajo a tiempo parcial y, por otra parte, suprimir las discriminaciones entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo”. Dentro de dicho objetivo precisamente se encontraría el no tratar de forma menos favorable, al trabajador a tiempo parcial respecto al tiempo completo. Se trata de objetivo que deriva del principio general de derecho a la igualdad, principio fundamental del Derecho de la Unión (sentencia de 10 de junio de 2010, Bruno y otros). Seguidamente refiere que los trienios, como complemento salarial, están incluidos dentro del concepto de “condiciones de empleo”.

A partir de tales consideraciones delimita la cuestión, señalando si sería procedente, para el cálculo de la antigüedad requerida para alcanzar el derecho al complemento de trienios, excluir los periodos no trabajados, por el hecho de que realicen el trabajo a tiempo parcial, lo que no se realizaría respecto a los trabajadores con jornada a tiempo completo y por tanto si supondría un trato menos favorable. Es de destacar que la lectura de la Sentencia lleva a considerar que el tribunal considera idénticos los trabajadores a tiempo parcial y los fijos discontinuos y por tanto no considera relevante el que se trabajen todas las jornadas del año o solo algunas.

A partir de ello estima que no existe ninguna diferencia entre el trabajador que presta servicios a jornada ordinaria, o jornada reducida, por lo que la diferencia habría de considerarse discriminatoria, no apreciando existan razones objetivas que lo

³¹³ Sra. J. Kokott.

³¹⁴ C-395/08 y C-396/08.

justifiquen y ello sin perjuicio de que se aplique el principio *prorrata temporis*, lo que en definitiva supone que el complemento se percibirá durante los periodos trabajados y en proporción a la jornada realizada.

Así rechaza dos argumentos dados por el gobierno español.

En primer lugar, el que existirían razones objetivas que vendrían dadas por “...*recompensar la fidelidad*”, lo que es rechazado, ya que señala que en un caso se requerirían solo 12 meses de servicios efectivos y en otros 36 meses, lo que de nuevo permite considerar que equipara tiempo parcial con fijos discontinuos.

Igualmente señala, como en otros muchos pronunciamientos comentados, que no es suficiente que la norma convencional prevea esa diferencia de trato, debiendo existir una necesidad real y objetiva. Es por ello, en definitiva, por lo que se considera que la diferencia convencional supondría una discriminación no justificada entre trabajadores a jornada parcial y trabajadores a jornada completa.

El Auto no se para ahí, sino que analiza si se produciría igualmente una vulneración 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 casos de empleo y ocupación, señalando, en un principio, que no se produciría una discriminación ya que la medida es aplicada igualmente a hombres y mujeres, por lo que habría de considerarse como neutra. Sin embargo, y es de resaltar, inmediatamente después considera que dado los datos referidos por el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, relativos a la feminización del trabajo de la actora, con alto porcentaje de mujeres en relación con los hombres, se habría de considerar que existe un trato desigual ente hombres y mujeres, por lo que habría de analizarse si esa diferencia estaría justificada, llegando a la conclusión que no, por lo que finalmente considera que la previsión convencional en cuanto al devengo de trienios vulneraría igualmente la mentada Directiva 2006/54/CE.

Es por ello por lo que responde a las preguntas planteadas por el Auto en los siguientes términos: “*La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el 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, y el artículo 14, apartado 1, 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 casos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una práctica empresarial nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, 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”.

h. La sentencia del Tribunal Español

Finalmente se dictó Sentencia por el TSJ de Galicia³¹⁵ por la que se estimó la pretensión de los actores de considerar que para el cálculo del plus de antigüedad se habría de considerar el periodo transcurrido desde el inicio de la prestación de servicios como fijo discontinuo, y no solo el periodo de trabajo efectivo, sin perjuicio de que el complemento, obviamente, se percibiera durante los periodos en que se trabajara.

i. Breve valoración

Para finalizar el análisis de esta cuestión planteada habría que resaltar que el pronunciamiento del TJUE no permite considerar, a efectos de despido, que en los supuestos de fijos discontinuos la indemnización se habría de calcular teniendo en cuenta el total de días desde la primera vez que comenzó la relación laboral, salvo que el salario a considerar fuera también el promedio del salario devengado en un periodo anterior suficientemente amplio, lo que llevaría, posiblemente a problemas de difícil solución. Caso contrario se podría llegar a la conclusión de que la indemnización por despido de un trabajador fijo discontinuo que ha prestado servicios efectivos, en los últimos años, durante 1 mes cada año, sería la misma que el trabajador que ha trabajado continuamente durante tales años.

La cuestión del principio prorrata temporis está rodeado de grandes incógnitas. El Auto no debe llamar a la tranquilidad porque era un asunto demasiado evidente, pero

³¹⁵ Recurso suplicación nº 2137/2018.ROJ: STSJ GAL 7212/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:7212.

sigue siendo un espacio de incertidumbre, aunque quizás la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019 pueda ser un apoyo esperanzador.³¹⁶

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera del TS es la de 19 noviembre, ROJ STS 4219/2019, ECLI:ES:TS:2019:4219 que estimó recurso de casación frente a STSJ Murcia que había confirmado sentencia de juzgado de lo social en relación a trabajadora fija discontinua que reclama se compute a efectos de antigüedad el periodo total de prestación de servicios y no solo los periodos efectivamente trabajados.

El supuesto es similar al que dio lugar a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TJS de Galicia (c439/18 y 472/18).

Modifica la jurisprudencia anterior y señala que conforme al artículo 12.4 d ET y la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial y a la luz de lo dispuesto en el ATJUE de 15-10-2019 (c439/18 y 472/18) supone una discriminación indirecta excluir a los trabajadores fijos discontinuos los periodos no trabajados para el cálculo de la antigüedad por afectar fundamentalmente a trabajadoras, por lo que la medida del convenio colectivo aun siendo aparentemente neutra, afecta mayoritariamente a trabajadoras.

La Sentencia del TS cita al TJUE señalando que “...*El Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y 472/18, Agencia Estatal de Administración Tributaria -AEAT- resuelve sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El supuesto litigioso es similar al presente.*”

- La última que la cita se dictó por el TS en fecha 25 junio de 2020, JUR 2020\21571 ECLI: ECLI:ES:TS:2020:2328, analizando supuesto análogo al anterior, casando y anulando parcialmente la STSJ de Galicia a fin de que se computase todo el período contratado desde el inicio de la primera campaña como fija discontinua a efectos de promoción profesional, manteniendo sus restantes pronunciamientos.

Así refiere que “...*La Sala examina después la relevancia del Auto TJUE de 15/10/2019, recaído en asuntos acumulados C-439/18 y 472/18, que resolvieron*”

³¹⁶ Cabeza Pereiro, Jaime. “Devengo de trienios en el trabajo fijo discontinuo”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 437-444.

precisamente cuestiones prejudiciales, que afectaron a la AEAT sobre las cuestiones controvertidas, cuya doctrina fue decisiva para el cambio de criterio, en los términos siguientes:

1.- El auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y 472/18, Agencia Estatal de Administración Tributaria -AEAT- resuelve sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El supuesto litigioso es similar al presente. Dos trabajadoras fueron contratadas por la AEAT, en calidad de trabajadoras fijas discontinuas, con contrato indefinido, adscribiéndolas por periodos anuales preestablecidos a la campaña del impuesto de la renta de las personas físicas. Reclaman que se les reconozca su actividad, a efectos de devengo de trienios, computando el tiempo de prestación de servicios y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado...”.

2. Materias relacionadas con contratos de emprendedores

2.1. Validez de la extinción del contrato durante el periodo de prueba

✓ STJUE 5 de febrero de 2015. Caso Nisttahuz Poclava. C-117/14

a. Identificación de la sentencia

El 5 de febrero de 2015 se dictó Sentencia por el Tribunal de Justicia (Sala décima)³¹⁷ que traía causa de Auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid, de 4 de marzo de 2014 y que cuestionaba una de las medidas especialmente controvertidas de la legislación anticrisis del año 2012, cual fue el contrato de apoyo a emprendedores.

b. Problema suscitado

Supuesto de trabajadora que formaliza contrato de trabajo de emprendedores con periodo de prueba de un año, para realizar funciones de cocinera. Antes de finalizar el año, y cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal por contingencia común, se le comunica que no ha superado el periodo de prueba y frente a ello formula demanda por considerar que habría sido despedida al considerar nulo el periodo de prueba fijado.

³¹⁷ Asunto Grima Janet Nisttahuz Poclava contra José María Ariza Toledano (Taberna del Marqués). Identificación: ECLI:EU:C:2015:60. Ponente. A. Rosas.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo venía dado por el art. 14 del E.T., y por la modificación operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Así en cuanto al art. 14 del E.T., disponía que *“1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.*

En el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo”.

Por su parte la Ley 3/2012 contempló el llamado *“...contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”*, disponiendo que *“...Con objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial, las empresas que tengan menos de 50 trabajadores podrán concertar el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores que se regula en este artículo. 2. El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca. 3. El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.»*

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

A nivel nacional el T. Constitucional se había pronunciado en sentencia de 16 de Julio de 2014³¹⁸ (reiterada en Sentencia de 22 de Enero de 2015³¹⁹) sobre la Constitucionalidad de la Ley 3/2012, señalando que “...*previsión cuestionada relativa a la duración del periodo de prueba constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora, y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislador con su establecimiento...y aun cuando el precepto impugnado faculta al empleador la rescisión unilateral ad nutum del contrato durante un periodo más amplio del previsto con carácter general en la normativa laboral, sin embargo, se cumple en este caso con el requisito de la proporcionalidad...a la vista del carácter excepcional y temporal de la medida, su militado alcance, así como su finalidad de fomentar la contratación y el empleo estable...durante una situación de crisis económica...Además, la medida puede calificarse, igualmente, como necesaria e idónea para la consecución de la legítima finalidad pretendida (creación de empleo estable) puesto que es un incentivo para que las pequeñas empresas elijan la fórmula de la contratación indefinida...*”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto de planteamiento analiza la normativa española y la repercusión de la modificación introducida en la Ley 3/2012, que permitiría un contrato atípico de duración determinada por un año, al posibilitar la extinción de este durante dicho periodo sin requerir forma alguna, ni motivo, ni posibilitar su control judicial.

Y serían tales consecuencias, viabilidad de extinción sin motivo alguno, ni forma, ni control judicial, y en relación a unas funciones que no exigirían verdaderamente tan prolongado periodo de prueba, lo que confronta con la normativa europea. En concreto considera que la posibilidad establecida en la Ley 3/2012, de extinción inmotivada durante el primer año del contrato, vulneraría:

- El art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Protección en caso de despido injustificado.
- Arts. 2.2. b) y 4 del Convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 22 junio de 1982.

³¹⁸ STC 119/2014.

³¹⁹ STC 8/2015.

- El art. 4.4 de la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, sobre preaviso.
- Y la Directiva 1999/70 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 relación a la Directiva consideraba que la Ley 3/2012 se opondría al objetivo de esta que no sería otro que “...evitar la discriminación de los trabajadores empleados mediante un contrato de duración determinada e impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada”.

A partir de ello formula las siguientes preguntas:

- *¿Es contraria al derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el artículo 30 de la Carta, la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, durante el cual permite el libre desistimiento?*
- *¿Lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/Ce (y, de este modo, las cláusulas 1 y 3 del Acuerdo marco) el período de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores?*

*f. Conclusiones del Abogado General*³²⁰

El abogado general solicitó que se dictara resolución sin conclusiones escritas.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 5 de febrero de 2015 se dictó Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, adelantándose que en su fallo declaró que carecía de competencia para responder a las cuestiones planteadas.

La Sentencia llega a tal conclusión después de analizar la normativa española, europea e internacional invocada en el Auto, señalando que:

³²⁰ Sr. Y. Bot.

- De un lado, y al contrario de lo que sostenía el Juzgador remitente, el contrato de emprendedores no sería un contrato temporal sino indefinido, si bien sujeto a periodo de prueba. Por tanto, no le sería de aplicación la normativa europea que regula los contratos temporales. Así señala que el contrato temporal se utiliza por razones objetivas derivadas de los trabajos a realizar, mientras que el periodo de prueba tiene como fundamento el comprobar la aptitud y capacidad del trabajador.
- En cuanto a los objetivos de la Unión establecidos en el art. 151 del TFUE no se establece nada respecto al periodo de prueba en los contratos.
- Las normas de derecho internacional que vinculan a los Estados, pero no derivan del derecho de la unión, no caben ser invocadas por no ser competencia el TJUE a tenor del art. 267 del TFUE.³²¹

h. La sentencia del Tribunal Español

Un mes más tarde, el 18 de marzo de dos mil quince, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid³²², por la que se desestimó la demanda formulada por la actora, declarando que no habría existido despido sino extinción del contrato en periodo de prueba.

Y a tal conclusión llega desde distintas perspectivas:

- Así desde la perspectiva de su situación de incapacidad temporal, refiere STS de 12 de julio de 2012³²³ en la que se había declarado que “...*el desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el periodo de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el art. 14 CE, ni puede ser incluida*

³²¹ Cita al efecto distintas sentencias del TJUE; asunto Vandeweghe y otros, C-130/73 y asunto Qurbani, C-481/13.

³²² Sentencia nº 103/2015, autos nº 860/13.

³²³ RCUD 2789/2011.

tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo...limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un grupo de personas”.

- Tampoco considera que pudiera estimarse la demandada desde la perspectiva del Convenio 158 de la OIT, que exige causa justificada para la extinción de la relación laboral, por entender que el que se produzca durante el periodo de prueba es una causa justificada.
- Refiere igualmente que a nivel interno ya el T. Constitucional (STC 22 de enero de 2015) habría declarado la constitucionalidad de la Ley 3/2012.
- Por último, se hace eco de la STJUE en respuesta a sus dudas, resaltando que el mismo se habría declarado no competente por considerar que la ley 3/2012, en el aspecto del periodo de prueba, no desarrollaba derecho de la Unión.

i. Breve valoración

Se trata de tema que surgió a raíz de la crisis económica de los años 2008 y siguientes que dio lugar a reformas de calado a nivel laboral, entre ellas la del llamado contrato de “emprendedores”, que, aunque era indefinido, realmente posibilitaba una contratación temporal “a-causal” durante un año y que fue objeto, como se señaló, de críticas, hasta el punto de plantearse cuestión de inconstitucionalidad referidas y la cuestión prejudicial anteriormente analizada.

En relación a la fundamentación esencial de la Sentencia del TJUE, y derivativamente la del Juzgado, nada que objetar en cuanto a aspectos formales. La normativa que regula el contrato de emprendedores lo consideraba como contrato indefinido y por tanto no cabría invocar vulneración alguna de Directiva relativa a contrato temporal. Sin embargo, cabría considerar que el TJUE se quedó en un mero análisis formal: la consideración del contrato como indefinido, cuando un análisis real de dicha contratación hubiera llevado a considerar la misma como verdaderamente temporal. Cuestión distinta es que, aun considerando que se tratara de un contrato temporal, se llegara a la conclusión de la viabilidad de la extinción de este durante el primer año, motivado en la grave crisis económica que se estaba atravesando y que se decía entonces que era la más grave que se habría producido en el mundo después de la

gran depresión de los años veinte del siglo pasado. En tal caso el análisis habría sido más realista y directo y no cabría pensar que realmente el TJUE no quiso analizar el tema.

La Sentencia N. Poclava constituye un buen observatorio de los límites del poder judicial en la aplicación de los DDFD de la Carta en el ejercicio de la “*aplicación del derecho de la Unión*”.³²⁴

Fermín Moya sintetiza la problemática de la siguiente forma, refiriendo la formalidad indefinida de la contratación: “... *es cierto que la Directiva 1999/70 , sobre contratos de duración determinada solo se aplica a los que puedan considerarse como tales, y el de emprendedores posee duración, al menos formalmente, indefinida, por lo que queda fuera del ámbito de aplicación de la norma comunitaria; como también lo es que el art. 151 TFUE, que expone los objetivos de la Unión y de los Estados miembros en materia de política social, no impone ninguna obligación concreta en materia de período de prueba en los contratos de trabajo; siendo insuficiente para considerar que la situación analizada en el litigio implica una aplicación del Derecho de la Unión en el sentido analizado, el dato de posible financiación con fondos estructurales del contrato de apoyo a emprendedores.*”³²⁵

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ que la cita es la de Galicia de fecha de 8 julio 2015. ROJ: STSJ GAL 5468/2015 - ECLI:ES:TJSGAL:2015:5468, que desestimó recurso formulado por la actora en acción sobre despido.

La controversia giró sobre la validez de la cláusula del periodo de prueba en una extinción motivada por aplicación de esta.

El recurso se fundamentó, entre otros, en considerar que el periodo de prueba es excesivo y denuncia la infracción del art. 4.4 de la Carta Social Europea en relación con el art. 10.2 y 96 CE. La sentencia refiere que “...*El motivo no puede ser atendido por*

³²⁴ Martínez Yañes, Rosa María. “Periodo de prueba y protección frente al despido injustificado en el marco de las competencias de la Unión”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 53-58.

³²⁵ Gallego Moya, Fermín. “El período de prueba en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176, 2015, págs. 259-290.

cuanto, de una parte el TCO en Sentencia 119/2014 declaró la constitucionalidad de dicho precepto, de otra, el TJUE en sentencia de 5/2/15 (asunto C-117/14) declaró que no era competente para determinar si tal precepto era contrario al derecho Europeo, por su parte el derecho al plazo razonable de preaviso para finalizar un contrato que reconoce la Carta social, es un derecho vinculado al contrato de trabajo definitivo mas no exigible cuando se actúa, una causa de despido grave -exclusión expresa en anexo a la Carta- o bien cuando el contrato no es definitivo como acontece con el sometido a periodo de prueba válido como ocurre en el presente supuesto, lo que conlleva la desestimación del motivo".

La última Sentencia que la cita es del TSJ Castilla la Mancha, de 30 enero de 2020, ROJ: STSJ CLM 355/2020, ECLI:ES:TSJCLM:2020:355, que estimó el recurso formulado por la empresa.

Se estima recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado que declaraba el despido nulo obligando a la readmisión, abono de salarios de trámite y pago de 5.000 € en concepto de daños y perjuicios derivados del despido nulo al entender que el cese se produce mediante comunicación de no superación del periodo de prueba al considerar que no tiene otra justificación, porque ello no se ha acreditado, que la incapacidad temporal iniciada días antes y que ello supone una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación.

La Sentencia repasa la doctrina del TC sobre la constitucionalidad de la norma en sentencia de 16 de Julio de 2014y la sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2015, (asunto C-117/14), donde resuelve que no es competente porque la situación analizada no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión pero afirma que ello no excluye la posibilidad de que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental. Finalmente concluye que la mera “...*conurrencia de una incapacidad temporal no puede significar una vulneración del derecho fundamental...*” y que para ello debería concurrir “...*voluntad constatada o deducible de discriminar por la existencia de alguna otra condición personal susceptible de ser considerada como tal...*” y que en el presente caso no se dan esos elementos por lo que estima el recurso.

3. Materias relacionadas con contratación temporal

El TJUE ha analizado un número elevado, hasta en trece ocasiones, de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos españoles en materia de contratación temporal, tanto en la empresa privada como en la Administración Pública.

3.1. Requisitos para la contratación como profesor asociado

✓ STJUE 13 marzo 2014, Caso Márquez Samohano, C-190/13

a. Identificación de la sentencia

El 4 de abril de 2013 se interpelló al TJUE en relación con contratación temporal en la Universidad, en concreto la Pompeu Fabra de Barcelona y ello por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona³²⁶, teniendo como referencia interpretativa la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999.

b. Problema suscitado.

En esta ocasión la controversia que analiza el Juzgado de lo Social es relativa a los profesores asociados de Universidad. El supuesto de hecho era el siguiente:

- Profesor asociado que es contratado y sucesivamente prorrogada la contratación hasta cuatro años en total.
- Finalizada la duración del contrato se le comunica el cese y no se le renueva el contrato.
- Formula demanda por despido, alegando que no reunía los requisitos para la contratación como profesor asociado, ya que no tendría actividad profesional al margen de la universitaria, lo que sería un requisito legal, por lo que la contratación se habría realizado en fraude de ley y por ende habría de considerársele indefinido no fijo, con lo que el cese comunicado sería un despido que habría de calificarse como improcedente.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo venía dado por normativa específica de universidades, así como normativa general.

³²⁶ Asunto Márquez Samohano y Universitat Pompeu Fabra, Identificación ECLI:EU:C:2014:146 Ponente. Sr. A. ÓCaoimh.

En cuanto a la normativa específica que regulaba los contratos de profesores asociados, noticia al TJUE sobre la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, de 21 de diciembre, el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, Artículo 20, la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de universidades de Cataluña. Por último, los Estatutos de la Universitat Pompeu Fabra (aprobados por el Decreto 209/2003, de 9 de septiembre, y modificados por el Acord GOV/203/2010, de 9 de noviembre de 2010).

En cuanto a normativa laboral resalta el Estatuto de los Trabajadores, y en concreto, arts. 15.3, 15.5 y Da 15ª. Así la regulación de contratación temporal establecida en el art. 15 del E.T., con limitación temporal de 24 meses en periodo de 30 meses, lo que fue suspendido por Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto da cuenta de distintos pronunciamientos de tribunales españoles.

- Así la STSJ de Cataluña de 20 de Julio de 2012 que analizó supuesto de prestación de servicios de 11 años en virtud de contratos temporales suscritos al amparo de la Ley Orgánica de Universidades y que habría considerado “...*que la suscripción de contratos temporales no causales no está prohibida de forma expresa por el ordenamiento jurídico español*”.
- La STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2016, que analiza supuesto de profesora asociada a quien se le extingue el contrato, señalando que la normativa universitaria “...*obliga que dichos profesores sean contratados con carácter temporal y con dedicación a tiempo parcial...*”, por lo que la contratación sería distinta a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, y su cese, después de más de 18 meses de duración, sería válido.
- En fin, la STSJ de Galicia de 24 de abril de 2009 que igualmente analizó supuesto de profesor asociado durante casi seis años con contrato por obra o servicio determinado prorrogado anualmente, y que declaró que tales contratos “...*son perfectamente válidas y es lícita la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido*”.

Así pues, a tenor del marco referido y la jurisprudencia que mencionaba, si dictaba Sentencia distinta se vería abocada posteriormente a su revisión en suplicación.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

En el Auto de planteamiento se refieren las alegaciones formuladas por la Universidad al dársele traslado sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial, y en la que refería que la ley española permite la contratación como profesor asociado y que ello estaría ajustado a la Directiva 1999/70, con independencia de que en el caso concreto se hubiera producido un defecto en el momento de la contratación.

El Auto especifica que lo que justificaría el planteamiento de la cuestión es precisamente si la ley que regula este tipo de contratación temporal, profesor asociado, estaría ajustada, o no, a la normativa comunitaria.

A fin de determinar si la normativa española, en concreto la Ley de Universidades, se ajusta a la comunitaria, procede a analizar la regulación de la contratación de los profesores asociados, señalando que si bien tanto en el sector privado como en el público, por mor de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (art. 15 y Disposición adicional 15ª del mismo), la superación de los límites para la concatenación de los contratos, fundamentalmente el límite de 24 meses en un periodo de 30 meses determina la adquisición de fijeza si se supera tal límite temporal, la específica ley reguladora de la contratación de profesores asociados no establecería tal limitación, lo que vendría siendo avalado por distintos pronunciamientos de tribunales españoles. Y es esa permisibilidad de contratación temporal, la que se considera que vulneraría la Directiva 1999/70/CE que precisamente tiene como objetivo impedir abusos en la contratación temporal que, si bien se reconoce su viabilidad ante determinadas circunstancias y necesidades, se ha de considerar como excepción a la indefinida que contribuye a una mejor calidad de vida de los trabajadores y a un mayor rendimiento.

Los términos específicos de la interrogante fueron los siguientes: “*¿La cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada, debe ser interpretada en el sentido que se opone a ella una norma legal interna como los artículos 48 y 53 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que no establece un límite temporal de contratos de trabajo sucesivos, y cuando no existe ninguna medida en derecho interno*

que evite el uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada para los profesores universitarios?”

A partir de tal interrogante principal y para el supuesto de que se contestara en el sentido de que no se ajustaría la legislación nacional a la normativa europea, adelanta una segunda cuestión que habría de afrontar para resolver la controversia, cual sería si está justificada la diferencia de trato que supondría la consideración de contratación fraudulenta en el sector privado y en el sector público, dado que en el primero sería la conversión en indefinido y en el público sería indefinido no fijo, dada la distinción de origen jurisprudencial, siendo así que las consecuencias por la extinción de tales contratos por causas ajenas al trabajador serían distintas, si fijo readmisión obligatoria y si indefinido no fijo/temporal opción entre readmisión o indemnización.

En definitiva, lo que se interroga al TJUE es si en el supuesto de que el profesor asociado se considerara que adquirió la condición de indefinido no fijo (según la construcción jurisprudencial española) por superación del umbral temporal, ¿qué consecuencias tendría la comunicación de cese que habría de calificarse como despido?.

Con tal planteamiento el Auto del Juzgado de lo Social se introducía de lleno en la problemática de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, que de un lado adquieren tal condición por superar los umbrales temporales o por ser fraudulenta su contratación inicial, por no existir causa de temporalidad, y por otro se vulnerarían los principios constitucionales de acceso a la función pública, igualdad, mérito y capacidad. La consecuencia de ello, según el Auto de planeamiento de la cuestión prejudicial, sería que los trabajadores indefinidos en el sector público, y más concretamente los indefinidos no fijos, se estarían tratando de forma “menos favorable” que los indefinidos del sector privado, lo que estaría prohibido por la cláusula 4 del Acuerdo Marco, ya que su relación podría extinguirse por cobertura o amortización de la plaza, lo que sería causa lícita, sin derecho a indemnización alguna (en la fecha de planteamiento la doctrina del TS no establecía indemnización equivalente a la de los despidos objetivos). En definitiva, los indefinidos no fijos serían en realidad trabajadores con contrato de duración determinada y por ende no se estaría penalizando los abusos de dicha contratación.

La segunda interrogante que plantea, a su vez desdoblada, es con el siguiente tenor literal: “*¿El concepto de “trabajador con contrato de duración indefinida”*

definido en el cláusula 3 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE debe ser interpretado en el sentido que se opone a esta definición una norma como la Disposición adicional decimoquinta, apartado 1, párrafo 2º, del Estatuto de los Trabajadores que prevé que su contrato de trabajo puede ser extinguido cuando se proceda por la Administración contratante a la cobertura del puesto de trabajo ocupado?

Siendo una medida apropiada en derecho interno a los efectos de prevenir y sancionar el uso abusivo de la contratación temporal en el ámbito del sector privado el derecho de los trabajadores a los que se ha reconocido como indefinidos a percibir una indemnización cuando se extingue el contrato por causa no relacionada con su persona, y no existiendo ninguna medida equivalente en el sector público ¿constituye una medida apropiada en los términos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE que se reconozca el mismo derecho de percibir la indemnización legalmente establecida para los trabajadores indefinidos del sector privado a trabajadores indefinidos de la Administración pública?''.

f. Conclusiones del Abogado General³²⁷

El Abogado General solicitó se dictara resolución sin emitir conclusiones escritas.

g. La sentencia del TJUE

Casi un año más tarde, el 13 de marzo de 2014, se dictó la Sentencia por el TJUE. Como cuestión previa el TJUE considera procedente analizar el fondo de la cuestión planteada, en contra de lo alegado por el Gobierno Español, y ello por considerar:

- de un lado que se trataba de interpretar la cláusula 5 del Acuerdo marco que hace referencia a la contratación temporal y
- de otro que el dilucidar si la contratación de asociado se ha de considerar como temporal es cuestión de fondo a resolver.

A partir de ello adelanta que el contrato de profesor asociado se ha de considerar temporal y por ende incluido en la Directiva, cuya finalidad, reitera, es evitar los abusos de ésta.

³²⁷ Sr. M. Szpunar.

Refiere la STJUE que la cláusula 5ª mencionada impone la adopción de una o varias de las medidas que enumera y que se refieren a la existencia de razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos, la duración máxima total de todos ellos y el número de sus renovaciones. Se trataría de medidas que los Estatutos de la Universidad no establecerían a la hora de regular la contratación del profesor asociado y por tanto se les trataría de forma desigual.

Partiendo, por tanto, de la diferencia de trato, se pregunta si existirían “razones objetivas”, entendidas como circunstancias específicas y concretas que caracterizarían el trabajo del profesor asociado y que pudiera justificar la utilización sucesiva de la contratación temporal.

En el caso concreto considera que efectivamente existen tales razones objetivas, concretadas en el hecho de que se contrata a “*especialistas de reconocida competencia*”, que ejercen su actividad fuera de la universidad y aportan sus conocimientos y experiencia a la misma, exigiéndosele precisamente el ejercicio profesional de un periodo mínimo anterior a la contratación, y que su régimen es a jornada parcial, posibilitando con ello enriquecer la enseñanza universitaria.

Tales razones llevan al TJUE a considerar que la contratación de profesor asociado es acorde con la cláusula 5ª, apartado 1, del Acuerdo marco, sin perjuicio de que las autoridades nacionales establezcan criterios objetivos y transparentes para comprobar si la renovación de los contratos responde efectivamente a una necesidad real y permite lograr el objetivo pretendido con el mismo.

Y es esta última observación la que posteriormente decidirá la controversia y la que cabe considerar como enigmática. Así se refiere inicialmente que la contratación de profesor asociado estaría justificada, en tanto que trata de aportar a los conocimientos teóricos la experiencia de la práctica profesional, pero inmediatamente después señala que dicha contratación se ha de considerar provisional y no para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente. Con ello se establece una evidente inseguridad a la hora de cuando se considere procedente, y cuando no, la contratación de profesor asociado, máxime conociendo mínimamente la realidad de las universidades en las que profesores asociados dan clases de forma análoga a profesores permanentes. Con esas matizaciones remite al órgano judicial nacional a fin de que determine si en el caso concreto la contratación se habría de

considerar provisional o para cubrir necesidades permanentes, dando la siguiente respuesta literal a la cuestión planteada: *“La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, concluido el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a las universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sin límite alguno en lo que atañe a la duración máxima y al número de prórrogas de dichos contratos, desde el momento en que tales contratos están justificados por una razón objetiva, en el sentido del apartado 1, letra a), de dicha cláusula, extremo que incumbe comprobar al Juzgado remitente. No obstante, incumbe también a dicho Juzgado comprobar concretamente que, en el litigio principal, la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada en cuestión trata realmente de atender a necesidades provisionales, y que una normativa como la controvertida en el litigio principal no se haya utilizado, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente.”*

h. La sentencia Tribunal Español

h.1. De instancia

Antes de quince días, el 28 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social 3 de Barcelona dictó su Sentencia³²⁸ que declaró que se habría producido un despido que calificó como nulo, por ser miembro del comité de empresa, condenando por tanto a la readmisión del trabajador.

El Juzgador parte, en función de lo que considera habría dicho la Sentencia del TJUE, de dos premisas a la hora de analizar y llegar a la conclusión de la nulidad.

- La primera era que la normativa que posibilitaba la contratación de profesor asociado, exigía que el mismo tuviera una actividad principal no universitaria.
- La segunda que no se cubrieran necesidades permanentes y duraderas.

Y precisamente el relato fáctico daba noticia de ambas circunstancias.

³²⁸ Sentencia nº 117/14, autos 724/2012.

- En primer lugar que al actor se le habrían formalizado sucesivos contratos y que salvo en el primero en los demás no se le había exigido que tuviera actividad profesional ajena, siendo así que la actividad universitaria era la única.
- En relación a la segunda cuestión también destaca que el actor daba clases de la correspondiente licenciatura de forma análoga a un profesor titular.

Ello le lleva a concluir que la contratación habría sido fraudulenta por lo que la relación devino en indefinida no fija. En cuanto a la calificación del despido como nulo llega a tal conclusión por su condición de miembro del comité de empresa y su actividad sindical, lo que supondría un indicio de vulneración de la libertad sindical que no habría desvirtuado la universidad demandada.

h.2. De suplicación

Frente a la sentencia la Universidad formuló recurso de suplicación que dio lugar a la STSJ de Cataluña de fecha 29 de mayo de 2015³²⁹ que revocó la sentencia desestimando íntegramente la demanda.

Así analiza los dos requisitos resaltados por la Sentencia de instancia, pero en modo distinto a como lo hace aquella.

- Así en relación al hecho de que el actor no hubiera acreditado la actividad profesional no universitaria durante las sucesivas contrataciones, señala que ello sería un requisito constitutivo del contrato, y que el no haberse acreditado llevaría no a considerar el contrato fraudulento sino contrario a la ley, lo que llevaría a la declaración de nulidad del mismo a tenor del art. 9.2 del E.T., en relación con el art. 1306.1 del C.C., con la consecuencia única de la posibilidad de exigencia por el actor de la remuneración por los servicios prestados.
- En relación al segundo requisito considerado incumplido por la contratación, no impartir asignaturas incluidas en los planes de estudios, considera que la Sentencia del Juzgado habría realizado una lectura sesgada de la del TJUE, ya que esta última admite la posibilidad de

³²⁹ Recurso suplicación nº 7627/2014. ROJ: STSJ CAT 5658/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:5658

utilización de este tipo de contrato para la cobertura de necesidades permanentes o recurrentes, por la finalidad del mismo de aportar la experiencia profesional a la docencia, resaltando que en todo caso si se hubiera producido una irregularidad no tendría los mismos efectos previstos que en la normativa laboral ordinaria.

Es por ello y en definitiva por lo que considera que se habría producido una extinción de contrato temporal y no un despido que en modo alguno podría haberse declarado nulo por el mero hecho de haber sido elegido miembro del comité de empresa.

h.3. De casación

La Sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, dictándose finalmente Sentencia por el TS en fecha 22 de junio de 2017³³⁰ que revocó parcialmente la de suplicación. La Sentencia valida los argumentos de la de instancia, a tenor de las consideraciones de la STJUE, refiriendo que ninguno de los requisitos cumpliría la contratación del actor, en tanto que no mantuvo la actividad profesional extrauniversitaria y daba docencia dentro de la actividad permanente, habitual y duradera de la Universidad. Rechaza la declaración de nulidad del contrato, que solo se produciría en los supuestos de “...*falta de algunos de los elementos esenciales del contrato o se produce un supuesto de simulación absoluta*”, que considera no se dan en el caso concreto.

Sin embargo, rechaza la declaración de nulidad del despido por no haber aportado sentencia contradictoria, por lo que finalmente declara la improcedencia de este y la condena a que, a opción del trabajador, dada su condición de miembro del comité de empresa, le readmitiera con abono de salarios de tramitación o le abonara la indemnización correspondiente.

i. Breve valoración

Se trata de Sentencia que en el momento en que se dicta dejaba confuso si se tiene en cuenta las características del profesor asociado que refiere la STJUE. Así su razón de ser, sería aportar la experiencia práctica de profesionales que compaginan la docencia y el ejercicio de su otra actividad. En el caso de que no hubiera duda alguna

³³⁰ STS de 22 de junio de 2017, RCU 3047/2015.

sobre el hecho de que ejerce la profesión, el tema problemático es el de que no se trate de una actividad permanente, lo que es contradictorio con la finalidad anteriormente referida de aportar experiencia. ¿Qué significa que no sea permanente, que solamente lo haga en un periodo determinado corto y que sea sustituido por otro profesor asociado, o que exista un material específico a impartir por profesores asociados como sería exclusivamente dar las prácticas?

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS es de 19 mayo de 2020, ROJ: STS 1522/2020, ECLI:ES:TS:2020:1522, que desestima recurso de unificación frente a STSJ Castilla León, si bien por falta de contradicción, habiéndose citado de contraste precisamente la STJUE del caso C-190/13.

Así se señala que se *“Propone como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2014 [C-190/13], y en la que, la decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación de las cláusulas 3 y 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, concluido el 18-3-1999, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CEE del Consejo, de 28-6-1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada.”*

Posteriormente refiere que *“...la sentencia recurrida conoce y aplica la doctrina de la STJUE dictada en el caso Márquez Samohano, lo que sucede es que considera que no aboca a la solución preconizada por la actora...”*.

Son dos los motivos principales para apreciar la falta de contradicción, entendiéndolo el TS que estamos ante supuestos muy distintos:

- La *“...STJUE sienta doctrina al hilo de persona que ha estado sucesivamente contratada como Profesor Asociado pero que, en realidad, no desempeñaba tareas profesionales ajenas al ámbito académico. Por el contrario, aquí se discute al hilo de la finalización de un contrato con dedicación a tiempo completo y de sesgo promocional, donde concurren factores prestacionales y formativos”*.
- En cuanto a la causa de terminación del vínculo laboral *“...en el caso de la sentencia referencial.... la Universidad pone término a la vinculación profesional simplemente aduciendo que ha terminado el contrato*

temporal que le unía con el Sr. Claudio. Por el contrario, en nuestro caso lo que sucede es que llega a su término (tras haber sido prorrogado, a instancia de la interesada) un contrato que tenía como fin relevante la obtención del Grado de Doctora y que, según subraya la sentencia recurrida, "ello no consta ni intentado, por lo que estamos ante una causa concreta y objetiva que posibilita la terminación del contrato".

- La última STS es de 1 de julio de 2020. ROJ: STS 2445/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2445, que estima recurso de casación frente a STSJ de Andalucía/Málaga y confirma la Sentencia del Juzgado de lo Social.

Se presentó RCUUD invocando a efectos de contradicción, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 diciembre 2014 con un único motivo que es la infracción de la doctrina establecida en la STJUE de 13 marzo 2014 (C-190/13).

Nuevamente se analiza la naturaleza de la relación laboral de los profesores universitarios. Trabajador con contrato de duración determinada, presta servicios como Profesor ayudante doctor en Universidad. Existe fraude de ley dado que no consta que el actor desarrollara actividad profesional ajena a la Universidad y acreditándose, en cambio, que ha venido prestando servicios a tiempo completo sin variación de funciones.

La sentencia estima el recurso y determina el carácter fraudulento de la figura contractual temporal por no reunir los términos exigidos en la STJUE de 13 de marzo 2014 (C-190/13), que posteriormente dio lugar a la sentencia del TS de 22 de junio de 2017 (rcud. 3047/2015).

3.2. Readmisión obligatoria en los despidos improcedentes del personal laboral de la Administración

✓ STJUE 25 julio 2018, Caso Gardenia Vernaza. C-96/17

a. Identificación de la sentencia

El 25 de julio de 2018 se dictó nueva Sentencia por el Tribunal de Justicia (Sala Sexta)³³¹, en este caso en relación con cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de

³³¹ Asunto Gardenia Vernaza Ayovi contra Consorci Sanitari de Terrassa. Identificación ECLI:EU:C:2018:603. Ponente. A. Arabadjiev.

lo Social núm. 2 de Terrasa en fecha 26 de enero de 2017 y también en relación con la Directiva y el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

b. Problema suscitado

La duda que plantea el Juzgado de lo Social de Tarrasa surge a raíz de los siguientes hechos que, en lo fundamental, cabe sistematizar de la siguiente forma:

- Trabajadora de Consorci Sanitari de Terrasa, entidad del sistema de sanidad pública.
- El régimen de la relación era de indefinido no fijo.
- Se le abre expediente disciplinario que finaliza con despido.
- Se formula demanda por el despido solicitando la declaración de improcedencia con las consecuencias de opción entre readmisión o indemnización y en todo caso salarios de tramitación.

c. Marco normativo coetáneo

La norma nacional que refiere el Auto al TJUE y que le ocasionaría dudas al confrontarla con la normativa europea sería el RDL 5/2015, de 30 octubre, Estatuto básico del Empleado Público. En relación al mismo refiere distintos artículos, pero en concreto los trascendentes serían:

- 1) El art. 8 que distingue las clases de empleados públicos existentes, entre ellos funcionarios de carrera, personal interino, laboral (fijo, indefinido no fijo y temporal).
- 2) El art. 96 que en relación al personal laboral y para los supuestos de declaración de improcedencia del despido fijo, establece la readmisión obligatoria, previsión que no se hace en relación al mismo supuesto de declaración de despido improcedente, pero respecto a los indefinidos no fijos y demás personal temporal.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto informa al TJUE sobre el origen jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo, personal contratado en régimen laboral sin respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El origen, refiere, se encontraría en las SSTs de 30 de Septiembre de 1996 y 7 de octubre de 1996³³², que diferenciaría entre los trabajadores que acceden a la Administración Pública previa superación del proceso de selección correspondiente y por tanto con respeto a los mencionados principios constitucionales (103 CE), y aquellos que no habrían cumplido los mismos y que por mor de la legislación laboral que igualmente le resultaría aplicable, tendrían que pasar a ser considerados fijos y no temporales. Precisamente por ello se “creó” jurisprudencialmente la figura del indefinido no fijo, que posteriormente se admitiría, lo que no deja de ser en cierto modo paradójico, en el propio Estatuto Básico del empleado público, si bien no llevó a cabo una regulación definitiva de su situación.

Así fue la propia jurisprudencia, la que tuvo que determinar (STS 25 de noviembre de 2013) su régimen jurídico, señalando que su relación laboral quedaba “...sometida a una condición resolutoria, provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura, cuyo cumplimiento extinguiría el contrato sin necesidad de acudir a los mecanismos de los arts. 51 y 52 del E.T”, que posteriormente se extendió a la propia “amortización” del puesto, dado que, en definitiva, existiría cierta analogía entre “interinidad” y el “indefinido no fijo”, encontrándose los trabajadores en la misma situación (SSTS 27 de mayo de 2002 y 19 de febrero de 2009), por tanto sin derecho a indemnización cuando se cubriera o amortizara la misma.

La controversia terminó por llegar al TC tras planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad planteado por el TSJ de Castilla y León en auto de 16 de marzo de 2011. En auto 178/2011 del TC no admitió la cuestión al entender que la “*Existencia de un régimen dual en los ceses de los trabajadores públicos se encontraba justificada por la necesidad de no alterar el régimen constitucional y legal de acceso al empleo público*”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

A partir de la normativa nacional y la jurisprudencia que mencionaba, el Auto plantea la duda de si dentro del concepto global de “*condiciones de trabajo*”, se encuentra la respuesta a dar a la declaración de improcedencia de un despido de que ha sido objeto el trabajador.

³³² RCU 83/1996 y RCU 3307/1995.

Si ello fuera así, lo que comparte el Juzgador a tenor de doctrina del propio TJUE que cita (asunto Nierodzik, C-38/13), se pregunta si la diversa forma con que responde el ordenamiento jurídico español ante un despido improcedente, la readmisión obligatoria y la opción entre readmisión o indemnización, en función de que se tenga la condición de personal fijo o personal indefinido no fijo, que en definitiva sería equiparable a temporal, supondría una discriminación en los términos del art. 4.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo y 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A partir de tales razonamientos, y a semejanza de como se hace siempre que se trata de aplicar el principio de igualdad y no discriminación, se pregunta si nos encontramos ante situaciones “comparables”, y en segundo lugar si existiría, en caso de diferencia, una razón objetiva que la justificara. En ese sentido el Auto procede a recoger consideraciones vertidas en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, asunto De Diego Porras I. Así:

- En relación a la “situación comparable” se remite al acuerdo marco, señalando que se ha de tener en cuenta un conjunto de factores tales como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación, y las condiciones laborales. En el caso que se analizaba considera que sí son comparables, ya que las funciones desempeñadas por el trabajador indefinido no fijo y el fijo son idénticas.
- Por lo que respecta a la posible justificación de la desigualdad de trato, se habrían de especificar elementos precisos y concretos a fin de determinar si responde a una necesidad auténtica y si permite alcanzar el objetivo que se pretendería conseguir con tal trato diferente, no bastando el hecho de que lo imponga la ley de forma abstracta y general.

En el caso concreto señala el Juzgador que “...ese diferente trato de los efectos del despido disciplinario improcedente, establecido en el art. 96.2 del TRLEBE en función de la duración del contrato de trabajo -y en especial la diferencia entre indefinidos y fijos- supone una discriminación (o un trato desigual) que no está justificado objetivamente a la luz de las normas de la Unión Europea...”, ya que las situaciones son comparables y no hay razones objetivas para ese trato diferenciado del trabajador indefinido no fijo.

A partir de ello plantea las siguientes interrogantes:

- 1) *¿Se considera dentro del concepto “condiciones de trabajo” de la cláusula 4, apartado 1, 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, la respuesta legal que ofrece el ordenamiento jurídico ante la calificación de un despido disciplinario considerado ilegal y en especial la respuesta que señala el artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público?*
- 2) *¿La cláusula 4, apartado 1, 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, consideraría discriminatoria una situación como la prevista en el artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en la que el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de las administraciones públicas si es declarado improcedente —ilegal— supone siempre la readmisión del trabajador pero si es indefinido —o temporal—, realizando las mismas funciones que uno fijo, otorga la posibilidad de no readmitirlo a cambio de una indemnización?*
- 3) *¿Y la misma pregunta anterior, no a la luz de dicha Directiva sino del art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, justificaría un trato desigual en esa circunstancia?»*

*f. Conclusiones de la Abogada General*³³³

Las conclusiones de la Abogada General se presentaron el 25 de enero de 2018, comienzan con una delimitación clara y sencilla de la controversia en los siguientes términos: “*¿Es discriminatorio el hecho de que un trabajador temporal del sector público no tenga derecho a ser readmitido en caso de que el empleador finalice de forma ilegal su contrato de trabajo, mientras que a los empleados públicos fijos la ley les confiere precisamente tal derecho?*”

³³³ Sra. Juliane Kokott.

Resalta la Abogada General que el asunto era uno más de una serie de procedimientos prejudiciales, planteados por órganos judiciales españoles en relación al principio de no discriminación de los trabajadores con contratos de duración determinada.

La Abogada resalta, en un primer momento, que la Directiva y el Acuerdo Marco son de aplicación frente a personas jurídicas de Derecho Público.

Ante la alegación de que la trabajadora no sería trabajadora temporal, sino que tendría un contrato de duración indefinida, y por tanto no sería de aplicación la Directiva, responde señalando que el Auto de planteamiento refería que realmente el indefinido no fijo era un contrato temporal, por lo que se habría de partir de tal consideración. Es de destacar este aspecto en relación con toda cuestión prejudicial, ya que un erróneo planteamiento de la cuestión prejudicial, en el sentido de una incorrecta información sobre la normativa o la jurisprudencia nacional puede condicionar la resolución que se dé, pero finalmente posibilitar un recurso, como sucedió en el caso De Diego Porras II planteado por el TS.

No obstante ello, el Abogado General considera que desde la perspectiva del Derecho de la Unión el contrato de la actora reuniría las características de un contrato de duración determinada, ya que su final vendría determinado 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*”. El hecho mismo, señala, que se denomine “no fijo” evidencia que no es permanente, sino que su finalización resulta incierta en tanto que no se sabe cuándo ocurrirá. Por ello y en definitiva considera que estaríamos ante un contrato temporal y por ende sería de aplicación la Directiva y el Acuerdo Marco.

A partir de ahí analiza las cuestiones que recurrentemente se han de determinar. Concepto de condiciones de trabajo, situación de comparabilidad, diferencia de trato, existencia o no de condiciones que justifiquen la misma.

El Abogado General concluye considerando que no existirían razones objetivas que justificaran esa diferencia de trato, por lo que se produciría una vulneración del principio de igualdad de la Directiva, así como del art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales, proponiendo que se dictara Sentencia en ese sentido.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 25 de junio de 2018 se dictó finalmente la Sentencia por el Tribunal de Justicia, siendo ponente el Sr. A. Arabadjiev, quien, como ya se refirió, posteriormente sería ponente también en el asunto De Diego Porras II.

La Sentencia en este caso discrepa de las conclusiones del Abogado General, y ello a pesar de que coincide en muchos aspectos de ésta, declarando finalmente que:

“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 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización”.

Así la diferencia que lleva al fallo, distinto al propuesto por el Abogado General, surge a partir del momento de determinar si existirían “razones objetivas” que permitirían justificar la diferencia de trato, coincidiendo, sin embargo, en señalar que no sería suficiente que “...esté previsto por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo” (a tales efectos cita el asunto Grupo Norte, cuya Sentencia se había dictado tan solo un mes antes, el 5-6-2018, por el mismo ponente).

Sin embargo, admite la tesis del gobierno español en el sentido de que la diferencia vendría dada por el “...contexto específico en que se produce su contratación”, de tal manera que la garantía de la readmisión estaba vinculada al sistema de acceso al puesto del personal laboral fijo, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, y superando pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y el orden de prelación. Por tanto, con la obligatoriedad de la readmisión de los trabajadores fijos de la Administración se ha querido respetar los propios principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. En definitiva, señala, “...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...”.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 17 de octubre de 2018 se dictó finalmente la Sentencia³³⁴ por el Juzgado de lo Social 2 de Terrassa. La Sentencia parte de la declaración de no procedencia del despido llevado a cabo, al no haberse acreditado los hechos imputados, declarando la improcedencia de este.

Ya en lo relativo a las consecuencias de la declaración de la improcedencia está a lo dispuesto en la STJUE, por lo que condena a la demandada a que, a su opción, procediera a readmitir a la trabajadora con abono de salarios de tramitación o le abonara la indemnización correspondiente por extinción de la relación laboral.

i. Breve valoración

La Sentencia pudiera ser cuestionable, compartiéndose los criterios y conclusiones señalados por el Abogado General, máxime por las consecuencias que puede tener.

No cabe desconocer que, efectivamente, la adquisición de la condición de indefinido no fijo trae origen en la creación jurisprudencial, para hacer compatible las normas generales del Estatuto de los Trabajadores aplicable a la relación laboral, con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que la Constitución impone a la hora de acceso al empleo público. Por tanto, surge de una ilegalidad.

De otro lado, cabe plantearse como hipótesis de análisis, que tal ilegalidad puede tener orígenes bien distintos. Puede ser imputable exclusivamente a la administración contratante, y ello consciente o inconscientemente y puede ser también con la participación activa del trabajador. En todo caso se trata de “patologías” que no se deberían dar en un correcto funcionamiento de la Administración pública.

De otro lado la evolución jurisprudencial vino llenando el contenido de la propia figura del indefinido no fijo, pudiéndose extinguir la relación bien por cobertura de la plaza a través del correspondiente concurso público, bien por amortización del propio puesto de trabajo. En ambos casos se fijó finalmente que se percibiría una

³³⁴ Sentencia nº 249/2018, Autos 636/2016.

indemnización equivalente a 20 días por año de servicio, en definitiva, equivalente al despido objetivo.

Pero la observación, y la crítica a la propia STJUE viene dada por el hecho de que la patología inicial, ilegalidad en la contratación, puede producir una patología final, y es la arbitrariedad en la propia extinción de la relación laboral, a pesar de la declaración de improcedencia del despido. No cabe desconocer que los parámetros de actuación de la empresa privada y de las Administraciones Públicas si bien tienen muchas afinidades, tienen una clara diferencia, cual es la prohibición expresa constitucional de la actuación arbitraria por parte de la administración, a tenor del art. 9.3 de la Constitución. Máxime cuando se vulnera un derecho consagrado por la CE como es el derecho al trabajo (art. 35.1). Por ello parecería más razonable, en aplicación de dicha previsión, la imposición de la readmisión, o al menos de la obligación de explicitar, cuando se ejerce la opción entre readmisión o abono de indemnización, las razones de la alternativa adoptada en el supuesto concreto

Si bien todo lo anterior sería crítica respecto a los trabajadores con la condición de indefinidos no fijos, en relación a los contratados temporales, que han accedido respetando los principios constitucionales, la diferencia de trato carece de justificación.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- No existe STS que la cite, siendo la primera del TSJ de Castilla y León, de 10 de enero de 2019 - ROJ: STSJ CL 35/2019, ECLI:ES:TSJCL:2019:35, que confirma sentencia que estimó la demanda de los actores declarando la relación laboral que mantenían con la Consejería como de indefinido no fijo, pero no de indefinidos fijos como se pretendía en la misma. Se recurre por los trabajadores sosteniendo que se debió reconocer la pretensión principal.

La Sentencia se remite a su sentencia de 7 noviembre 2016, así como a la doctrina jurisprudencial, entre otras STS de 28 marzo 2017, que distingue entre la figura de trabajador fijo y de trabajador indefinido no fijo en el sector público, que se recogió posteriormente en el vigente Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, que diferencia en sus artículos 8 y 11.1 al personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, lo que conlleva que el segundo no sea equiparable al primero.

Así refirió que “...*El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, diferencia en sus artículos 8 y 11.1 al personal*

laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, lo que conlleva que el segundo no sea equiparable al primero. Tal diferenciación es, por otra parte, avalada (al menos, en alguno de sus aspectos) por el TJUE en sentencia de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17 ...”:

- La última Sentencia que la cita es la del TSJ Galicia de 13 febrero 2020. ROJ: STSJ GAL 1462/2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:1462 que confirmó sentencia de instancia que a su vez había desestimado la demanda de la actora que solicita condena a la Consellería demandada al abono de indemnización por finalización de contrato temporal de interinidad.

La sentencia desestima el recurso y recuerda la abundante doctrina europea y nacional”...entre otras *STSJ Galicia 14/11/19 R. 2265/19, 15/02/19 R. 3653/18, se ha sostenido por doctrina comunitaria [SSTSJUE 05/06/18, asunto Grupo Norte Facility c. Moreira (C574/16); 05/06/18, asunto Montero Mateos c. Agencia Madrileña de Atención Social (C677/16); y 25/07/18, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa (C-96/17), que el cese de los interinos por cobertura reglamentaria de las plazas no comporta necesariamente una indemnización, al no resultar discriminatorio su no previsión, esto es, la normativa comunitaria «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 cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, 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”.*

3.3. Indemnizaciones en los supuestos de extinción de contratos de relevo

✓ STJUE 5 junio 2018, Caso Grupo Norte Facility. C-574/16

a. Identificación de la sentencia

En fecha 2 de noviembre de 2016, por tanto entre la primera y la segunda Sentencia del asunto De Diego Porras que posteriormente se analizará, se volvió a plantear nueva cuestión prejudicial por el TSJ de Galicia mediante Auto en relación a la Directiva 1999/70 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, que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de fecha 5 de junio de 2018³³⁵.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho era ciertamente peculiar y cabe extractarlo de la siguiente forma:

- Empresa demandada, Grupo Norte, formaliza contrata de limpieza con el Hospital Montecelo de Pontevedra.
- La trabajadora, limpiadora, es contratada con contrato de relevo, con jornada de 75% de la ordinaria, para sustituir a trabajadora que se jubilaba parcialmente (casualmente su propia madre), y ello con duración hasta la jubilación de la madre, tres años después.
- Existía la costumbre en el Hospital Montecelo que los contratos de relevo se suscribirían con hijos de los/as parcialmente jubiladas y que llegada la jubilación se les contratara como hijos.
- La madre se jubila y se le comunica a la actora su cese.
- Por la trabajadora se formula demanda sobre despido, dictándose Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra, por la que se declara que el cese habría constituido despido que se califica como improcedente, con las consecuencias legales inherentes a ello.
- Por la empresa grupo Norte se formula el correspondiente recurso de suplicación.

La recurrente cuestiona que existiera una “costumbre” en términos legales, y que la libertad de empresa le permitía contratar a quien deseara, y que extinguido el contrato no tendría derecho a indemnización alguna.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto da cuenta de los artículos del Estatuto de los Trabajadores que resultarían de aplicación. Así:

- El art. 12 que regulaba la jubilación parcial y el contrato de relevo.

³³⁵ Asunto Grupo Norte Facility SA contra Angel Manuel Moreira Gómez. Identificación. ECLI:EU:C:2018:390. Ponente. Sr. A. Arabadjiev.

- El art. 15 que prevé que los contratos podrán ser por tiempo indefinido o por duración determinada.
- El art. 49 que regula las causas de extinción de los contratos, entre ellas las que determinaron la causa de temporalidad, en cuyo caso tienen derecho a indemnización de doce días por año de servicio (excepto interinidad y formativos) y causas objetivas del art. 52, con derecho a indemnización de 20 días, aplicable a los indefinidos y a los temporales antes de su finalización.
- El art. 53 en cuanto a forma y efectos del despido objetivo.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Igualmente el TSJ de Galicia da cuenta de la jurisprudencia existente en relación a los contratos de interinidad y de relevo, remitiéndose a la STS de 11 de Marzo de 2010³³⁶, que distinguía la finalidad del contrato de interinidad, “*preservar la continuidad de otra relación laboral en suspenso*” y el de relevo en el que existe un mecanismo compensatorio entre el gasto que supone la pensión y el ingreso de la cotización, parte abonado por el puesto que mantiene el jubilado parcial y parte por el relevista, de tal forma que el puesto de trabajo de este último, salvo negociación, “...sería disponible para la empresa”, a tenor de la previsión contenida en el art. 12.7.b del E.T., que disponía que “...*la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o como mínimo igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de sesenta y cinco años*”.

Ello le lleva a considerar al Auto que “...*ninguna similitud cabe establecer entre el relevo y la interinidad en cuanto a naturaleza y fines, exceptuando el carácter temporal...*”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Como se resaltó con anterioridad, el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial se formuló entre la primera y la segunda Sentencias dictadas por el TJUE, en el asunto Diego Porras, lo mismo que otras cuestiones prejudiciales planteadas por el

³³⁶ Recurso casación nº 135/2009.

mismo TSJ de Galicia. (Cobra servicios, C-29/18 y Universidad de Santiago de Compostela, C-293/18).

Se da igualmente la circunstancia de que la Sentencia de instancia declaró que el cese del contrato, en este caso de relevo, constituiría despido que califica de improcedente. Sin embargo, en el Auto se admite la legalidad del contrato formalizado y no se cuestiona la terminación de éste, por lo que no existiría despido, centrandose su análisis en la diferencia de indemnización que percibiría por la finalización del contrato temporal, en relación con la que percibiría un trabajador indefinido por circunstancias objetivas. Se trata, por tanto, de la misma problemática que se planteaba en el primer asunto De Diego Porras por el TSJ de Madrid, si bien en aquel la contratación había sido de interinidad y en este la contratación fue de relevo. En ambos casos las Salas no cuestionaban, como se ha indicado, la legalidad del contrato temporal, sino exclusivamente la diferencia de indemnización a percibir, 20 días.

La estructura del Auto de planteamiento venía determinada por la primera Sentencia del asunto De Diego Porras. Así:

- En primer lugar, si la indemnización habría de considerarse como una “*condición de trabajo*”, lo que considera afirmativamente.
- En segundo lugar, si era de aplicación la Directiva 1999/70/CE y los objetivos de ésta que vedarían el “*trato discriminatorio*” entre temporales e indefinidos.
- En tercer lugar, si eran “*situaciones comparables*”, considerando que sí, porque realizaban el mismo trabajo el actor y la persona relevada u otro fijo.
- En cuarto lugar, que existía una “*diferencia de trato*” en las indemnizaciones (los 20 días señalados por la primera Sentencia de Diego Porras, y los 12 días de los contratos temporales).
- Y por último si había “*razones que justificaran*” esa diferencia de trato a la extinción de la relación laboral, de tal manera que si no existían se produciría una vulneración del principio de no discriminación de la Directiva.

Las dudas que formula se concretan definitivamente en las siguientes preguntas:

“1) A efectos del principio de equivalencia entre trabajadores temporales e indefinidos ¿deben considerarse “situaciones comparables” la extinción del contrato de trabajo por “circunstancias objetivas” ex art. 49.1 c) ET y la derivada de “causas objetivas” ex art. 52 ET, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuesto constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, prohibida por 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?”

2) De ser así, ¿debe entenderse que los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican también, conforme a la cláusula 4.1 del ante citado Acuerdo Marco, la diferencia de trato a la hora de indemnizar peyorativamente la extinción de la relación laboral, cuando el empresario opta libremente porque tal contrato de relevo sea de duración determinada?”

3) A efectos de garantizar el efecto útil de la citada Directiva 1999/70/CE, de entenderse que no hay una justificación razonable conforme a la Cláusula 4.1, ¿ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores temporales y fijos en la normativa española antes referida, constituye una discriminación de las prohibidas en el art. 21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión?»

*f. Conclusiones de la Abogada General*³³⁷

En fecha 20 de diciembre de 2017 se formularon las conclusiones generales de la Abogada General, por tanto, ya dictada la primera Sentencia de Diego Porras, a la que hace mención con una crítica, señalando que “...El presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar en este aspecto -al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras- y de reconsiderar su jurisprudencia a este respecto”.

La primera cuestión que analiza, al existir discrepancia entre las partes comparecientes, era si el principio de no discriminación se aplicaba a las

³³⁷ Sra. Juliane Kokott.

indemnizaciones por considerarse “*condiciones de trabajo*”, o solamente a condiciones de trabajo estricto sensu, por tanto, excluidas las consecuencias de la finalización de un contrato. Y respecto a ello declara que efectivamente se han de considerar como condiciones de trabajo, ya que como tal hay que entender todas aquellas que “...*estén ligadas a su relación laboral con su empresario*”.

Posteriormente resalta que objetivo fundamental del Acuerdo Marco es el respeto al principio de no discriminación, a fin de garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con contrato de duración determinada. Principio que no cabe ser interpretado de manera restrictiva y que igualmente vendría recogido en otras disposiciones como las Directivas antidiscriminación 2000/78/CE y 2006/54/CE -sexo, edad u orientación sexual- que comprenden igualmente las condiciones de despido. De ello concluye que efectivamente las indemnizaciones por finalización de la relación laboral, como condiciones de trabajo, se ven afectadas por el principio de no discriminación (“*manifestación particular del principio general de igualdad de trato y de no discriminación del Derecho de la Unión*”), cuando se comparan contratos temporales e indefinidos, no siendo de aplicación cuando se compara entre contratos temporales.

A partir de ello considera que se habría de determinar la “...*comparabilidad de las situaciones*”, y ello a la luz del objeto y finalidad de la cuestión a comparar.

Así señala que, si bien la indemnización por la extinción del contrato es una compensación por el hecho de la pérdida del puesto de trabajo, no existe una situación comparable en caso de despido y finalización del contrato temporal, diferencia que se concreta particularmente en la previsibilidad. Así:

- En el contrato de duración determinada la extinción por realización de la obra o cualquier otro motivo que determina su temporalidad, es “*esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa*”.
- Sin embargo, en el caso del despido la extinción es “anticipada”, y lo que se trata de compensar son “...*las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral*”.

Pues bien, en el caso del actor considera que efectivamente no se habría producido ninguna frustración de expectativas, ya que su contrato de relevo, inferior a

tres años, era hasta tanto cumpliera edad de jubilación la relevada que era su propia madre.

La Abogada General resalta en este punto que desde la perspectiva del Derecho de la Unión y de los propios interlocutores sociales, el contrato “...*de duración determinada no puede considerarse perse rechazable o, más aún ilegal*”. Concluye por ello señalando que la diferencia en cuanto a no existencia de indemnización a la finalización del contrato temporal en relación a los indefinidos no supone una discriminación.

No obstante, y a fin de dar contestación a todas las alegaciones del Auto de planteamiento y posiblemente teniendo como referencia la Sentencia De Diego Porras I, analiza igualmente si aun considerando que estuviéramos en situaciones comparables (que anteriormente se ha comentado que no lo considera), existirían razones objetivas que justificarían tal diferencia. Y para ello señala que efectivamente sería admisible la diferencia, aun cuando fueran comparables las situaciones, si existieran razones objetivas para ello.

Y en relación a ello resalta que respecto a tales razones objetivas se ha de tener en cuenta tanto las tareas que desempeñan los fijos y los temporales, que en este caso efectivamente son “iguales”, como los “...objetivos legítimos de política social que persigue el Estado...”.

Resalta que en relación al objetivo de la política social del legislador español vendría dado fundamentalmente por dos razones:

- De un lado “*facilitar a los demandantes de empleo la integración en el mercado laboral*” para alcanzar un nivel de empleo lo más alto posible.
- De otro, “*consolidar la base de financiación de la seguridad social española*”, ya que permitiría la cotización que venía realizando con anterioridad el jubilado.

Finalmente señala la posible incongruencia que sería el permitir al empresario que la contratación del relevista fuera con carácter temporal o indefinido y se pregunta si esa incongruencia justificaría considerar que existe una discriminación. Y a esa interrogante contesta negativamente, señalando que es razonable el ofrecer una propuesta “*atractiva*” al empresariado, no obligándole a una única contratación

indefinida. Y el hecho de que pudieran existir “abusos” en dicha contratación no sería obstáculo, pudiéndose perseguir con los mecanismos que establece la cláusula 5 del Acuerdo marco.

g. La sentencia del TJUE

El 5 de junio de 2018 se dicta Sentencia por el Tribunal de Justicia (Gran Sala), mismo día que la del asunto Lucía Montero que posteriormente se analiza (C-677/16), siendo el mismo ponente en ambos casos, ponente que igualmente fue el mismo en la segunda Sentencia del caso De Diego Porras.

La Sentencia coincide con los argumentos dados por el Abogado General, dando contestación a las preguntas formuladas en los siguientes términos:

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 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 20 de junio de 2018 se dictó la Sentencia final por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia³³⁸ que, en concordancia con la STJUE, estimó el recurso formulado por la empresa y se revocó la Sentencia de instancia, por lo que desestimó finalmente la demandada de despido formulada por el actor. Es de resaltar que la sentencia parte de que el contrato suscrito por el actor era temporal y que su finalización estaba legalmente fundada en el art. 49 del E.T., y por tanto con derecho a percibir la indemnización de 12 días por año de servicio.

³³⁸ Recurso suplicación nº 2279/2016.

Sin embargo, quizá siguiendo el planteamiento del Auto del TSJ de Madrid que dio lugar a la primera sentencia del TJUE sobre el asunto De Diego Porras, el TSJ de Galicia, reconduce la controversia ya no tanto a la declaración de existencia o no de despido, sino a si la indemnización a percibir sería la de 12 días por año de servicio o 20 días, equiparable a los despidos objetivos. Y en relación a ello la Sentencia del TSJ de Galicia se atiene al pronunciamiento de la STJUE dictada con ocasión del planteamiento de la cuestión prejudicial, que modificando el criterio de la Sentencia de Diego Porras I, declaró, como se refirió, “...*que no se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.*”

Por ello en la Sentencia final se estimó íntegramente el recurso formulado, desestimando la demanda formulada por el actor.

i. Breve valoración

Se trata de nuevo de asunto que su origen hay que relacionarlo con la primera Sentencia de Diego Porras, y que su final es el mismo que las que supusieron una rectificación de la doctrina sustentada en aquella y que se plasmó posteriormente en la segunda Sentencia del asunto De Diego Porras. El resultado, como es sabido, es que existe una razón objetiva que justifica el diferente tratamiento (aun cuando no son situaciones comparables), que sería los objetivos legítimos de política social que persigue el Estado y si fueran comprables.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

La primera Sentencia del TS que la cita es la de 28 mayo de 2019. ROJ 2071/19. ECLI:ES:TS:2019:2071, estimando recurso de casación y desestimando la demanda inicialmente formulada.

Se presentó RUD por el organismo demandado (AENA), planteando si la válida extinción de un contrato temporal de interinidad por sustitución lleva aparejado el reconocimiento de la indemnización prevista en el artículo 53.1.b) ET (20 días por año

de servicio) o si la misma supone una discriminación respecto a los contratos fijos que se extinguen por causas objetivas.

El Tribunal Supremo reproduce la doctrina comunitaria y en concreto las sentencias del TJUE de 5 de junio de 2018 (caso Montero Mateos-C-677/16 - y Norte Facility -C-574/16) y de forma más específica por la posterior sentencia de 21 de Noviembre de 2018 (C-619/17) cuya doctrina rectificó la contenida en la primera sentencia del caso Diego Porras, negando que quepa considerar contraria a la Directiva la norma que permite que la extinción regular del contrato de trabajo de interinidad no dé lugar a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas. Reitera por tanto lo ya dicho en su STS del Pleno de 13 de marzo de 2019.

- La última STS que la cita es la de 16 de julio de 2020 - ROJ: STS 2575/2020, ECLI:ES:TS:2020:2575, que estimó recurso formulado frente a STSJ PV y estimando en parte la demanda de la actora.

La controversia giraba sobre si procedía el abono de la indemnización prevista en el artículo 53.1.b) ET (20 días por año de servicio) a la finalización del contrato de relevo. Sigue y aplica SSTJUE de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility C-574/16 y Montero Mateos, C-677/16; Reitera, entre otras, SSTS/IV de 11/09/2019 y 09/07/2019.

Así refiere que “... Como señala esta Sala IV/TS en sentencia de 9 de julio de 2019 (rcud. 1910/18), *“La cuestión planteada ha sido resuelta expresamente por la STJUE de 5 de junio de 2018 (C-574/16) en la que se ha señalado que si en la contratación y ejecución del contrato de un trabajador relevista no han existido irregularidades que desvirtúen la naturaleza del mismo, se ajusta a la normativa comunitaria lo dispuesto en el art. 49-1-c) del ET que establece una indemnización por fin de un contrato temporal de duración determinada, como el de relevo, que es inferior a la que corresponde a los trabajadores indefinidos cuando se extingue su contrato por las causas objetivas del art. 52 del ET. Esa desigualdad que se deriva de nuestra normativa legal que no se considera discriminatoria y contraria al Acuerdo Marco Anexo a la Directiva 1999/70/CE por las razones que en esa sentencia se dan y hemos hechos nuestras en reiteradas sentencias a las que nos remitimos en aras a la brevedad...”*

Casa y anula la sentencia, estimando en parte el recurso y condenando al organismo al abono de la indemnización establecida en el artículo 49.1.c) ET, por finalización de contrato temporal, aplicable -sin duda- a los contratos de relevo y cuya

cuantía asciende a 9 días por año de servicio, atendida la fecha de finalización de la relación laboral.

✓ **ATJUE 21 agosto 2018. Caso Rodríguez Otero. C-212/17**

a. Identificación del Auto

En fecha 21 de agosto de 2018 se dictó Auto por el presidente del Tribunal de Justicia por el que se acordó el archivo del procedimiento que traía causa en Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de abril de 2017.³³⁹

b. Problema suscitado

Como cabe deducir de lo referido por el Auto de archivo, los hechos de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia tenían similitud con los del asunto Grupo Norte Facility³⁴⁰ que también se inició por Auto del mismo TSJ de fecha 2 de noviembre de 2016.

No obstante ello, se resume muy esquemáticamente el relato factico:

- Trabajadora que suscribe contrato de relevo a tiempo completo, por jubilación parcial de trabajadora con misma categoría profesional.
- La jubilada reducía su jornada ordinaria y salario en un 75%.
- En el contrato se fijó su duración de 4 meses y 26 días.
- Al llegar el tiempo referido en el contrato se comunica el fin del mismo.
- La trabajadora formula demanda por considerar su contratación fraudulenta al no haber realizado las mismas funciones que la sustituida.
- La Sentencia de instancia no considera fraudulento el contrato y estima válida la extinción.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo nacional venía dado por el E.T., cuyo art. 12 regulaba el contrato de relevo, estableciendo, entre otros requisitos, que la reducción de la jornada del jubilado debía ser entre un mínimo del 25% y un máximo del 75%, y que el contrato de relevo debía sustituir la jornada dejada vacante. Igualmente se indicaba que el puesto

³³⁹ Asunto Simón Rodríguez Otero contra Televisión de Galicia, S.A., Ministerio Fiscal. ECLI:EU:C:2018:690. Presidente Sr. K. Lenaerts.

³⁴⁰ C-574/16.

de trabajo del relevista podría ser el mismo o similar, correspondiente al mismo grupo profesional, salvo excepciones en cuyo caso se establece la necesidad de una correspondencia de bases de cotización.

Igualmente da noticia al TJUE de los distintos contratos que regula el ordenamiento nacional, distinguiendo temporales e indefinidos, y estableciendo que tendrían los mismos derechos unos y otros, sin perjuicio de las peculiaridades en materia de extinción.

Posteriormente da cuenta de la regulación relativa a la extinción de los contratos, art. 49 del E.T., entre otras por causas objetivas, art. 52.

Se recuerda que se había dictado la primera Sentencia De Diego Porras y la doctrina de la misma en cuanto a derecho a indemnización equivalente a los despidos objetivos para los supuestos de extinción de contrato de interinidad y que tantas dudas originó en relación a indemnización a percibir por el resto de contratos temporales y que motivó planteamientos de sucesivas cuestiones prejudiciales.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto pasa a analizar la jurisprudencia relativa a diferencias entre el contrato de interinidad y el de relevo. Así la STS de 11 de marzo de 2010³⁴¹ que destacaba las diferencias de uno y otro (finalidad, jornada, funciones etc.).

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

A la hora de justificar el planteamiento de la cuestión prejudicial la Sala de lo Social del TSJ parte de que el contrato de relevo cumplía todos los requisitos establecidos en la legislación española, por lo que no podía considerarse como fraudulento, discrepando, con ello, de la Sentencia de instancia.

Sin embargo y como hizo en el asunto Grupo Norte Facility , al que expresamente cita, lo que plantea al TJUE es la posible indemnización a percibir, teniendo en cuenta, para ello, la doctrina dictada en la Sentencia De Diego Porras, y preguntando si aun cuando en aquel supuesto se trataba de una contratación de interinidad, sería de aplicación la misma doctrina al caso que analizaba, contrato de relevo, por considerar que se daban las notas de comparabilidad, trato desigual, e inexistencia de razones objetivas que justificaran la misma.

³⁴¹ Recurso casación nº 135/2009.

*f. Conclusiones del Abogado General*³⁴²

En Auto de archivo se indica que se dicta habiendo sido oído el Abogado General.

g. Auto de Archivo

En fecha 21 agosto de 2018 se dicta Auto de archivo por el presidente del TJUE. En el mismo se refiere que se habría comunicado al TSJ de Galicia la Sentencia dictada por el TJUE en fecha 5 de junio de 2018, asunto C-574/16, Grupo Norte Facility, “...invitándole a que indicara si, a la luz de dicha sentencia, deseaba mantener su petición de decisión prejudicial”. El TSJ habría presentado escrito informando “...no deseaba mantener esta petición de decisión prejudicial”.

Es por ello por lo que al amparo del art. 100³⁴³ del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, acordó el archivo de la cuestión.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 31 de julio de 2018 se dictó la Sentencia final por el TSJ de Galicia³⁴⁴. Cabe recordar que un mes antes, el 20 de junio de 2018, había dictado el mismo TSJ de Galicia la Sentencia final en el asunto Grupo Norte Facility tras la STJUE dictada el 5 de junio de 2018.

A partir de ello y dado que en el propio Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ya había adelantado que el TSJ no consideraba fraudulento ni el contrato de relevo suscrito por el actor, ni la extinción llevada a cabo por la demandada, tal y como había declarado la Sentencia de instancia, forzoso era desestimar el recurso de suplicación formulado por el actor.

i. Breve valoración

Se ha de reiterar lo dicho en relación a los solapamientos que se producen entre Autos de planteamientos, de tal forma que, como sucede en el presente caso, con posterioridad al planteamiento de cuestión prejudicial puede dictarse STJUE en otro

³⁴² Sra. J. Kokott.

³⁴³ “1. El Tribunal seguirá siendo competente para conocer de la petición de decisión prejudicial mientras el órgano jurisdiccional que le remitió dicha petición no la retire. La retirada de la petición de la decisión prejudicial podrá ser tenida en cuenta hasta la notificación de la fecha de pronunciamiento de la sentencia a los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto”.

³⁴⁴ Recurso suplicación nº 4812/2016. ROJ: STSJ GAL 4186/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:4186.

asunto planteado anteriormente que motiva el desistimiento de la cuestión planteada con posterioridad.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

Al finalizar por Auto de archivo y sin conclusiones no existen sentencias que referencien el asunto.

3.4. Indemnizaciones en la extinción de los contratos de obra o servicio por finalización de contrata

✓ STJUE 11 abril de 2019. Caso Cobra Servi Aux. C-29/18, C-30/18 y C-44/18

a. Identificación de la sentencia

En fecha 11 de abril de 2019 el Tribunal de Justicia (Sala Segunda)³⁴⁵, se pronunció nuevamente sobre cuestiones relativas a percepción de indemnización a la finalización de contratación temporal. Y se dice “cuestiones” por cuanto que se dio respuesta a tres cuestiones planteadas, mediante sendos autos de tres días consecutivos, 26, 27 y 29 de diciembre de 2017, dictados por el TSJ de Galicia y que se acumularon.

Nos encontramos, nuevamente, con Autos de planteamiento formulado entre la primera sentencia del TJUE De Diego Porras (14 septiembre de 2016) y la segunda Sentencia (21 septiembre de 2018).

b. Problema suscitado

Los hechos esquemáticamente cabe resumirlos de la siguiente forma:

- Trabajador que presta servicios para la empresa Cobra que a su vez había formalizado contrato con empresa Unión Fenosa para la que prestaba el servicio de lectura mensual de contadores.
- La empresa Cobra realiza dicho servicio con trabajadores fijos (no se especifica si contratados con anterioridad a la contrata), y trabajadores específicamente contratados, como el actor, para dicha contrata.
- Unión Fenosa da por resuelto el contrato (no se especifica si a la finalización del tiempo establecido en el mismo).
- Como consecuencia de tal resolución la empresa Cobra procede a:

³⁴⁵ Asunto Cobra Servicios Auxiliares, S.A., y José David Sánchez Iglesias (C-29/18), José Ramón FiuzaAsorey (C-30/18), Jesús Valiño López (C-44/18), FOGASA (C-29/18 y C-44/18), Incatema, S.L. Identificación ECLI:EU:C:2019:315. Ponente Sr. A. Arabadjiev.

- plantear despido colectivo en relación a trabajadores fijos, abonando indemnización de 20 días por año.
- dar por extinguido los contratos de fijo de obra o servicio, entre ellos los de los actores, por finalización de la contrata, con derecho a indemnización de 12 días por año.

A partir de ello los trabajadores formulan demanda por despido con doble petición alternativa:

- Así en primer lugar alegaron que el contrato de obra era fraudulento y por tanto su relación laboral indefinida y la comunicación de cese despido que se habría de calificar como improcedente con las consecuencias legales.
- Subsidiariamente alegaron, remitiéndose a la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (De Diego Porrás I), que la indemnización a percibir debería de ser la misma de los despidos colectivo, por aplicación de la Directiva 1999/70/CE, que vedaría la diferencia de indemnización entre fijos y temporales por ceses “objetivos”.

Finalmente, el Juzgado de lo Social asumió la primera petición, y declaró improcedentes los despidos al entender que los contratos eran fraudulentos.

La empresa condenada, Cobra, formula recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia, quien formula la cuestión prejudicial.

c. Marco normativo coetáneo

A nivel nacional el marco normativo era análogo a anteriores sentencias. La regulación de los contratos de duración determinada, art. 15 del E.T., art. 49 en cuanto a los motivos de extinción de los contratos, entre ellos la expiración del tiempo convenido a la relación de la obra o servicio determinado, con derecho a indemnización de doce días por año de servicio, y art. 51 y 52 del E.T. en cuanto a los despidos colectivos y objetivos, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y con derecho a indemnización de 20 días por año de servicio.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

La Sala cita doctrina del Tribunal Supremo en relación con el carácter fraudulento o no del contrato formalizado, señalando que aun cuando el formalizado por los actores no era para la realización de una obra o servicio determinado, sí lo era por el tiempo de duración de contrata.

Así cita STS de 15 de enero de 1997³⁴⁶ en la que se indicaba que “...*existe una necesidad objetiva de trabajo temporalmente limitado para la empresa y objetivamente definido y esa es...una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste...*”. En análogo sentido SSTs de 8 de junio de 1999, 20 de noviembre de 2000, 21 de febrero de 2008, 17 de junio de 2008; en esta última se señalaba que “...*al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, era igualmente ajustada al mandato del art. 49. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquella se refería...*”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Los Autos, de fechas 26, 27 y 29 de diciembre de 2017, se dictan por el TSJ de Galicia y posteriormente se acumularon. Como se señaló anteriormente ya se había dictado la primera STJUE del asunto De Diego Porras, pero no la segunda que finalmente se dictó casi un año después, el 21 noviembre de 2018.

El TSJ en sus respectivos Autos discrepa de la Sentencia de instancia al considerar que los contratos de obra formalizados por los actores no serían fraudulentos al estar vinculados a la duración de la contrata, aun cuando no se tratara de una obra o servicio determinado, y al efecto cita jurisprudencia del T.S. antes referida.

A partir de ello, sin embargo, se plantea el que un mismo hecho, la extinción de la contrata, pudiera dar lugar a consecuencias distintas según que el contrato fuera temporal o indefinido, en el primer caso indemnización de 12 días y en el segundo de 20 días, y si ello, en línea con la doctrina del asunto De Diego Porras (STJUE 14 septiembre de 2016) supondría una discriminación de una “...*condición de trabajo*” vedada por la Directiva 1999/70.

³⁴⁶ RCU 3827/1995.

Con tal argumentación plantea las siguientes preguntas:

- *¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, en virtud de un mismo supuesto de hecho (la terminación de la contrata entre la empleadora y una tercera empresa por voluntad de esta última), prevé una indemnización menor para la extinción de un contrato de duración determinada por obra o servicio consistente en la duración de dicha contrata que para la extinción de los contratos indefinidos de trabajadores comparables, por despido colectivo justificado por causas empresariales productivas derivadas de la terminación de la citada contrata?*
- *De ser la respuesta positiva, ¿ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización, por extinción contractual justificada por idéntica circunstancia fáctica aun con amparo en diferente causa legal, entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores indefinidos comparables, constituye una discriminación de las prohibidas en el art. 21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación de los arts. 20 y 21 de la Carta, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión?».*

*f. Conclusiones de la Abogada General*³⁴⁷

La Abogada General interesó se dictara Sentencia sin conclusiones escritas.

g. La sentencia del TJUE

El 11 de abril de 2019 se dictó Sentencia por el TJUE en los asuntos acumulados y en los que se reiteran consideraciones ya realizadas en anteriores Sentencias, como Lucia Montero y De Diego Porras II.

Así reitera la finalidad de la Directiva 1999/70 que aplica el Acuerdo Marco UNICE, CEEP y CES, que no sería otra que “...establecer los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada...y establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato

³⁴⁷ Sra. J. Kokott.

de duración determinado, protegiéndolos contra la discriminación..:”, para “...evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”.

A tales efectos recuerda las definiciones del Acuerdo Marco en relación a:

- *“trabajador con contrato de duración determinada”: el final del contrato de trabajo...viene determinado 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.*
- *“trabajador con contrato de duración indefinida comparable...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.”.*

Resalta la Sentencia que a partir de la consideración realizada por el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial por el TJS de Galicia, el contrato suscrito por los trabajadores era de obra y no fraudulento, y que ciertamente la indemnización por finalización del mismo estaría incluida dentro del concepto de *“condiciones de trabajo”*, y por tanto no sería admisible, a tenor de la Directiva, una diferencia de trato respecto a situaciones comparables, a no ser que estuviera objetivamente justificado.

El siguiente aspecto que analiza la Sentencia es si estaríamos ante *“situaciones comparables”*, entendiendo por tales las que suponen desempeñar las mismas funciones, resaltando que efectivamente en el caso concreto realizaban las mismas funciones que los trabajadores indefinidos que fueron despedidos mediante despido colectivo.

Y por último analiza si esa diferencia estaría *“objetivamente justificada”*, considerando que sí, ya que la finalización de los contratos, en ambos casos, se produce en un contexto distinto desde el punto de vista jurídico. Así:

- en el caso de los trabajadores indefinidos, al producirse una circunstancia (la extinción de la contrata) que no estaba prevista en el momento de su celebración y que supondría un cambio radical en el desarrollo de la relación laboral. La indemnización sería para compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral.

- En el de los actores, con contrato de obra supeditado a la contrata, la extinción se produce cuando sucede el acontecimiento previsto en el propio contrato, la finalización de la tarea concreta para la que fue contratado y así especificado en el mismo.

Por último, resalta, precisamente para obviar el equívoco producido con la primera Sentencia De Diego Porras y que de alguna manera habría llevado al TSJ de Galicia a plantear la cuestión prejudicial, que la legislación española no establecía diferencias entre los fijos y temporales cuando se extingue el contrato por circunstancias objetivas, entendiendo por tales las causas económicas, técnicas, productivas o de organización. Sin embargo, en el presente caso y en relación con los actores el cese se producía por la causa establecida en el contrato, que no cabía considerar equivalente a las referidas causas objetivas.

En función de tales consideraciones da contestación a la primera cuestión planteada, no considerando necesario contestar a la segunda que venía condicionada por aquella, en los siguientes términos:”

“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 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional según la cual, en una situación como la controvertida en los litigios principales, en la que la resolución de la contrata celebrada por el empresario y uno de sus clientes, por una parte, ha tenido como consecuencia la finalización de los contratos de trabajo por obra o servicio que vinculaban a dicho empresario con determinados trabajadores y, por otra parte, ha dado lugar al despido colectivo, basado en una causa objetiva, de trabajadores fijos contratados por dicho empresario, la indemnización por extinción de la relación laboral abonada a los primeros es inferior a la concedida a los trabajadores fijos”.

No obstante ello, es preciso resaltar que la Sentencia recoge (apartado 52) una alegación formulada por la Comisión Europea y que posteriormente será determinante para la resolución definitiva del recurso de suplicación y que con anterioridad no se había resaltado ni por la Sentencia de instancia ni por el Auto de planteamiento, hasta el punto de que quizá hubiera hecho innecesario el mismo. Así la Comisión señala que el

contrato mercantil suscrito entre la empresa Cobra se había resuelto anticipadamente al plazo señalado en el mismo, remitiendo al TSJ a la hora de determinar si tal circunstancia supondría que efectivamente el contrato se habría extinguido por una causa de las previstas en el art. 52 del E.T. (despido por causas objetivas), y por tanto con derecho a la indemnización prevista en el art. 53 del mismo Estatuto.

h. La sentencia del Tribunal Español

Un mes más tarde, el 14 de mayo de 2019, se dictó Sentencia por el TSJ de Galicia³⁴⁸ resolviendo el recurso de suplicación formulado frente a Sentencia del Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela que había estimado la demanda por despido formulada por los actores y declarado la improcedencia de éste, por considerar, como se refirió, que los contratos formalizados por los mismos en la modalidad de fijo de obra, serían fraudulentos.

La Sentencia del TSJ de Galicia desestima el recurso, aunque refiere que ya en el Auto de planteamiento había discrepado de la Sentencia de instancia en cuanto a la consideración de los contratos como fraudulentos, siguiendo criterio jurisprudencial consolidado³⁴⁹ y dado que la duración no había sido superior a los tres años, planteando la cuestión prejudicial sobre la procedencia, siguiendo la doctrina de la primera Sentencia De Diego Porras, de reconocer indemnización de 20 días por año de servicio, por tanto igual a la que se reconocieron a los trabajadores fijos despedidos mediante despido colectivo, o de 12 días como cualquier otro trabajador temporal.

La Sentencia refiere que la doctrina de la primera Sentencia De Diego Porras había sido rectificada por la STJUE de 5 de junio de 2018 (C-574/16, Grupo Norte Facility S.A), así como por la STJUE de 21 noviembre de 2018 (C-619/17, De Diego Porras II), ambas dictadas con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial por el TSJ de Galicia que fue en diciembre de 2017. A tenor de tal rectificación no sería de aplicación la doctrina de la primera De Diego Porras.

No obstante ello, y como ya se anticipó, la Sentencia de la Sala se hace eco de la observación realizada por la Comisión Europea sobre la resolución anticipada de la contrata, señalando que ello coincidiría con la jurisprudencia española³⁵⁰, incluso

³⁴⁸ Recurso suplicación nº 3105/2017. ROJ: STJG GAL 2974/2019-ECLI:ES:TSJGAL:2019:2974.

³⁴⁹ Criterio modificado por STS de 29 de diciembre de 2020. RCUd 240/2018.

³⁵⁰ STS de 14 de junio de 2007. RCUd 2301/2006.

cuando es por acuerdo de las empresas o decisión de la contratita³⁵¹ y que no justificarían la finalización unilateral del contrato por parte de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de un despido objetivo o colectivo.

Y tal observación es la que le lleva a volver a analizar la Sentencia de instancia observando que el contrato suscrito entre las empresas Cobra y Unión Fenosa que obraba en el proceso, y que se había dado por reproducido, era de una duración de tres años, siendo así que la resolución de éste había sido antes de su vencimiento. Con ello reelabora la fundamentación de la propia sentencia de instancia, en el sentido de que la comunicación de cese del contrato se habría de considerar despido improcedente, y ello no en base a la fundamentación de la sentencia de instancia, contrato fraudulento, sino en base a que la contrata se habría extinguido antes del tiempo de su vencimiento.

i. Breve valoración

Cabe resaltar, de nuevo, la peculiaridad del supuesto y de su desenlace. Así la Sentencia de instancia es favorable al actor por considerar que el contrato habría sido fraudulento.

La cuestión prejudicial parte de que el contrato no era fraudulento, pero pregunta sobre la procedencia de indemnización de 20 días por año de servicio en vez de 12 días.

La STJUE indica que no procedía la indemnización de 20 días, pero da argumento colateral, que nada tenía que ver con la cuestión prejudicial, señalando que la contrata se había rescindido antes de su vencimiento.

A partir de esta consideración colateral la Sentencia definitiva del TSJ de Galicia adopta una resolución que podría haber adoptado sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial. Es más, al final establece unas consecuencias, improcedencia del despido con opción entre readmisión o abono de indemnización, que serían superiores a las consecuencias que habría debido adoptar en caso de que la cuestión prejudicial hubiera sido favorable al propio planteamiento del TSJ sobre vulneración del principio de igualdad.

Y ante ello cabe preguntarse si fue correcta la actuación del TJUE y la del propio TSJ de Galicia, ya que el hecho de que la contrata había sido extinguida con anterioridad al vencimiento señalado en la misma, era un dato que no había sido

³⁵¹ STS de 2 de julio de 2009. RCDU 77/2007.

cuestionado en el recurso ni en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, pudiendo provocar indefensión a la parte demandada su consideración como *ratio decidendi* final del tema.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 4 julio de 2019, (con voto particular de 3 magistrados) ROJ STS 2643/2019. ECLI:ES:TS:2019:2643, que estima recurso formulado frente a STSJ M, desestimando finalmente la demanda formulada por la que se interesaba declaración de indefinido no fijo de quien había formalizado contrato de interinidad por vacante y superado el plazo de 3 años.

La controversia giraba sobre el plazo de 3 años establecido en el art. 70 EBEP puede entenderse en general como una garantía inamovible que convierte automáticamente al contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo. Se considera que no y que se debe estar a las circunstancias del caso concreto pudiendo incluso abocar la conducta de la entidad empleadora a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar. En cuanto al exceso del plazo lo será cuando se considere que tiene una duración “inusualmente larga” que evidencie que hubo inactividad de la Administración.

Se considera que no existía esa inactividad y que la paralización de la oferta pública fue motivada por la grave crisis económica que sufrió España. Se estima recurso interpuesto por la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid y consecuentemente se desestima la demanda inicial de despido.

Es en la fundamentación del voto particular en donde se alega la doctrina del Caso Cobra servicios auxiliares, (C-29/18), señalando que en la misma se “...añade un elemento de importancia en orden a combatir judicialmente los excesos de la contratación temporal, la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración inusualmente larga que posibilitaría recalificar el contrato temporal como contrato fijo, lo que incumbe examinar al juzgado remitente...”, circunstancias que justificarían se le declarara a la actora como indefinida no fija.

- La última STS que la cita es la de 13 mayo de 2020, ROJ: STS 1547/2020. ECLI:ES:TS:2020:1547 que estima recurso frente a STJS de Galicia que había

revocado la de instancia, desestimando finalmente la demanda formulada por el actor sobre despido.

Se interpone por la empresa RCUD, frente a sentencia de suplicación que confirmaba la estimación de la demanda de despido interpuesta por el trabajador frente al cese al considerar fraudulento el contrato para obra o servicio determinado vinculado a una contrata.

El TS repasa la doctrina de la sala sobre contratación temporal y la válida causa extintiva, para el contrato temporal, de la terminación de la contrata, y concluye que *“la finalización de una contrata constituye la causa de terminación natural para un contrato temporal basado en tal descentralización productiva, mientras que solo puede operar para las relaciones de duración indefinida (o las de duración determinada por causa diversa) mediante el despido colectivo o por causas objetivas. Por consiguiente, la terminación de la contrata legitima la activación de la específica causa extintiva del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores para los contratos temporales por obra o servicio que tuvieran tal objeto”*.

Por último refiere que *“La sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019 (C-29/18; C-30/18; C-44/18), explica que el Derecho de la Unión Europea no se opone a que un mismo hecho (terminación de una 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). Por ello, oído el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, casando y anulando la sentencia recurrida”*.

4. Materias relacionadas con la contratación temporal en las administraciones públicas

El TJUE ha tenido oportunidad de abordar el tema de la contratación laboral temporal en las Administraciones Publicas en diversas Sentencias. Se ha de resaltar que del total del personal que presta servicios en las Administraciones Publicas, 2.553.505, a enero de 2018, el 23,57% lo son con relación laboral (601.861).

4.1. Derecho a indemnización y cuantía en los ceses de trabajadores indefinidos no fijos

✓ ATJUE 11 diciembre 2014, Caso Ayuntamiento Huétor Vega. C-86/14

a. Identificación de la sentencia

El primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia (Sala Octava), fue el Auto de 11 de diciembre de 2014³⁵² que derivó de cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada y que giraba sobre la Directiva 1999/70 que tuvo por objeto aplicar el acuerdo marco firmado por las organizaciones sindicales y profesionales sobre el trabajo de duración determinada.

Se planteaba por primera vez al TJUE la práctica de las Administraciones Públicas de tener un nivel elevadísimo de empleo temporal (del 25% del total)³⁵³.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho cabe resumirlo escuetamente de la forma siguiente:

- Trabajadora contratada por Ayuntamiento mediante sucesivos contratos eventuales para realizar funciones de redactora/locutora en una emisora de radio municipal.
- Después de 11 años el Ayuntamiento decide cerrar la emisora y comunica la amortización del puesto de trabajo, sin tramitación alguna ni indemnización, ni siquiera la que correspondería al resto de contratados temporales al finalizar su contrato.
- La trabajadora formula demanda por considerar que la comunicación de cese debería considerarse como despido improcedente.
- Las partes coinciden en la adquisición de la trabajadora del carácter de indefinida no fija, por considerar la contratación realizada fraudulenta.

³⁵² Asunto Marta León Medialdea contra Ayuntamiento de Huétor Vega. Identificación ECLI:EU:C:2014:146. Ponente: Sr. A. ÓCaoimh

³⁵³ <https://administracionespublicas.wordpress.com/2018/10/18/un-dato-preocupante-en-2018-el-249-de-los-trabajadores-publicos-son-temporales-el-porcentaje-mas-elevado-desde-2009/> o https://www.abc.es/economia/abci-empleo-temporal-toca-maximos-y-dispara-30-por-ciento-administracion-202102091911_noticia.html

c. Marco normativo coetáneo

En el Auto se da cuenta de la normativa nacional que da preferencia a la contratación fija, estableciendo la posibilidad de contratación temporal en distintos supuestos en los que exista causa de temporalidad, entre ellos la realización de una obra o servicio determinado, estableciendo la presunción de indefinido cuando el contrato no responda realmente a la causa autorizada, presumiéndose que en tal caso se ha celebrado en fraude de ley y adquiriendo la condición de trabajador fijo.

No obstante ello resalta que en relación con las Administraciones públicas si bien se ha de atener a la normativa laboral, la contratación fraudulenta se atempera, en virtud de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad a la hora de ingreso en las Administraciones Públicas, por lo que la condición que se adquiere no es la de trabajadores fijos, sino una figura de nueva creación que se denominaría “*indefinido no fijo*”, de tal manera que se mantiene viva la relación laboral hasta tanto se cubra la plaza, por los medios adecuados, o hasta tanto se procediera a la amortización de la misma.

Igualmente resalta la previsión de la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores, que posibilita la utilización del mecanismo de los despidos colectivos a los entes, organismos y entidades del sector público, cuando existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose que existen las primeras cuando se produzca situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación del servicio público correspondiente.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto de planteamiento hace repaso a la evolución jurisprudencial en nuestro país, en la que se fue dando respuesta al conflicto entre la aplicación del Derecho del trabajo, los principios constitucionales de acceso a la Administración Pública y las consecuencias de la contratación irregular por parte de ellas.

Así cita la STS de 21 de diciembre de 1998³⁵⁴ en la que se refiere tal conflicto y la posibilidad de extinción de la relación ya que “...*producida esta provisión en la forma que legalmente sea procedente, existirá una causa de extinción contractual*”.

³⁵⁴ RCU 1517/1998.

Años más tarde, STS de 27 mayo 2002³⁵⁵, analizó el supuesto de cobertura de la plaza del indefinido no fija tras un procedimiento de selección, declarando, en contra de la Sala de Suplicación, (STSJ de Castilla la Mancha de 15 de mayo de 2001 que indicaba que debería ser a través de la fórmula de despido colectivo o extinción por causas objetivas), que la cobertura provocaba la extinción del contrato sin consecuencia adicional alguna, y por ende sin derecho a indemnización.

En la STS de 22 de julio de 2013 (por tanto, después del reconocimiento de la figura del indefinido no fijo por el art. 11.1 del EBEP), se amplía la causa de extinción referida en la STS de 27 de mayo de 2002, cobertura de la plaza, a la amortización de ésta, sin que igualmente correspondiera indemnización alguna.

Sin embargo, apenas algunos meses más tarde, STS de 25 de noviembre de 2013, se comenzó a variar la doctrina, refiriendo que no parecía lógico que “...no deba reconocerse a aquellos trabajadores la misma indemnización que la prevista para la de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicios pactados...”, considerando que ello derivaría de la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE³⁵⁶. Así pues, se daba entrada al devengo de indemnización de doce días por año de servicio, al igual que en la extinción de los contratos temporales por expiración de estos.

No obstante ello la introducción de la Disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores que posibilitaba la utilización del despido objetivo o colectivo por las Administraciones Publicas, entendiendo que existiría causa económica cuando se produjera una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente con derecho a indemnización, pareciera que eliminara la posibilidad de indemnización en casos de cobertura o amortización de plaza.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

A partir del supuesto de hecho y de la evolución jurisprudencial española sobre el cese del trabajador indefinido no fijo, pasa a analizar la Directiva 1999/70/CE, Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEPP, sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, resaltando que el objeto de ésta es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, estableciendo un marco que evite su abuso.

³⁵⁵ RCU 2591/2001.

³⁵⁶ Entre otras la STJUE de 23 de abril de 2009, C-378/07 a C-380/07.

Y es precisamente esa mejora lo que la jurisprudencia del TJUE habría venido resaltando, al señalar que si bien era perfectamente lícito la contratación temporal en la Administración Pública, se habrían de adoptar medidas efectivas para evitar la utilización abusiva de los contratos temporales.

Y el Auto se plantea que la conversión del contrato fraudulento en indefinido no fijo, y la posibilidad posterior de la Administración de cubrir la plaza o amortizar la misma, con la consiguiente extinción de la relación laboral, no sería una medida eficaz para evitar el uso abusivo de la contratación temporal, ni siquiera en el caso de que se reconociera indemnización análoga a la de la contratación temporal no fraudulenta, por lo que cuestiona que la normativa española se adecúe a la Directiva 1999/70 y a su objetivo esencial de evitar el abuso de la contratación temporal fraudulenta.

Y con tales razonamientos pregunta:

- En primer lugar, si el indefinido no fijo de las Administraciones Públicas se ha de considerar, en definitiva, un trabajador temporal y por ende siéndole de aplicación la Directiva 1999/70.
- En segundo lugar, si la Administración Pública puede acordar la cobertura o la amortización de la plaza sin abonar la indemnización prevista para los contratos temporales válidamente formalizados.
- Y por último se pregunta si sería acorde con la Directiva la utilización por la Administración de los procedimientos y causas previstas para los despidos por causas objetivas, tanto en los supuestos de amortización de la plaza como de cobertura de esta, y en tal caso si la indemnización a percibir, por tanto, sería la misma, 20 días por año de servicio en la legislación española.

*f. Conclusiones del Abogado General*³⁵⁷

El Tribunal consideró no necesaria, de conformidad con el artículo 99³⁵⁸ de su Reglamento de Procedimiento, la emisión de conclusiones por el Abogado General.

³⁵⁷ Sr. M. Szpunar.

³⁵⁸ “Artículo 99 Respuesta mediante auto motivado 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”.

g. Auto del TJUE

En fecha 11 de diciembre de 2014 se dicta resolución por el TJUE, en concreto auto, recordando, en un primer momento, la utilización precisamente de la forma de auto y no de sentencia al amparo de la previsión contenida en el art. 94 de su reglamento de Procedimiento que posibilita tal forma cuando la respuesta a la cuestión planteada “...no suscite ninguna duda razonable”, y ello a propuesta del Juez Ponente y tras oír al abogado General, resaltando, no obstante, que ha de ser motivado.

Rechaza el Auto la petición de la Comisión de inadmisibilidad del recurso, por no haberse mencionado en el Auto de planteamiento cual sería la Directiva que se solicita interpretar, lo que es rechazado por el TJUE, recordando su propia doctrina, tendente a la contestación sobre el fondo de cuestiones planteadas, según la cual el Tribunal tiene la facultad de deducir, de los elementos proporcionados por el órgano en el Auto que plantea la cuestión, y de los propios autos del litigio, los elementos del Derecho de la Unión que se habrían de interpretar a partir de los hechos del litigio. Así señala que del Auto se puede deducir que la cuestiones que se suscitan son dos:

- en primer lugar, determinar el alcance del concepto de trabajador temporal a que hace referencia la Directiva 1999/70.
- y la segunda, si los Estados están obligados a introducir medidas sancionadoras para el uso abusivo de sucesivos contratos temporales.

Por último, recuerda que la negativa de contestación del TJUE a cuestión planteada solo es posible si es claro que la interpretación que se solicita de la normativa comunitaria no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal. Y en este aspecto resalta que lo que se plantea es si el actor, contratado por la Administración con contrato temporal abusivo, se encuentra en situación peor que quien es contratado temporalmente y de forma válida.

En cuanto al fondo contesta a las cuestiones planteadas validando los argumentos dados por el Auto del Juzgado de lo Social. Así señala que efectivamente el trabajador fue contratado mediante sucesivos contratos que serían fraudulentos, por lo que habría adquirido la condición de indefinido no fijo, lo que no sería controvertido por las partes. Y que el indefinido no fijo es figura que ha de considerarse incluida dentro de la Directiva 1999/70, por tratarse realmente de un trabajador con relación laboral temporal.

A partir de ello señala que las medidas a adoptar frente a la utilización abusiva de la contratación temporal es algo reservado a las legislaciones nacionales, si bien señala que han de ser “*proporcionadas*”, y “*bastantes efectivas y disuasorias*” como para garantizar precisamente el objeto de la Directiva, la no utilización abusiva de los contratos temporales, no pudiendo ser menos favorables que las consecuencias aplicables a situaciones equivalentes (principio de equivalencia), y efectivas en tanto que no impidan el ejercicio de otros derechos (principio de efectividad).

Dicho ello el TJUE se remite al Juzgado nacional a fin de determinar

- si las medidas adoptadas por la legislación nacional son apropiadas para sancionar el uso por la Administración de la contratación temporal fraudulenta, resaltando que en el Auto de planteamiento ya adelantaba que no lo era;
- igualmente, a la hora de determinar cuáles serían las consecuencias del incumplimiento, interpretando la normativa interna, determinar cuál sería, en relación al caso concreto, la indemnización que constituyera medida suficiente para sancionar el abuso.

h. La sentencia del Tribunal Español

Tres meses más tarde, el 18 de febrero de 2015, se dictó la correspondiente Sentencia por el Juzgado de lo social uno de Granada³⁵⁹, que a partir de la doctrina del Auto referido, parte de la conclusión de que la actuación del Ayuntamiento, amortizando la plaza de la trabajadora sin indemnización alguna sería contraria al Derecho Comunitario.

Refiere la Sentencia que en el ínterin de la tramitación de la cuestión prejudicial se habría dictado Sentencia del TS en fecha 24 Junio de 2014³⁶⁰, en la que se había reconocido que el indefinido no fijo era un contrato temporal, y que la amortización de

³⁵⁹ Sentencia nº 97/15, autos 162/13.

³⁶⁰ Recurso casación nº 217/2013. Sentencia dictada por el Pleno en cuyo considerando 3.4 se indicaba: “...Las precedentes consideraciones, llevan a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala que se han citado en el apartado 2 de este fundamento de derecho tercero, al entender que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) del E.T.. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos”.

la plaza sin indemnización alguna supondría dar por finalizado el contrato antes del tiempo pactado, rectificando la doctrina anterior y concluyendo que sería precisa la tramitación del procedimiento previsto en los arts. 51 y 52-c del E.T., y con derecho, en caso de estimación de la procedencia del cese, a la indemnización de veinte días por año de servicio.

La Sentencia da un paso más y considera que la normativa comunitaria impide la extinción del contrato de indefinido no fijo sin indemnización, ya sea por amortización de la plaza (como ya había reconocido la mentada STS de 24 junio 2014, ya lo sea por cobertura reglamentaria de la misma, por lo que en el caso concreto en el que no se había utilizado la vía del despido objetivo, el llevado a cabo habría de considerarse como improcedente, con las consecuencias derivadas de ello, la condena a la demandada a que, a su opción, le readmitiera con abono de salarios de tramitación, o le abonara la indemnización de 45 días por año de servicio hasta febrero de 2012 y 33 días desde dicha fecha.

i. Breve valoración

Se trata de Sentencia que coadyuvó, junto con la inmediatamente anterior del TS (24 junio 2014), pero posterior al planteamiento de la cuestión prejudicial por el Juzgado de Granada (7 febrero 2014), a clarificar en parte las consecuencias del cese de los indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas, fijando el criterio de la percepción de indemnización equivalente a los despidos colectivos y objetivos, tanto para los supuestos de amortización como de cobertura de plaza.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- En el año 2015 son varias las SSTS que citan el caso, entre ellas la de 13 mayo 2015, ROJ: STS 2607/2015, ECLI: ECLI:ES:TS:2015:2607, que estimó recurso formulado frente a STSJ de CLM y confirmó la de instancia que había declarado improcedente el cese de trabajadora indefinida no fija que vio extinguido su contrato como consecuencia de la amortización de la plaza a raíz de la supresión del programa al que estaba adscrita.

Recorre solicitando la declaración de improcedencia y subsidiariamente la indemnización del artículo 49.1 C ET alegando el Auto del TJUE (C-86/14).

Estima el recurso de unificación de doctrina en su primera pretensión y declara improcedente el despido dado que no se puede extinguir el contrato de un trabajador

indefinido no fijo sin acudir al procedimiento de los artículo 51 y 52 c del ET según el caso, por lo que no entra a examinar la cuestión subsidiaria.

No obstante referencia la STJUE señalando que “...*el ordenamiento jurídico español ha de dar respuesta 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, mediante el establecimiento de medidas efectivas 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; y tales medidas han de incluir al sector público, sin que sea suficiente con la conversión de los contratos temporales en contratos indefinidos no fijos, pues, como ha declarado el ATJUE de 11 de diciembre de 2014 en el asunto León Medialdea (C-86/14), tal denominación no excluye su inclusión en el ámbito de la Directiva*”.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia núm. 493/2019 de 25 junio de 2019. ROJ: STS 2531/2019, ECLI: ECLI:ES:TS:2019:2531, que estima recurso formulado frente a ST de quien había visto rescindido su contrato de interinidad por finalización de proceso de consolidación y reclamó se le abonara indemnización de 20 días por año de servicio.

La controversia la delimitó la STS señalando que “ *La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en resolver si al trabajador que ve extinguido su contrato de interinidad por vacante, porque la plaza ocupada interinamente es adjudicada, tras seguir el procedimiento reglamentario, le corresponde percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, en aplicación del artículo 70 EBEP y de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14 , De Diego Porras*”.

La Sentencia analiza la evolución de la doctrina del TJUE recordando que “...*tras el azaroso iter seguido por la demanda formulada por Doña Ana de Diego Porras contra el Ministerio de Defensa, en reclamación por despido, autos número 1383/2012 del Juzgado de lo Social número 1 de los de Madrid -la demanda fue presentada el 19 de Noviembre de 2012- que finalizó con la sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 2019, recurso 3970/2016, concluye que la válida extinción de un contrato de interinidad por sustitución, por incorporación del trabajador sustituido, no da derecho al percibo de indemnización alguna.*

Queda, por lo tanto, ayuna de apoyo la sentencia recurrida, en cuanto que se fundamentaba en la equiparación del trabajador interino al indefinido no fijo, en la doctrina contenida en el auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, C-86/14, Ayuntamiento de Huetor Vega y en la doctrina sentada por la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, De Diego Porras, para fijar una indemnización de veinte días de salario por año de servicio a favor de los trabajadores que ven extinguido válidamente su contrato de interinidad por sustitución.

4.2. Validez, derecho a indemnización y cuantía en los ceses en el ámbito de las Administraciones

✓ STJUE 14 de septiembre 2016, Caso Diego Porras I. C-596/14

a. Identificación de la sentencia

La siguiente ocasión que el TJUE tuvo oportunidad de analizar el supuesto de cese/despido de trabajador contratado temporalmente por la Administración fue en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Decima) de 14 de septiembre de 2016³⁶¹, caso que tuvo gran repercusión mediática y jurídica, conocido como De Diego Porras y con ocasión de Auto planteado por el TSJ de Madrid en fecha 9 de diciembre 2014.

De otro lado tiene la excepcional peculiaridad de que sobre el mismo pleito se formularon sucesivamente dos cuestiones prejudiciales. La primera por el TSJ de Madrid y la segunda por el TS a raíz del recurso de casación para unificación de doctrina formulado frente la Sentencia del TSJ Madrid. E igualmente que entre la Sentencia I y la Sentencia II se plantearon muchas reclamaciones judiciales, que o bien fueron suspendidas en su tramitación hasta la II Sentencia o bien dieron lugar a pronunciamientos contradictorios.

b. Problema suscitado

Los hechos que se analizan (dos veces) por el Tribunal de Justicia son esquemáticamente los siguientes:

- La actora habría venido prestando servicios para el Ministerio de Defensa desde febrero de 2003, pero de forma ininterrumpida desde agosto de 2005, a través de sucesivos contratos temporales.

³⁶¹ Asunto Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa. Identificación ECLI:EU:C:2016:683. Ponente. Sr. F. Biltgen.

- El último contrato fue de interinidad de fecha 17-8-05, para sustituir a trabajadora liberada sindical.
- En fecha 5 septiembre de 2012 se dictó resolución por la que se le comunicó a la sustituida su reincorporación con efectos 1 octubre 2012, al revocarse su situación de liberada sindical.
- A partir de ello se le comunicó a la actora el cese de su contrato con efectos 30 septiembre de 2012.
- La actora formuló demanda por despido por considerar su contratación fraudulenta, lo que es desestimado por el Juzgado de lo social que declaró no habría existido despido sino finalización de contrato de interinidad.
- Recurrida en suplicación ante el TSJ de Madrid, insistiendo en el fraude de ley de la contratación y por ende en la consideración de que el cese sería constitutivo de despido con las consecuencias legales en cuanto a indemnización de 45 y 33 días por año de servicios.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto del TSJ de Madrid refirió que nuestra legislación nacional, art. 49.1.c E.T., preveía indemnización en los supuestos de finalización de los contratos temporales de obra o servicio determinado, en cuantía de 12 días por año de servicios, inferior, a su vez, a la indemnización que se reconoce a los trabajadores fijos por despido basado en causa objetiva.

No se preveía, continuaba señalando, indemnización alguna por finalización de contrato de interinidad, a tenor del art. 8.1.c del RD 2720/1998 que disponía que “*El contrato de interinidad se extinguirá cuando se produzca cualquiera de las siguientes causas: 1º La reincorporación del trabajador sustituido. 2º El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación. 3º La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo. 4º El transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas...*”.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto informa al TJUE de la jurisprudencia española en relación con los interinos y fijos discontinuos. Así:

- STS de 16 de septiembre de 2014³⁶², que resaltó la similitud entre el contrato temporal de interinidad y el contrato indefinido no fijo en el que se cubre una vacante.
- STS 13 de enero de 2014³⁶³, que ya reconocía indemnización a la extinción de los indefinidos no fijos equivalente a los temporales, es decir 8 días por año de servicio (art. 49.1.c E.T.).

Así pues, aun considerando la referida doctrina, la indemnización a percibir sería, como mucho, la de los temporales, entendiendo que ello no cumpliría las expectativas de la Directiva 1999/70.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El TSJ de Madrid parte de dos premisas:

- la primera que el contrato de interinidad sería válido, no considerando que fuera fraudulento y por ende se hubiera convertido en indefinido no fijo;
- la segunda que el cese de este se habría llevado a cabo por una causa objetiva válida y consignada en el contrato, la reincorporación de la liberada sindical.

En este punto, el Auto hace un razonamiento peculiar, ya que indica que la trabajadora habría solicitado una indemnización por la extinción de la relación laboral, cuando realmente lo que solicitó fue la declaración de improcedencia del despido por considerar que la contratación habría sido fraudulenta y se habría convertido en indefinido no fijo. Pero dado que considera que la petición de la actora era la de una indemnización, contesta inmediatamente señalando que ello no sería posible, porque la declaración de la procedencia del despido conlleva la inexistencia de indemnización, e igualmente el propio cese válido de contrato interino tampoco la contempla.

³⁶² RCUD 1880/2013.

³⁶³ RCUD 430/2013. Sentencia anulada por STC 147/2016, dictándose finalmente STS de 27 de enero de 2017 que desestimó el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Ayuntamiento de Parla.

Continúa el Auto del TSJ refiriendo que nuestra legislación nacional, art. 49.1.c E.T., preveía indemnización en los supuestos de finalización de los contratos temporales de obra o servicio determinado, en cuantía de 12 días por año de servicio, inferior, a su vez, a la indemnización que se reconoce a los trabajadores fijos por despido basado en causa objetiva.

Como colofón de todo ello resalta que nuestra legislación estaría vulnerando la Directiva 1999/70, al haberse transpuesto en forma tal que consagra una diferencia de trato entre los trabajadores temporales y los indefinidos, al fijarse para los primeros una indemnización de 12 días y para los segundos de 20 días, en ambos casos existiendo, según el Tribunal (y aquí estaría el quid que motivaría posteriormente la cuestión prejudicial que formuló el TS y que posteriormente se analiza), una diferencia aún mayor en relación con los trabajadores interinos que produciéndose el cese por “causas objetivas” (la reincorporación del sustituido), no perciben indemnización alguna. Así pues, le indica al TJUE que el cese del interino por reincorporación de vacante sería equivalente al cese del indefinido por causas objetivas, considerando la reincorporación una causa “objetiva” más.

Con tal razonamiento plantea las siguientes preguntas:

- Si la indemnización por finalización de contrato temporal, ha de considerarse integrada en las “condiciones de trabajo” a que se refiere la cláusula 4 del acuerdo marco de la Directiva 1999/70.
- Si la finalización de un contrato temporal, por la “causa objetiva” de realización de la obra o el servicio determinado para el que se contrató, otorga al trabajador el derecho a percibir la misma indemnización que el indefinido cuyo contrato se extingue por causa objetivas. (Se resalta aquí que se hace una equiparación incorrecta entre causa objetiva de los despidos objetivos -económica, técnica, organizativa o de producción- y la finalización de la causa temporal que justificó el contrato temporal -obra o servicio determinado-).
- A partir de ello, pregunta igualmente si es discriminatorio que los temporales perciban una indemnización de 12 días por año de servicio a la finalización natural del contrato (que considera causa objetiva), y que

los indefinidos perciban una indemnización de 20 días por despido objetivo.

- Y como colofón de todo ello, si sería igualmente discriminatorio que a los interinos no se le abonara indemnización alguna al cese de su contrato.

*f. Conclusiones del Abogado General*³⁶⁴

El Abogado general interesó que se dictara resolución sin conclusiones escritas.

g. La sentencia del TJUE

Prácticamente un año más tarde, el 14 de septiembre de 2016 se dictó la STJUE. Resaltó cual era el objetivo general del Acuerdo marco que recoge la Directiva 1999/70, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, estableciendo condiciones mínimas que garanticen el principio de no discriminación, que es un principio general del Derecho Social de la Unión que no puede ser interpretado restrictivamente. A partir de ello, responde a la primera pregunta en el sentido de que efectivamente en el concepto de condiciones de trabajo se encuentran la antigüedad, el preaviso o la indemnización por finalización de contrato que se plantea en el supuesto que analiza el Auto del TSJ de Madrid.

Continúa señalando la Sentencia del TJUE que la Directiva prohíbe la diferencia de trato entre trabajadores con contrato determinado y los indefinidos, no siendo aplicable a diferencias entre contratos temporales, por lo que solamente cabría analizar las primeras y no las segundas. Y en relación a las primeras, contrato interino/contratación indefinida, la comparación a los efectos de determinar si se vulnera el principio de igualdad, requiere concretar de un lado si se trata de situaciones homologables en cuanto al trabajo, y en segundo lugar si la diferencia está justificada por razones objetivas que la hacen indispensable. Así:

- En cuanto al trabajo realizado resalta que, si bien ello habría de analizarse por el tribunal remitente, adelanta que según el Auto de planteamiento no se aprecia ninguna diferencia entre el trabajo de la trabajadora y el de cualquier otro trabajador indefinido del Ministerio de Defensa.

³⁶⁴ Sr. M. Bobek.

- En cuanto a la existencia de una necesidad auténtica de esa diferencia (objetivos de política social u otros...), resalta que no se aprecian, no pudiéndose considerar como tales las meras diferencias establecidas por la propia legislación nacional o los convenios colectivos, porque ello supondría perpetuar la diferencia de condiciones desfavorables exclusivamente en función de la índole temporal del contrato, lo que sería contrario a los objetivos de la Directiva. Tampoco considera que pudieran admitirse las razones invocadas por el Gobierno español, en concreto el hecho mismo de la duración y la expectativa de estabilidad en los indefinidos que no existiría en los interinos, lo que contradeciría la larga duración del contrato de la Sra. De Diego Porras, y el hecho mismo de que en otros contratos temporales sí se reconoce indemnización a la terminación de estos.

Con tales argumentos concluye señalando que la cláusula 4ª del acuerdo marco se opone a normativa nacional que no reconoce indemnización alguna a la terminación del contrato de los interinos y si a los indefinidos y a los demás temporales.

h. La sentencia del Tribunal Español

Menos de un mes más tarde, el 5 de octubre de 2016 el TSJ de Madrid dictó su Sentencia³⁶⁵ (que se revocaría posteriormente por el TS, como se comentará), con un fallo ciertamente peculiar, ya que no se estimó la pretensión del recurrente de declaración de la improcedencia del despido, sino que declarando la procedencia de la extinción de la relación laboral condenó a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de 6.141,85 euros, correspondiente a 20 días por año de servicio.

La Sentencia interpreta la dictada por el TJUE, en el sentido de que no se podía discriminar a la actora por el tipo de trabajo en relación con los indefinidos, y que si estos últimos tienen derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio cuando finalizan por causas “objetivas”, a la misma indemnización tendrían derecho los interinos que cesaran igualmente por “causas objetivas”, entendiendo por tales, la lícita finalización del contrato por reincorporación de la persona que estaban sustituyendo y que fue la razón de la propia contratación.

³⁶⁵ Recurso suplicación nº 246/2014.

Esa equivalencia entre causas “objetivas” es lo que daría lugar a la conclusión y abriría toda una serie de interrogantes en cuanto a la indemnización a percibir por todos los trabajadores temporales, con independencia de la indemnización que le fijara la propia normativa o el convenio colectivo. De ahí, que tuviera una gran trascendencia mediática, fuera criticada desde distintos sectores doctrinales, y motivara posteriores autos de planteamiento de cuestiones prejudiciales.

i. Breve valoración

Es de destacar el hecho, ciertamente extraño, de que el propio presidente del TJUE en una visita a España en febrero de 2017 para dar una conferencia en el club siglo XXI³⁶⁶ manifestara que no se habría entendido bien el problema e indicaba que no era extraño que otro juez, al analizar supuesto análogo, pudiera volver a plantear cuestión prejudicial alegando que la sentencia anterior del TJUE habría sido errónea, en cuyo caso se mandaría a tribunal compuesto por cinco magistrados.

Y eso fue precisamente lo que hizo el TS a raíz del recurso de suplicación formulado por el Ministerio de Defensa frente a la sentencia del TSJ de Madrid y que se analiza seguidamente para una visión global del caso.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es la de 05 de junio de 2019 - ROJ: STS 2147/2019, ECLI:ES:TS:2019:2147 que estima recurso frente a STSJ de Madrid que había estimado en parte el formulado frente a Sentencia de Juzgado de lo Social, que había desestimado la demanda de las actoras.

Trabajadoras que prestan servicio para la Comunidad de Madrid en virtud de contratos de interinidad por vacante que son extinguidos tras proceso de consolidación de empleo. Solicitada indemnización es denegada por el Juzgado de lo social. Formulado recurso de suplicación es estimado en parte por el TSJ de la Comunidad de Madrid, condenando a la demandada “...*al pago de las indemnizaciones por extinción contractual que desglosa en su fallo, acudiendo al efecto a la doctrina Diego Porrás (I)*”

³⁶⁶ <https://www.economista.es/legislacion/noticias/8163313/02/17/La-Justicia-europea-reconoce-que-ha-patinado-en-su-fallo-sobre-la-indemnizacion-por-despido-de-los-interinos.html>

Se presenta recurso de Unificación de Doctrina por ambas partes. Los trabajadores solicitando declaración de improcedencia del despido y el organismo demandado la revocación de la condena al abono de los 20 días de salario.

El TS estima únicamente el recurso de la Comunidad de Madrid, refiriendo la evolución de la doctrina del TJUE, señalando que “...*seguiremos el criterio plasmado, entre otros, en los rcud 3921/2017 (del que seguidamente transcribimos su fundamentación ante la semejanza concurrente), 318/2018 y 544/2018, expresando que: "partiendo del dato normativo incuestionable de que nuestro ordenamiento jurídico no ha previsto ningún tipo de indemnización por finalización del contrato temporal de interinidad, hay que señalar que la doctrina contenida en la STJUE de 14 de diciembre de 1996, (asunto C-596/14, de Diego Porras) fue rectificada por las SSTJU de 5 de junio de 2018, Asuntos Grupo Norte Facility C-574/16 y Montero Mateos C-677/16; y, más recientemente por la STJUE de 21 de Noviembre de 2018 (Asunto Diego Porras II) en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Auto de esta Sala de 25 de octubre de 2017.*

- La última STS que cita la cuestión C-596/14 es la de 23 de julio de 2020, ROJ: STS 2605/2020, ECLI:ES:TS:2020:2605, que estimó el recurso frente a STSJ de Castilla y León, sede Burgos, que confirmó Sentencia de instancia.

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y desestima la demanda de cantidad origen del procedimiento. En la misma se solicitaba indemnización de 20 días tras extinguirse válidamente contrato de interinidad por sustitución. Se da la circunstancia que con posterioridad la reclamante fue de nuevo contratada.

La sentencia recurrida fijaba indemnización por entender que procedía la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, De Diego Porras I. El TS resalta que “...*Procede hacer una precisión, teniendo en cuenta que la sentencia recurrida fijó a favor de la trabajadora con contrato de interinidad por sustitución, al extinguirse válidamente dicho contrato, una indemnización de veinte días por año trabajado, por entender que procedía la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, De Diego Porras.*

Dicha precisión se refiere a que, con posterioridad a dicha sentencia, el TJUE, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, mediante auto de 25 de octubre de 2017, recurso 3970/2016, a propósito del mismo asunto, De Diego Porras, y en la que se interesaba la interpretación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el Anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, dictó una nueva sentencia el 21 de Noviembre de 2018, C-619/17, De Diego Porras....”.

✓ **STJUE 5 de junio de 2018. Caso Lucía Montero, C-677/16**

a. Identificación de la sentencia

Más de medio año antes de la segunda Sentencia De Diego Porras, se dictó Sentencia por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en fecha 5 de junio de 2018³⁶⁷ sobre tema análogo, con ocasión de Auto formulado por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid en fecha 21 de diciembre de 2016.

b. Problema suscitado

Como se refirió anteriormente los hechos son análogos a los de Diego Porras y cabe extractarlos de la siguiente forma:

- Trabajadora contratada interinamente en 13 de abril de 2007 por la Agencia Madrileña de Atención Social para sustituir a trabajador con reserva de puesto.
- Cuando finalizó dicho contrato y sin solución de continuidad se transformó en contrato de cobertura de vacante.
- En el año 2016 se le comunica la extinción del contrato por cobertura de la plaza, frente a la que formula demanda por despido.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo que refiere el Auto es análogo al existente en el caso De Diego Porras, por lo que se hace expresa remisión al mismo. Estatuto de los

³⁶⁷ Asunto Lucía Montero Mateos contra Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. Identificación ECLI:EU:C:2018:393. Ponente: A. Arabadjiev.

trabajadores y su regulación de la contratación temporal y el RD 2720/98 que desarrollo dicha contratación.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En este caso el Auto no hace referencia expresa a la jurisprudencia nacional sobre contratación temporal y de indefinidos no fijos, remitiéndose directamente a la primera Sentencia de Diego Porras.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Juzgado de lo Social no obstante haberse dictado la primera STJUE sobre el caso De Diego Porras (14 de septiembre de 2016), planteó la cuestión prejudicial con análoga interrogante, si la extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante ha de considerarse como razón que justifica que el legislador nacional no prevea indemnización alguna, mientras que sí lo hace para el despido por causas objetivas.

El primer escollo que tuvo que superar el Auto fue el de la justificación del propio Auto planteando la cuestión prejudicial, cuando, como el mismo reconoce, se había dictado la STJUE de 14 de septiembre de 2016, caso De Diego Porras I y para ello señala que la controversia “...no ha recibido una respuesta clara que haga innecesario plantear la presente cuestión prejudicial”.

El Auto seguidamente esquematiza los supuestos en los que los trabajadores temporales reciben el mismo trato que los fijos. Así en la declaración de nulidad del despido, improcedencia, despido objetivo. Igualmente señala la indemnización que perciben algunos trabajadores temporales, en concreto los de obra y eventuales, 12 días por año de servicio, siendo así que efectivamente los interinos no perciben indemnización alguna, lo que también sucedería con otros contratos temporales como los formativos y de relevo. Conclusión de ello, señala el Auto, solo existe diferencia entre la finalización del contrato temporal y el indefinido cuando se produce la extinción del temporal por concurrencia de la causa “natural” que dio lugar a su suscripción.

Posteriormente entra de lleno a resaltar que la citada Sentencia del TJUE del Caso de Diego Porras I, había dado lugar a interpretaciones dispares por los tribunales españoles, e incluso a diferencias interpretativas por parte de la doctrina científica, lo

que ponía de relieve la trascendencia práctica de la misma, máxime en un mercado laboral en el que la temporalidad se situaba por encima del 25%. Por tanto, no estaríamos ante un caso claro, al venir dándose interpretaciones muy dispares de la misma y tener una gran trascendencia, lo que justificaría se interesara del TJUE una clarificación.

A raíz de ello, el Auto realiza su propio razonamiento que le lleva a una conclusión determinada. Utiliza los términos previsibilidad e imprevisibilidad, señalando que es la disparidad de su significado en relación con la extinción del contrato la que haría que nos encontráramos ante situaciones dispares y por tanto no equiparables. El trabajador temporal, señala el Juzgador, sabría que la perdurabilidad de su empleo está relacionada con la causa que lo motivó. El indefinido, sin embargo, tiene una imprevisibilidad en cuanto a la duración de su relación laboral. Y ello es lo que permite considerar que nos encontramos ante situaciones lícitas, pero dispares, por tanto, situaciones diferentes que pueden recibir del legislador trato dispar por no vulnerar el principio de igualdad y de no discriminación.

No obstante tal razonamiento, el Auto deja abierta la contestación, quizá para no hacer una crítica total a la primera Sentencia de Diego Porras y a su propio planteamiento. Por ello plantea una alternativa argumental a su primer planteamiento de situaciones claramente dispares y por ende no vulneración del principio de igualdad y de no discriminación, señalando la propia alternativa dada por el TJUE en la Sentencia (primera Sentencia de Diego Porras), y para ello indica que desde el punto de vista de la empresa, la situación de que existan dos trabajadores, el sustituto y el sustituido que se reincorpora, para un mismo puesto de trabajo, podría considerarse una causa objetiva de tipo organizativo no inherente a la persona del trabajador, y que por tanto habría que tener un trato igual al despido objetivo. Desde la perspectiva del trabajador razona que el despido siempre supone una pérdida y que, si la indemnización trata de compensar esa pérdida, podría considerarse que no dependiendo de su actuación no existiría justificación para la diferenciación.

Así pues y, en definitiva, justifica el planteamiento por las dudas que crea la STJUE de 14 de septiembre de 2016, da dos interpretaciones distintas y resalta la conflictividad judicial que se estaría dando y que justificaría una aclaración.

La cuestión la plantea en los siguientes términos: *“La Cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco alcanzado entre la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada que se incorpora al ordenamiento comunitario por la Directiva 1999/70 del Consejo de la Unión ¿debe interpretarse en el sentido de que la extinción del contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción entre el empresario y la trabajadora constituye una razón objetiva que justifica que el legislador nacional no prevea en tal caso indemnización alguna por fin de contrato, mientras que para un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año?”*

*f. Conclusiones de la Abogada General*³⁶⁸

Un año más tarde, en concreto el 20 de diciembre de 2017, se emitieron las conclusiones de la Abogada General, que comenzaba con la siguiente pregunta que delimitaría la controversia: *“...¿Es discriminatorio el hecho de que un trabajador con un contrato temporal no tenga derecho a una indemnización por finalización de su contrato de trabajo o, en todo caso, sólo tenga derecho a obtener de su empleador una prestación económica inferior a la que recibe un trabajador cuyo contrato de trabajo se extingue como consecuencia de una decisión del empleador por una causa objetiva?”*.

Inmediatamente señala que el TJUE ya se habría pronunciado en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 (caso De Diego Porras I), y no tiene reparo en reconocer que lo que se pretende es que el TJUE *“... reconsidere su doctrina en ese caso o que, al menos, la matice...”*. Resaltando que en caso de que lo hiciera habría de preservar la *“...coherencia interna de su jurisprudencia acerca del principio de igualdad de trato y de no discriminación”*. Reconoce que efectivamente se encontraban pendientes casos que analizaban la misma cuestión (Rodríguez Otero (C-212/17) y De Diego Porras II (C-619/17) y más matizadamente en Vernaza Ayovi (C-96/17), respecto a los que formulaba igualmente sus conclusiones el mismo día.

Resalta la Abogada General que no cabía discutir, como realizaba el Gobierno español, que la indemnización supusiera una “condición de trabajo”, o “condición de empleo”, términos similares, y que engloban a las prestaciones del trabajador ligadas con su relación laboral con el empresario, para seguidamente referir que la Directiva y

³⁶⁸ Sra Juliana KoKott.

el Acuerdo marco tienen como objetivo la mejora de la calidad de trabajo de duración determinada, garantizando el principio de no discriminación respecto al indefinido, principio que se ha de interpretar teniendo en cuenta disposiciones similares del Derecho de la Unión, como son las Directivas antidiscriminación 2000/78/CE y la 2006/54/CEE.

Así pues y en resumen, de un lado considera la indemnización como una condición de trabajo, e igualmente que es de aplicación el principio de no discriminación.

A partir de ello considera que se habría de determinar si nos encontramos ante situaciones comparables y ello en relación con la circunstancia que da lugar a la indemnización ya que no se discute que el trabajo que realizaba la Sra. Montero era análogo al de cualquier trabajador fijo. Y precisamente esa circunstancia concreta es la que considera la Abogada General que no fue analizada en profundidad por la STJUE del caso De Diego Porras, por lo que cabría reconsiderar la jurisprudencia mantenida en dicha Sentencia.

Se señala posteriormente que la indemnización es una compensación por la pérdida del puesto de trabajo y que ello se ha de poner en relación con la previsibilidad del cese, mayor en el caso del interino y menor en el del fijo y que esa diferencia, siendo ambos ceses perjudiciales para el trabajador, no pueden equipararse, insistiéndose en que en el fijo se compensan unas expectativas frustradas de mantenimiento de relación laboral y en el interino, y en general el temporal, se sabe a priori que el cumplimiento de la causa que lo motivó conllevaría el cese.

Hace unas consideraciones interesantes respecto a una alegación realizada por la Comisión que pondría el acento en la mayor o menor duración del contrato temporal, señalando que ello provocaría inseguridad jurídica y enfatizando que el problema no estaría en el contrato temporal, que *per se* no puede considerarse rechazable o ilegal, sino en el hecho de que se utilice abusivamente y de forma fraudulenta, pero para ello los Estados miembros han de tener desarrolladas medidas que lo eviten. Es más, señala, el Acuerdo marco entre empresarios e interlocutores sociales así lo resaltaría, señalando que algunos contratos temporales son característicos de sectores, ocupaciones y actividades y que pueden beneficiar tanto a empresarios como a trabajadores.

Concluye proponiendo que se conteste a la cuestión planteada en el sentido de que no supone discriminación el que al finalizar los contratos por expiración del tiempo convenio, obra o servicio o hecho acordado, no le corresponda indemnización alguna o le corresponda inferior a la que corresponde al indefinido que extingue su relación laboral por causas objetivas.

g. La sentencia del TJUE

Seis meses más tarde, se dictó Sentencia por el TJUE, en concreto el 5 de junio de 2018, por la que se rectificaba la doctrina primera del caso De Diego Porras, en el sentido de considerar que no resulta contraria a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinado que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, por estimar que no se opone a normativa nacional, que no prevé abono de indemnización por cese de trabajador interino como consecuencia de la cobertura del puesto de trabajo y sí se establece para los trabajadores fijos que extinguen su contrato por causa objetiva.

La Sentencia resalta los argumentos dados por el Auto del Juzgado de lo Social para remitir la cuestión a pesar de haberse dictado la primera sentencia De Diego Porras, disparidad interpretativa, litigiosidad, alta tasa de temporalidad etc., y comienza recordando el objetivo esencial de la cláusula 1, letra a) del Acuerdo Marco, que no sería otro que el de mejorar la calidad del trabajo de duración determinado garantizando el respeto al principio de no discriminación, que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado restrictivamente.

Igualmente resalta que la cláusula 4,1 del Acuerdo prohíbe el establecimiento de condiciones de trabajo a los trabajadores con contrato determinado que sean menos favorables que la de los trabajadores fijos “comparables”, a menos que existan razones objetivas para ello.

Coincide igualmente a la hora de considerar que una indemnización por finalización de contrato constituye una “condición de trabajo” en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, por lo que la diferencia que pudiera establecerse entre fijos y temporales habría de estar justificada y resalta que las funciones que ejercía la Sra. Montero Mateos en una residencia de personas mayores era equiparable a un trabajador fijo, por lo que la cuestión se centraría en determinar si a pesar de ello existían razones que justificaran la diferenciación, razones objetivas que no pueden ser meramente el ser

reconocidas por la norma genérica o por el convenio colectivo, sino que se han de basar en elementos precisos y concretos, a fin de determinar si la desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo de tal necesidad y si es indispensable para ello.

De otro lado asume la argumentación del Auto de planteamiento en el sentido de que en el derecho español no existe diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y fijos comparables, resaltando que la indemnización prevista para el despido objetivo opera con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato. Por ello, el hecho de que el interino no perciba indemnización al finalizar su relación laboral es por la existencia de una razón objetiva que justifica la diferencia de trato, cual es la previsibilidad de la finalización del mismo a la hora de su formalización, siendo así que la indemnización prevista para los despidos objetivos de los fijos, pero también en los ceses anticipados de los temporales, es precisamente porque no era previsible la finalización, frustrándose las expectativas, en ambos casos, de la estabilidad en el empleo, en el caso de los fijos, y de mayor duración en el caso de interinos cuya expectativa era que se mantuviera hasta tanto se cubriera la plaza.

Sin embargo, la Sentencia se plantea el tema de si la duración excesivamente larga de la propia interinidad se podría considerar que supuso la conversión del contrato en indefinido, lo que se habría de determinar por el Juzgador nacional, lo que dará lugar, como posteriormente se indicará, a un resultado de la Sentencia distinto del resultado final del caso De Diego Porras I.

A partir de ello concluye rectificando su doctrina, en el sentido de que efectivamente la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a normativa nacional que no prevé indemnización alguna a trabajadores interinos y sí a la extinción por despido objetivo de los trabajadores indefinidos.

h. La sentencia del Tribunal Español

Con tal pronunciamiento llegamos a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de fecha 28 de junio de 2018³⁶⁹. Parte de la consideración de que la STJUE supone un cambio respecto a la STJUE del caso De Diego Porras I, en el sentido de que a la finalización de un contrato de interinidad no se devengaría indemnización

³⁶⁹ Sentencia nº 260/18, autos 991/2016.

alguna, no siendo ello discriminatorio respecto a la indemnización que perciben los trabajadores con relación laboral indefinida.

Con tal razonamiento la Sentencia habría de ser desestimatoria. Sin embargo la misma se hace eco de la interrogante que planteaba la STJUE sobre la incidencia que pudiera tener la imprevisibilidad inicial de la duración y el hecho de que fuera “*inusualmente larga*” la duración del contrato de la Sra. Montero, remitiendo al Juez nacional a la hora de determinar si realmente la relación laboral de la misma sería temporal o se habría reconvertido en indefinida.

Y ello le lleva al Juzgador a analizar la naturaleza de la propia relación de la Sra. Montero. Respecto a la imprevisibilidad inicial considera que efectivamente ni la actora ni la propia empleadora podían, posiblemente, conocerlo. Por lo demás considera que tal imprevisibilidad no conllevaría un cambio de naturaleza del contrato, dado que la misma se da en muchas relaciones temporales, como la de obra o servicio.

Sin embargo considera que podría ser determinante la excesiva duración de la contratación de la Sra. Montero, lo que le lleva a analizar la normativa reguladora de los contratos de interinidad y más específicamente en la Administración pública, distinguiendo los supuestos de interinidad durante el proceso de selección, de los supuestos de sustitución de quien tiene reserva de puesto de trabajo. En el primer caso, cual sucede en el supuesto que analiza, se trata de interinidad hasta la cobertura de la vacante por el correspondiente proceso de selección, siendo así que dicho proceso habría excedido el plazo máximo previsto legalmente, lo que convirtió la relación laboral en indefinida no fija. A partir de ello, analiza las consecuencias de la finalización del contrato, si por amortización de la plaza o por cobertura de la misma, considerando la jurisprudencia al respecto y llegando a la conclusión de que de conformidad con la misma y dado que se produciría la extinción del contrato de la Sra. Montero por cobertura de la plaza, le correspondería la indemnización equivalente a la de los despidos objetivos, es decir 20 días por año de servicio, a tenor de la última jurisprudencia del TS que distingue entre:

- los supuestos de amortización de la vacante que venía ocupando, en cuyo caso habría de seguir el cauce previsto para los despidos objetivos o colectivos (STS 5 de julio de 2016 y 18 de abril de 2018).

- Los supuestos en que la vacante se ocupa por proceso de selección, en cuyo caso correspondería la indemnización de 20 días (STS 28 de marzo de 2017 y 22 de febrero de 2018³⁷⁰).

Así pues, se da la paradoja que, discrepando drásticamente de la fundamentación de la STSJ de la Comunidad de Madrid dictada en el caso de Diego Porras I, llega a la misma conclusión de reconocerle la misma indemnización de 20 días de indemnización por año de servicio. Esta conclusión, como se comentó anteriormente en relación con la STS puso fin definitivamente a dicho caso.

i. Breve valoración

Cabe hacerse la misma pregunta que la realizada en otras ocasiones. La Sentencia, que finalmente dicta el Juzgado de lo Social que plantea la cuestión prejudicial, la fundamenta en motivaciones que nada tienen que ver con la propia STJUE. Es decir el mismo fallo final podría haberse dictado sin plantear la cuestión prejudicial. Es cierto que en el presente caso existía un interés general, de la comunidad jurídica, por saber si la primera Sentencia del caso de Diego Porras era un error cometido por el propio TJUE y en ese sentido la actuación del Juzgado de lo Social de Madrid sirvió para aclarar el mismo. Pero lo cierto es, se insiste, que la misma sentencia podría haberse dictado, con el mismo fallo, sin plantear la cuestión prejudicial. Es más, ningún perjuicio hubiera tenido el actor si la Sentencia del TJUE hubiera sido de signo distinto. Al estilo del clásico jurista romano, el TJ creó una nueva categoría jurídica: “*La relación de trabajo temporal de duración inusualmente larga*”.³⁷¹

³⁷⁰ La Sentencia señala que “...El argumento fundamental que realiza el TS se condensa en éste párrafo: Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fija, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”.

³⁷¹ Molina Navarrete, Cristóbal. “Estabilidad comunitaria y contratación temporal inusualmente larga nacional”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es la de 27 de junio de 2019 - ROJ: STS 2634/2019, ECLI:ES:TS:2019:2634 que revocó STSJ del País Vasco, que había confirmado Sentencia de instancia.

Supuesto de trabajador vinculado con el organismo demandado mediante diferentes contratos de interinidad por sustitución, y no cuestionándose la validez de la extinción se reclama una indemnización a razón de 20 días por año de servicio, lo que es estimado en instancia y suplicación en base a la doctrina de la STJUE de Diego Porras I.

El TS casa y anula la STSJ reiterando doctrina en el sentido de que en los contratos de interinidad por sustitución válidamente extinguidos no procede indemnización de 20 días y ello porque la Sentencia del caso De Diego Porras fue rectificadora por el propio TJUE en sentencia 5 de junio C-574/16 y 677/16 y posteriormente por caso De Diego Porras II.

- La última STS que cita el caso Lucia Montero es la de 23 julio de 2020. ROJ: STS 2605/2020 JUR 2020\233871 ECLI: ECLI:ES:TS:2020:2605, ya referido con anterioridad en relación al caso C-596/14, en la que era demandada la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELERAFOS SA.

✓ **STJUE 21 de noviembre de 2018, Caso Diego Porras II. C-619/17**

a. Identificación de la sentencia

La Segunda Sentencia dictada sobre el mismo caso es la del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de noviembre de 2018³⁷², dictada en contestación a Auto planteado por el TS en fecha 25 de octubre de 2017, con ocasión del recurso de casación formulado frente a la Sentencia del TSJ de Madrid referida en el anterior punto. Tan solo resaltar que desde que se dictó la primera STJUE De Diego Porras, el 14 de septiembre de 2016, hasta esta nueva Sentencia, se habían dictado varias Sentencias por el TJUE sobre tema análogo y que presagiaban el resultado final³⁷³.

Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 381-386.

³⁷² Asunto Ministerio de Defensa contra Ana de Diego Porras. Identificación. ECLI:EU:C:2016:683. Ponente A. Arabadjiev.

³⁷³ Así STJUE de 5 de junio de 2018 (Grupo Norte) y STJUE del mismo día (Grupo Lucia Montero).

b. Problema suscitado. c. Marco normativo coetáneo. d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Se dan por reproducidos los referidos en relación a la primera cuestión prejudicial planteada por el TSJ de la Comunidad de Madrid. Se insiste que el TS plantea la cuestión cuando recibe recurso de casación formulado por el Ministerio de Defensa frente a la Sentencia del TSJ de Madrid.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

En fecha 25 de octubre de 2017 se dictó Auto planteando nueva cuestión prejudicial partiendo de que la situación de la trabajadora demandante era comparable a una trabajadora fija en cuanto a funciones y requisitos. La cuestión se plantea, sin embargo, en relación a la indemnización a percibir por extinción del contrato por cumplimiento de la finalidad del contrato temporal.

El Auto recuerda que se habría de comparar la indemnización a percibir por el trabajador interino, con la que perciben los trabajadores indefinidos, no siendo relevante, a efectos de comparación, lo que percibieran otros contratos temporales a la finalización de estos, y ello porque la Directiva analizada precisamente tiene como objeto evitar la diferenciación de trabajo entre indefinidos y temporales.

A partir de ello resalta:

- que no era posible comparar la situación de los interinos y los indefinidos en el aspecto de la finalización del contrato, ya que los indefinidos no podrían ser despedidos por la causa en que cesan los interinos, la reincorporación de la persona para cuya sustitución fueron contratados. Por tanto, no existiría, a diferencia de lo que señalaba el Auto del TSJ de Madrid y la propia STJUE de 5 de septiembre de 2016, posibilidad de hacer la comparación a efectos de igualdad.
- de otro lado que, en los supuestos de despido objetivo, la indemnización que percibirían los interinos sería igual a la que perciben los indefinidos y el resto de contratados temporales.

El Auto analiza la STJUE 14 de septiembre de 2016 (Caso de Diego Porras I), refiriendo que de la misma podría desprenderse que el art. 4.1 del Acuerdo Marco exigiría que todas las extinciones contractuales tuvieran una idéntica indemnización en la legislación nacional, con independencia del tipo del contrato y por ende de la

naturaleza de la causa de extinción del mismo, de tal forma que los interinos tendrían derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio, con independencia de si su cese es motivado por la reincorporación del trabajador sustituido o anteriormente por causas objetivas, entendiéndose por ello las técnicas, organizativas o de producción.

Así pues y, en definitiva, el Auto de planteamiento interesa la clarificación de la doctrina sentada por la previa STJUE, señalando que las dudas que surgían de la misma estaban provocando una gran confusión, instándose numerosos procedimientos judiciales que el TS, como cúspide de la pirámide judicial en nuestro país, quería clarificar definitivamente. Se insiste, la duda fundamental que plantea el Auto del TS, era la de si los trabajadores interinos tendrían la misma indemnización, al cesar por reincorporación del sustituido, que los indefinidos que cesaran por razones objetivas, adelantando su opinión de que no consideraba que la diferencia de trato pudiera poner en peligro el equilibrio entre los contratos de trabajo de duración determinada y los contratos de trabajo por tiempo indefinido.

Sin embargo el Auto no se para ahí, sino que, aun adelantando que no era directamente necesario para la resolución del pleito y que no derivaría de la interpretación el art. 4.1 del Acuerdo marco de la Directiva, le plantea la interrogante de si en caso de que se considerara procedente el no abono de indemnización a los interinos en relación a los indefinidos, si a igual conclusión habría que llegarse en la comparación de otros contratos temporales (de obra y eventuales) en los que se fija al finalizar los mismos, como sabemos, indemnización de 12 días por año de servicio, mientras que en los interinos no. Es de resaltar que en la justificación de esa interrogante hace una afirmación que posteriormente se refutará por la STJUE que se dictó, al señalar que la indemnización que el legislador nacional fijaba para los casos de finalización de contratos temporales de obra o eventuales era una medida adoptada de disuasión del abuso de la contratación temporal, lo que estaría dentro de la finalidad de la Directiva 1999/70/CE.

Por último y en línea con lo que había alegado para justificar el planteamiento de la “nueva cuestión prejudicial”, hace dos peticiones al TJUE:

- La primera es que dada la trascendencia y siendo conocedor de que se habían formulado otras cuestiones prejudiciales por distintos órganos

judiciales españoles sobre análoga cuestión (entre ellos caso Montero Mateos, C-677/16), que se paralizaran todas hasta que se resolviera esta.

- La segunda que, dada la trascendencia de la cuestión planteada y su repercusión, se tramitara por el procedimiento acelerado.

Con todo ello formuló las siguientes cuestiones:

“1. ¿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?.

2. Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?

3. De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿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?.

*f. Conclusiones de la Abogada General*³⁷⁴

La abogada general interesó se emitiera resolución sin conclusiones escritas.

³⁷⁴ Sra. J. Kokott.

g. La sentencia del TJUE

Un año más tarde, el 25 de noviembre de 2018, se dictó nueva STJUE. La Sentencia desestima las dos cuestiones finales solicitadas, paralización de las demás cuestiones prejudiciales planteadas, y tramitación por el procedimiento acelerado.

Es de resaltar precisamente que en relación a una de las cuestiones prejudiciales planteadas por la que se interesaba la paralización, era la del Caso Lucia Montero Mateos, (C-677/16), ya se había dictado sentencia por parte del TJUE en fecha 5 de junio de 2018, y en ella se había dado contestación a la primera de las dudas del TS, en el sentido de que no se opondría a la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco, una normativa nacional que no previera indemnización alguna a los trabajadores contratados mediante contrato de interinidad y sí se reconocía a los indefinidos que cesaran por causa objetiva, y ello por considerar que no nos encontraríamos ante situaciones comparables.

A partir de ello remite al Tribunal nacional a la hora de constatar si se trata de situaciones homologables y si existen razones objetivas que justificaran la diferencia de trato. No obstante ello, adelanta que según resultaba de los datos suministrados, la finalización del contrato de la actora, Sra. De Diego Porra, por reincorporación de la trabajadora sustituida, se habría producido en un contexto distinto, fáctica y jurídicamente, del supuesto de extinción del contrato de los fijos por causas objetivas y que las mismas justificarían la diferencia de trato.

En relación a la segunda cuestión planteada, la diferencia entre contratados temporales de obra y eventuales que perciben indemnización de 12 días al finalizar el contrato y los interinos que no perciben indemnización alguna, da contestación a la alegación del Gobierno español de que no era relevante para la resolución de la controversia. Así, coincide en señalar que, si bien en un principio, ciertamente con lo anteriormente referido, ya el Tribunal Supremo podría solucionar la controversia, consideraba igualmente pertinente afrontarla por estimar que no se trataría de un tema que estuviera desvinculado totalmente con la controversia, ni que fuera una mera cuestión hipotética o que el tribunal no dispusiera de datos para dar contestación a la misma, teniendo, en todo caso, relación con la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo. Es por ello por lo que finalmente decide analizar el fondo de esta segunda

cuestión planteada, si de acorde con la normativa comunitaria era posible esa diferencia entre los contratados temporales de obra o eventuales y los interinos.

Argumenta que la mentada cláusula 5 impone a los Estados miembros la adopción de medidas para establecer límites a la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, así la existencia de razones objetivas, la duración máxima y el número de sus renovaciones, dejando la adopción de la medida concreta al respectivo Estado. En todo caso, igualmente se establece que los Estados deberán adoptar medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias para lograr la eficacia de las medidas que adopte en aplicación del Acuerdo marco. Y en este punto es donde discrepa del razonamiento del Auto del Tribunal Supremo, al señalar que la medida de fijar una indemnización por la terminación del contrato temporal no cabe considerarla como medida disuasoria para evitar la contratación abusiva y por tanto no estaría dentro de las establecidas en la mentada cláusula 5. Y es que efectivamente el que se establezca una indemnización obligatoria de 12 días por año para la finalización de los contratos temporales no supone una medida de entidad que disuada de la contratación temporal abusiva.

Así pues, en resumen y en relación con la segunda cuestión prejudicial planteada, se da respuesta en el sentido de que corresponde al órgano nacional determinar si la fijación de indemnización al finalizar el contrato temporal constituye una medida apropiada para prevenir y sancionar los abusos de la utilización abusiva.

Y ya, en relación a la última cuestión prejudicial, si existe discriminación entre contratados temporales de obra y eventuales y los contratados como interinos, se deduce de la contestación a la anterior cuestión. En tanto que la indemnización no es medida que se pueda incardinar en el Acuerdo marco, el que unos contratos tengan derecho a indemnización y otros no, no vulnera la Directiva, siempre que existan medidas aplicables para sancionar los abusos de dicha contratación temporal. Es decir corresponde al tribunal nacional valorar si una medida que evite los abusos de la contratación temporal (cláusula 5. Acuerdo Marco), como puede ser una indemnización en la que la misma se limite a unos contratos, menoscaba el objeto y efecto útil de la directiva, pero ello en sí mismo no se pone al Acuerdo Marco.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 13 de marzo de 2019 se dictó la STS nº 2007/2019³⁷⁵ que puso fin al proceso iniciado por la Sra. De Diego Porras en el año 2012.

La Sentencia resalta que si bien la Sra. De Diego Porras había planteado inicialmente la calificación de su relación laboral como indefinida, ello se había denegado por el Juzgado de lo Social y por la STSJ de Madrid, habiéndose aquietado la actora a ello, por lo que ya no era posible plantearse la índole de dicha relación, generando la duda de si, efectivamente lo que se debió hacer en la sentencia de instancia era declarar el carácter fraudulento de la contratación como interina, la declaración de la relación como indefinida no fija, y la extinción de la relación por cobertura de plaza, con derecho, por tanto, a indemnización de 20 días por año de servicio, según la última jurisprudencia del propio Tribunal Supremo.

Así pues, el tema quedaba circunscrito a si, al cese de su relación laboral como interina, motivado por haberse reincorporado la trabajadora sustituida, tenía derecho a la percepción de indemnización de 20 días por año de servicio, como había declarado la STSJ de Madrid.

Y a partir de las consideraciones y respuestas dadas por la STJUE la contestación fue negativa, por estimar que nuestro ordenamiento da respuesta al abuso de la contratación temporal mediante las reglas establecidas en el art. 15.2 y 3 del E.T., que como sabemos convierten en contratos indefinidos los supuestos de no alta en seguridad social y los celebrados en fraude de ley, así como la formalización de sucesivos contratos por periodo superior a 24 meses en periodo de referencia de 30 meses. De ello concluye que no sería comparable la situación del cese del interino por cobertura de vacante y del fijo por causas objetivas y tampoco sería contrario a la Directiva la diferencia de indemnización en los contratos temporales de obra y eventuales y los de interinidad, lo que le lleva finalmente a revocar la Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid, y por ende declarar el no derecho de la actora a percibir indemnización alguna al cese de la relación laboral.

Es de destacar la existencia de voto particular de dos magistrados, en el que:

- De un lado se reseña que quizá la Sentencia habría debido reconducir la controversia, como anteriormente se indicó, a la propia calificación de la

³⁷⁵ RCUUD 3970/2016.

relación laboral, por estimar que la misma, por la excesiva duración, debía ser considerada como indefinida, en cuyo caso se le debería haber reconocido a la actora indemnización de 20 días por año de servicio, equivalente a los despidos objetivos.

- Subsidiariamente a tal planteamiento se cuestiona que no cupiera fijar indemnización alguna al finalizar la relación laboral resaltando que discrepa de la Sentencia en lo relativo a que el ordenamiento jurídico español disponga de instrumentos precisos para evitar el abuso de la contratación temporal, como lo pone de manifiesto la gran litigiosidad existente en relación a la utilización fraudulenta de la contratación temporal por las Administraciones públicas, a la que no ha sabido poner coto una actuación complaciente de la jurisdicción social.

Considera por ello el voto particular que la indemnización de 12 días para la finalización de la contratación temporal supone una medida, ciertamente leve, para evitar la contratación fraudulenta y que ello igualmente podría extenderse a la contratación de interinidad, razonamiento este último que podría considerarse contradictorio con el hecho mismo de que inicialmente considerara que la excesiva duración del contrato debió conllevar la declaración de fijeza de la trabajadora.

i. Breve valoración

El largo recorrido de la Sra. De Diego Porras y las distintas Sentencia dictadas en un mismo proceso pone de manifiesto distintas circunstancias a destacar. Así:

- La importancia que tiene el correcto planteamiento del propio Auto en el que se formula la cuestión prejudicial, dado que el TJUE parte de los hechos y de la normativa jurídica nacional narrados en el Auto.
- Por ello un incorrecto planteamiento puede dar lugar a STJUE que posteriormente no tenga virtualidad por ser posible el recurso de la propia Sentencia que se pudiera dictar por el órgano que plantea la cuestión.
- Igualmente, el hecho de si, a través del Auto de planteamiento, se puede, o no, modificar el propio planteamiento de la demanda. Así cabe recordar que la demanda inicial de la Sra. De Diego Porras interesaba la

declaración de improcedencia del despido, lo que es desestimado por el TSJ de Madrid, planteando cuestiones al TJUE distintas a lo solicitado por la actora.

- Así mismo cabe destacar el criterio final, que posteriormente se referirá al analizar sentencias que fueron dictadas con posterioridad a De Diego Porras I pero con anterioridad a De Diego Porras II, en el sentido de que la finalización “natural” de un contrato temporal no puede considerarse como causa objetiva equiparable al despido objetivo de los trabajadores fijos o temporales y que, en ambos casos, diera lugar a la misma indemnización de 20 días por año de servicio.
- Por último, la principal conclusión de la saga de sentencias De Diego Porras es que Europa no va a solucionar todos los problemas de temporalidad en la administración. Para conseguir una auténtica integración entre los dos ordenamientos se debe de utilizar la normativa comunitaria y jurisprudencia del TJUE como elemento inspirador de reformas y no como ídolo de trasposición mecánica o un referente externo.³⁷⁶

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 28 de marzo de 2019, ROJ: STS 1282/2019, ECLI:ES:TS:2019:1282 que estima recurso frente a STSJ C. León-Valladolid y confirma Sentencia de instancia.

El supuesto analizado es el de trabajador indefinido no fijo de la Junta de Castilla y León que es cesado por cobertura de plaza ocupada. En suplicación y en instancia se entendió que existió válida extinción contractual sin derecho a la indemnización. Finalmente se reconoció indemnización de veinte días a cargo de la demandada, refiriendo doctrina STS/4ª/Pleno de 28 de marzo de 2017, aunque aclara que el “... *derecho a la indemnización no surge de lo declarado en la repetida STJUE de 14 septiembre 2016, cuya dificultosa y problemática interpretación ha sido*

³⁷⁶ Miranda Boto, Jose María. “Historia de ida y vuelta: la discutida indemnización de los interinos”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 337-342.

corregida, tanto por las STJUE de 5 junio 2018 (TJCE 2018, 65) (Montero Mateos - C-677/16) y Grupo Norte Facility (TJCE 2018, 64) (C-574/16), como, de manera específica, por la STJUE de 21 Noviembre de 2018 (TJCE 2018, 209) (C-619/17) - segunda de las dictadas por el Tribunal de la Unión en ese mismo caso-. Así lo hemos declarado en la STS/4º/Pleno de 13 marzo 2019 (RJ 2019, 1164) (rcud. 3970/2016), al resolver el asunto que dio origen a aquella sentencia del TJUE.”

- La última STS que cita el caso de Diego Porras II es la de 23 julio de 2020. ROJ: STS 2605/2020, ECLI: ECLI:ES:TS:2020:2605, ya referida con anterioridad en relación a los casos C-596/14 y C-677/16.

✓ **ATJUE 19 de marzo de 2019, Caso Universidad S. Compostela. C-293/18**

a. Identificación del Auto

En fecha 19 de marzo de 2019 se dictó Auto³⁷⁷ por el TJUE, en caso Universidad de Santiago de Compostela, que traía causa de Auto de planteamiento formulado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 12 de abril de 2018.

b. Problema suscitado

La controversia se plantea mediante conflicto colectivo instado por CC.OO., pudiéndose sistematizar los hechos en los siguientes términos:

- Trabajadores con vinculación laboral a través de sucesivos contratos de un año.
- Los contratos eran de investigación pre-doctoral y dentro de un proyecto de innovación.
- Finalizado el proyecto se les cesa sin indemnización alguna.
- El conflicto colectivo pretende se declare que los trabajadores tendrían derecho a indemnización, bien del art. 53.1.a del E.T. (como despido objetivo), o subsidiariamente del art. 49.1.c (contrato temporal) del mismo texto legal.

³⁷⁷ Asunto Sindicato Nacional de CCOO de Galicia contra Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT), Universidad de Santiago de Compostela, Confederación Intersindical Gallega. Identificación ROJ: PTJUE 362/2019, ECLI:EU:C:2019:224. Ponente Sr. A. Arabadjiev.

Así pues, la controversia surge porque dichos trabajadores no percibían, a la finalización de su contrato pre-doctoral, indemnización alguna.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo español, según el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, vendría dado por normativa específica y normativa general. Así noticia que:

- La ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE n.º 31, de 2 de junio de 2011), que regulaba el contrato pre-doctoral, que disponía que tendrían la consideración de personal investigador pre-doctoral en formación, y una duración determinada, con dedicación a tiempo completo, no previéndose indemnización a percibir a su finalización.
- Por su parte el E.T., regularía los contratos distinguiendo los indefinidos y los temporales, disponiéndose que tienen los mismos derechos, si bien el art. 49 preveía una indemnización a la finalización del contrato temporal equivalente a doce días por año de servicio. Y el art. 52 regula los denominados despidos por causas económicas, con derecho a indemnización de 20 días por año de servicio.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto no hace referencia a jurisprudencia nacional.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

La duda que plantea el Auto del TSJ de Galicia es doble y alternativa, y vendría relacionada con:

- el hecho de si el contrato de los afectados por el conflicto colectivo habría de considerarse homologable a los indefinidos y por ende, su finalización habría de conllevar indemnización de 20 días por año de servicio, como si fuera extinción por causas objetivas,
- o, por el contrario, habría de considerarse como temporal y consecuentemente tener derecho a indemnización de 12 días por año de servicio como el resto de contratos temporales.

En la providencia inicial que se dio traslado a las partes sobre la formulación de cuestión prejudicial, se señalaba que se dudaba si cabría considerar equiparables los contratos temporales regulados en el Estatuto de los Trabajadores y los contratos pre doctorales regulados en la Ley 14/2001, y en caso de que se considerara afirmativamente, si el no establecerse indemnización alguna a la finalización de los mismos supondría una desigualdad de trato respecto al resto de los temporales, lo que vulneraría el art. 21 de la Carta, principio general de igualdad de trato y de no discriminación, que sería un principio general del derecho de la Unión.

Posteriormente hace referencia,

- De un lado al Acuerdo marco de 18 de marzo de 1999 suscrito entre la CES, la UNICE, y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada y la Directiva 1999/70, CE del Consejo de 28 de junio de 1999, transcribiendo qué se ha de considerar como trabajador con contrato de duración determinada y de duración indefinida, resaltando que la igualdad de trato hace referencia a igualdad de situaciones comparables, entendiendo por tal un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y tareas que desempeña.
- De otro lado se hace eco de la STJUE de 14-9-2016 (caso C-596/14, caso De Diego Porras I), a fin de considerar que dentro de las “condiciones de trabajo” se incluye la indemnización a abonar a la finalización del contrato de trabajo de duración determinada, y el criterio que se habría mantenido en dicha Sentencia, de que se vulneraría la normativa europea al no reconocer al interino que cesa indemnización alguna y equipararlo a los despidos objetivos.

El Auto refiere que efectivamente en el caso de De Diego Porras el contrato era de interinidad y en el presente caso no, por lo que no sería de aplicación automática la doctrina sentada en la mentada Sentencia, lo que le generaría dudas de interpretación a la hora de considerarlos bien como temporales, bien indefinidos, y en ambos casos si el hecho de no reconocérseles indemnización alguna, ni la de los 12 días ni la de los 20 días, supondría una vulneración de la Directiva y en su caso del principio general de igualdad de trato.

A partir de tales consideraciones formula las siguientes preguntas:

- 1) *¿Deben considerarse a los trabajadores contratados por aplicación del artículo 20 de la Ley 14/20 de 1 de junio de la Ciencia, [la] Tecnología y la Innovación, incluidos en el ámbito del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada suscrito entre la CES, la UNICE y el CE[E]P que dio lugar a la Directiva 1999/70/CE del Consejo[,] de 28 de junio de 1999?*
- 2) *¿Debe considerarse la indemnización por extinción de los contratos de trabajo una condición de trabajo en los términos [de la cláusula] 4 del Acuerdo Marco?*
- 3) *De ser las respuestas afirmativas: ¿deben considerarse comparables la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores contratados por aplicación de la Ley 14/20 de 1 de junio de la Ciencia, [la] Tecnología y la Innovación con la extinción de los contratos indefinidos por causas objetivas en aplicación del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores?*
- 4) *De ser afirmativo: ¿existe alguna causa legislativa para las diferencias?»*

*f. Conclusiones del Abogado General*³⁷⁸

El Abogado general interesó se dictara Sentencia sin emisión escrita de conclusiones.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 19 de marzo de 2019 se dictó la Sentencia por el Tribunal de Justicia. Es de resaltar que ya se habían dictado las Sentencias en los casos Lucia Montero (STJUE de 5 de junio de 2018) y Diego Porrás II (21 de noviembre de 2018), y que habían de incidir en la respuesta que diera el Tribunal, que cabe concretar esquemáticamente en los siguientes términos:

- Por un lado, declara que efectivamente el contrato de los actores, de investigadores pre-doctorales, habría de considerarse como temporal y por tanto le sería de aplicación la Directiva 1990/70/CE. Para ello resalta que la Directiva no excluye a ningún tipo de contrato de tiempo cierto, y por tanto también incluye a los celebrados con las Administraciones

³⁷⁸ Sr. M. Szpunar.

Publicas. Reitera que el carácter temporal viene determinado “...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”.

- De otro lado, que la Directiva no se opone a normativa que no prevé indemnización para el supuesto de contratos como los de los afectados por el conflicto colectivo, mientras que sí se reconoce indemnización a los fijos que cesan por causas objetivas.

Pero previamente remite al propio tribunal que formula la cuestión el determinar si los trabajos que realizan los trabajadores afectados por el conflicto son de carácter comparable a los indefinidos, y a partir de ello si existe razón objetiva que justifique que a su cese no tengan derecho a indemnización equivalente a los contratados temporales.

El razonamiento de la Sentencia es un poco confuso, ya que inicialmente procede a comparar los contratos de los actores, temporales, con otros temporales, lo que no sería objeto de la Directiva y por tanto el Tribunal no tendría posibilidad de entrar a su examen. Posteriormente compara los mismos contratos de los actores con los contratos de indefinidos, en cuyo caso sí sería de aplicación la Directiva, y tiene en cuenta las Sentencias de los casos De Diego Porras II y Lucía Montero para concluir que no se trataría de supuestos comparables el cese por causas objetivas del contratado indefinido (igual que en los dos casos referidos) y el cese del temporal, poniendo énfasis en la diferencia que otorga la previsibilidad, ya que en los temporales está prevista de antemano la fecha de expiración, y ello no es homologable al cese por causas sobrevenidas económicas, técnicas o productivas, que por otro lado igualmente le es de aplicación en caso de finalización por ese motivo y antes de la propia finalización de la obra o servicio.

Por todo ello finaliza la Sentencia declarando que la Directiva es aplicable a los contratos pre-doctorales, y que no se opone la normativa nacional que regula los mismos, a aquella, por el hecho de no fijar indemnización alguna a la finalización del contrato.

El tenor literal de la contestación es el siguiente:

“1) El Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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 —y concretamente la cláusula 2, apartado 1, y la cláusula 3, punto 1—, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a trabajadores como los que forman parte del personal empleado mediante contratos pre-doctorales de que se trata en el litigio principal.

3) La cláusula 4, apartado 1, 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 no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos pre-doctorales al vencimiento del 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”.

h. La Sentencia del Tribunal Español

h.1. Sentencia de suplicación del TJS Galicia

Se dicta por el TSJ de Galicia Sentencia a 11 de abril de 2019³⁷⁹ estimando parcialmente la demanda de conflicto colectivo presentada, y declarando el derecho de los trabajadores con contrato pre-doctoral a percibir en el momento de la finalización “la indemnización fijada en el artículo 49,1,c) del Estatuto de los Trabajadores en la cuantía que corresponda”.

En cuanto a la pretensión principal de abono de una indemnización conforme al artículo 53.1.b) del ET (20 días) recuerda que conforme a la reiterada jurisprudencia del TJUE, el principio de no discriminación exige no tratar de manera diferente situación comparables, a no ser que ello se justifique de forma objetiva. Seguidamente considera que estamos ante situación comparables y se remite sentencia del TJUE dictadas en las cuestiones C-677/16, C-574/16 y C-619/17 pero finaliza afirmando que existen razones objetivas que justifican la diferencia de trato, como es la duración de ambas contrataciones que las partes conocen desde el momento de su celebración, remitiéndose a las sentencias de los asuntos, Montero Mateos y Grupo Norte Facility.

³⁷⁹ Conflicto Colectivo 34/17. ROJ: STSJ GAL 2413/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:2413.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de ser indemnizados conforme al artículo 49.1c), no entraría dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco al tratarse de comparaciones entre temporales, siendo una cuestión que le corresponde únicamente al juez nacional. Entiende que la contratación temporal de los contratados pre-doctorales se hallan dentro de las reguladas en el artículo 15 y que estos contratos han de calificarse como de obra o servicio con la consecuencia de tener derecho al percibo de la indemnización del artículo 49.1.c ET.

h.2. Sentencia de casación del TS

Se interpone recurso de casación por la Universidad que finaliza con Sentencia estimatoria del TS en fecha 13 de octubre de 2020³⁸⁰ por la que se anula la Sentencia del TSJ de Galicia.

En la sentencia se analiza la relación laboral de los contratos pre-doctorales, cuyo objeto es la realización de actividades de investigación en el ámbito de un proyecto. La cuestión se limita a si, comparte el criterio del TJS de Galicia al considerar estas relaciones como contratos temporales de obra o servicio, o se tratan de otra modalidad contractual, como la recogida en la Ley 14/2011 de 1 de junio de la ciencia, la tecnología y la investigación, en donde no se prevé indemnización alguna para los supuestos de finalización de contratos. Tras un minucioso repaso legislativo concluye considerando que” *el legislador ha diseñado una modalidad contractual, de carácter formativo, a la que no ha atribuido indemnización en el momento de su finalización, en la misma línea seguida con otros contratos temporales del ET.*” Con dicha premisa y en aplicación de la doctrina Diego Porras II estima el recurso declarando que no procede indemnización.

i. Breve valoración

Se trata de Sentencia que viene a reiterar y confirmar la improcedencia de la doctrina de la Sentencia Diego Porras I, desdiciéndose de la misma, y confirmando la línea ya trazada en la Sentencia del caso Lucia Montero y Diego Porras II.

³⁸⁰ Recurso casación nº 119/2019.

✓ **STJUE de 3 de junio de 2021, Caso Instituto Madrileño de Investigación (IMIDRA). C-726/1**

a. Identificación de la sentencia

Nueva cuestión prejudicial se formuló por Auto del TSJ de Madrid de fecha 23 de septiembre de 2019, en acción sobre despido, que dio lugar a la cuestión 726/19 cuya Sentencia³⁸¹ se ha dictado, ya cerrando la presente tesis, el día 3 de junio de 2021.

b. Problema suscitado

Refiere el Auto de planteamiento los hechos que resumidamente son los siguientes:

- Relación laboral mediante contrato de interinidad para cobertura de vacante vinculada a oferta pública del ejercicio 2002.
- Se cubre la plaza por vía de concurso, finalizando su contrato.
- La actora formula demanda de despido y por el Juzgado de lo Social número 40 de Madrid se estima parcialmente la demanda reconociendo indemnización de 20 días por año de servicio³⁸², previo reconocimiento de la condición de indefinida no fija por superación del plazo previsto en el artículo 70 EBEB (3 años).
- El organismo demandado presenta recurso de suplicación con la alegación de que no resultaba de aplicación el art. 70, ya que “es solo aplicable al personal de nuevo ingreso pero no al que se encuentra vinculado a un proceso de consolidación de empleo como acontece en este caso y además este precepto entró en vigor en mayo de 2007 y no tiene carácter retroactivo”, concluyendo que no podía entenderse en ningún caso que la relación contractual de interinidad, es decir de duración determinada, se hubiera convertido en indefinida.³⁸³

³⁸¹ Asunto Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario y JN. Identificación ECLI:EU:C:2021:439. Ponente: Sr. A. Kumin.

³⁸² Criterio STS 28 de marzo de 2017. RCU 1664/2015.

³⁸³ Rojo Torrecilla, Eduardo “UE. Contrato de interinidad por vacante. El TSJ de Madrid cuestiona frontalmente la jurisprudencia del TS sobre la interpretación del art. 70 del EBEP y eleva cuestión prejudicial al TJUE. Análisis del auto de 23 de septiembre de 2019, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/ue-contrato-de-interinidad-por-vacante.html>.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto da cuenta al TJUE de la normativa española en concreto:

- Art. 12.7 y artículo 15 Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre por el que se desarrolla el contrato de duración determinada.
- Real decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 70 (oferta de empleo público), artículo 83 (provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal) y disposición transitoria cuarta (consolidación de empleo temporal).
- Art. 13 (régimen de provisión de vacantes) y la disposición transitoria undécima (ordenación y mejora del empleo -consolidación-) del convenio colectivo aplicable.
- Art. 1.6 del Código Civil (jurisprudencia del TS como complemento del ordenamiento jurídico)
- Art. 9.3 de la Constitución

En cuanto a la normativa comunitaria se remite 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, y recopila la jurisprudencia comunitaria que considera de aplicación, nada más ni nada menos que hasta ocho sentencias, de las que transcribe amplios fragmentos de su contenido. Por el orden, no cronológico, en las que se citan en el auto son las siguiente: 8 de mayo de 2019 (asunto C-494/17); 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17); 25 de octubre de 2018 (asunto C-331/17); 5 de junio de 2018 (asunto C-677/16); 7 de marzo de 2018 (asunto C-494/16); 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15); 23 de abril de 2009 (C-380/07); 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05)³⁸⁴.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El auto de planteamiento refiere que el criterio jurisprudencial, al momento de la presentación de la cuestión, denota una “consolida doctrina” del TS que consideraba

³⁸⁴ Rojo Torrecilla, Eduardo. (ob cit.)

“...no abusiva y ajustada a derecho la contratación temporal de trabajadores por interinidad por vacante por parte de Administraciones públicas, que se dilata durante periodos muy largos como 20 años y en muchos casos muy superiores a 10 años, mediante la suscripción de sucesivos contratos o la renovación de la relación laboral, no justificando la empleadora su inactividad, sin que se aplique ninguna de las medidas prevenidas en la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, no fijándose indemnización ni considerándose la relación indefinida no fija”.

Así pues, señalaba que, en función de ello, contratados interinamente durante 20 años, podrían ver extinguida su relación laboral sin derecho a indemnización alguna. En concreto se indicaba que, según el TS, el plazo de tres años previsto para la cobertura de vacante, podía prorrogarse sine die por diversas causas y, en particular, como consecuencia de la grave crisis económica del año 2008.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El TSJ de Madrid no tiene dudas de la aplicación al caso concreto del artículo 70 de EBEP pero es consciente de la “*doctrina consolidada*” del Alto Tribunal que entiende que por dilación de la cobertura de la vacante la naturaleza de esta relación laboral nunca deviene en indefinida no fija y que por tanto no tiene derecho a indemnización.

La tesis del TSJ es diametralmente opuesta a la jurisprudencia del TS discutiendo en primer lugar que pueda celebrarse un contrato de interinidad para la cobertura de vacante, habiéndose extralimitado el legislador en el artículo 4.1 del Real Decreto 2720/1998 por el que se desarrolla el artículo 15 del ET al establecer la posibilidad de celebrar un contrato de interinidad para necesidades diferentes de las previstas en el artículo 15.1c. ET. Aun dándole validez considera que su duración no puede quedar sujeta “... a la arbitrariedad de la administración que demora sin cortapisas la cobertura de la vacante, por lo que el trabajador no sabe cuándo puede finalizar la relación laboral.”

Se pregunta cuál sería el plazo de aplicación a los procesos de selección en las administraciones públicas y que la contestación no puede ser otra que el artículo 70 del EBEP³⁸⁵ pero introduce un apunte novedoso considerando que “ *la relación laboral*

³⁸⁵ En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

temporal que mantiene la parte trabajadora con la Administración se prórroga tácitamente cada tres años si estaba previsto para cobertura de una plaza vacante, debidamente concretada, y el concurso no se ha llevado a cabo, de lo que concluye, otra vez en un planteamiento que podría llevar a defender ante el TJUE que estamos en presencia de sucesivos contratos de trabajo, si entendemos por cada uno de ellos las prórrogas llevadas a cabo, que estamos en presencia de un contrato de trabajo que ha sido novado seis veces, “al haber durado la relación más de trece años”³⁸⁶.

Finalmente acaba preguntando en los siguientes términos:

“PRIMERA: ¿Puede considerarse conforme al efecto útil la Directiva 1999/170, cláusulas 1 y 5, el establecimiento de un contrato temporal como el de interinidad por vacante, que deja al arbitrio del empleador su duración, al decidir si cubre o no la vacante, ¿cuándo lo hace y cuánto dura el proceso?

SEGUNDA: ¿Ha de entenderse traspuesta al derecho español la obligación establecida por la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de introducir una o varias de las medidas que establece para evitar la utilización abusiva de la contratación temporal en el supuesto de los contratos de interinidad por vacante, al no establecerse, conforme a las doctrina jurisprudencial, una duración máxima de estas relaciones laborales temporales, ni concretarse las razones objetivas que justifican la renovación de las mismas, ni fijarse el número de renovaciones de tales relaciones laborales?

TERCERA: ¿Menoscaba el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco la inexistencia en Derecho español, conforme a la doctrina jurisprudencial, de medida alguna efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad por vacante al no limitarse la duración máxima total de las relaciones laborales, ni llegar a ser nunca éstas indefinidas o indefinidas no fijas, por muchos que sean los años que transcurran, ni ser indemnizados los trabajadores cuando cesan, sin que se imponga a la administración una justificación para la renovación de la relación laboral interina, cuando no se ofrece durante años la vacante en una oferta pública, o se dilata el proceso de selección?

CUARTA: ¿Ha de considerarse conforme con la finalidad de la Directiva 1990/70 CE del Consejo, una relación laboral atemporal, cuya duración, conforme a la

³⁸⁶ Rojo Torrecilla, Eduardo. (ob cit.)

doctrina Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 05-06-2018, n° C-677/2016, es inusualmente larga y queda enteramente al arbitrio del empleador sin límite ni justificación alguna, sin que el trabajador pueda prever cuando va a ser cesado y que puede dilatarse hasta su jubilación, o ha de entenderse que la misma es abusiva?

QUINTA: ¿Puede entenderse, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia (UE) Sala 10ª, S 25-10-2018, n° C-331/2017, que la crisis económica de 2008, es en abstracto causa justificativa de la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivas relaciones de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, que pudiera evitar o disuadir de que la duración de las relaciones laborales de la actora y la Comunidad de Madrid, se haya prolongado desde 2003 hasta 2008, en que se renuevan y después hasta 2016, prorrogando por tanto la interinidad 13 años?”

f. Conclusiones del Abogado General

Se acordó que fuera juzgado sin conclusiones.

g. Sentencia del TJUE

Ya ultimado el presente trabajo, se ha dictado, en fecha 3 de junio de 2021, la penúltima STJUE que ha ocasionado un enorme impacto entre los distintos profesionales de derecho laboral, propiciando la inmediata y minuciosa disección de esta por parte de la doctrina académica.

Sin duda, gran parte de ese impacto responde al análisis que hace el TJUE del concepto “*sucesión de contratos*” previsto en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, ampliando así la aplicación de la misma a supuestos donde existe, “*strictu sensu*”, un único contrato laboral y superando la frontera que establecía el Acuerdo Marco limitando su aplicación a la “*utilización sucesiva de contratos*” no alcanzando por tanto, en principio, a supuestos donde existe un único contrato temporal.

A tal conclusión llega el TJUE tras analizar la cláusula 5ª y recordar que el propio Acuerdo Marco deja en manos de los estados miembros la definición del concepto “*sucesivos*” pero precisando que el margen de apreciación de los Estados miembros “*no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco*”. En este punto es donde la sentencia indica que, aunque no se trate en puridad de una sucesión de contratos sino

que estamos ante prorrogas automáticas del contrato inicial, debe asimilarse dichas prorrogas a renovaciones y “*por consiguiente a la celebración de un contrato de duración determinada distinto*” debiendo calificarse de “sucesivos” en el sentido de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

Posteriormente, tras declarar la aplicabilidad de la cláusula 5 del Acuerdo Marco al litigio, responde a las cuestiones prejudiciales planteadas, haciéndolo de forma conjunta de la primera a la cuarta.

Comienza recordando que la cláusula 5ª asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en establecer límites a la utilización sucesiva de contratos, dejando a los Estados, sin embargo, la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco. Aunque corresponde a cada Tribunal interno analizar la adecuación de la normativa nacional a la cláusula 5ª aporta “*precisiones destinadas a orientar a dichos órganos jurisdiccionales en su apreciación*” que puedan ser de utilidad, sintetizándolos en los siguientes apartados:

- A. *Sobre la existencia de medidas preventivas de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada*
- B. *Sobre la existencia de medidas que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada*

En definitiva, el TJUE analiza si la norma interna garantiza tanto las medidas preventivas como sancionadoras para luchar contra la utilización abusiva de la contratación temporal. En cuanto a la medida preventiva se hace eco del artículo 70 del EBEP y de su límite para la organización de los procesos selectivos en el plazo de 3 años, lo que de forma indirecta permitiría “*evitar perpetuar las relaciones temporales de las personas que ocupan plazas vacantes*”. Sin embargo al poder ser objeto de prórroga, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ese plazo se convierte en un plazo “*tan variables como incierto*” y consecuentemente no garantiza, sin perjuicio de las comprobaciones que efectuó el órgano jurisdiccional remitente, la aplicación concreta de la exigencia establecida en la cláusula 5ª letra a del Acuerdo Marco.

En cuanto a las medidas que sancionan la utilización abusiva de contratos temporales es de resaltar, como señala el profesor Ignasi Beltrán, que “*...el TJUE*

reitera que no es contrario a la Directiva una normativa nacional que prohíba la transformación de los contratos temporales a indefinidos. No obstante, lo condiciona a que haya «otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada» (de otro modo, se estaría vulnerando el efecto útil de la Directiva)”³⁸⁷.

Refiere el efecto útil de la cláusula, porque no es posible, como señala nuevamente el TJUE, su efecto directo dado que la misma “*no es incondicional ni suficientemente precisa*”, careciendo por tanto de la posibilidad de que un particular pueda invocarla ante un juez ni tampoco de la posibilidad de excluir la aplicación de una disposición interna que fuese contraria. Sin embargo y aunque un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una norma interna contraria a la cláusula 5, apartado 1 del Acuerdo Marco, recuerda la obligación impuesta en el artículo 288 del TFUE, párrafo tercero, de interpretar en la “*...medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva que de que se trate*” para alcanzar el resultado que esta persigue.

Finalmente habida cuenta de todas las consideraciones anteriores responde a las cuestiones primera a cuarta de la siguiente forma:

”la cláusula 5ª...se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”.

³⁸⁷ BELTRÁN de HEREDIA, I.: “Interinos por vacante, abuso y Directiva 1999/70: valoración crítica a la STJUE 3 de junio 2021 (C-726/19), IMIDRA” en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2021/06/04/interinos-por-vacante-abuso-y-directiva-1999-70-valoracion-critica-a-la-stjue-3-de-junio-2021-c%E2%80%9191726-19-imidra/>

En cuanto a la quinta cuestión, de si las consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, pueden justificar la inexistencia de norma interna destinada a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinadas conforme indica la cláusula 5, apartado 1, contesta negativamente afirmando que las consideraciones económicas *”no pueden restringir ni incluso anular la protección de que gozan los trabajadores con contrato de duración determinada de conformidad con la Directiva 1999/70 y, en particular, los requisitos mínimos previstos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco”*.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 23 de junio de 2021 se dicta por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentencia³⁸⁸ que estima, en parte, el recurso presentado por la Administración, confirmando la naturaleza de “indefinido no fijo” del contrato y absolviendo a la Administración demandada de abonar la indemnización que establecía la sentencia de instancia en base a que la relación laboral no había finalizado, se mantenía la unidad del vínculo y por tanto, sin ser posible el examen de la indemnización que le correspondería de haberse extinguido conforme venía señalando reiteradamente el propio TSJ de Madrid.

Es curioso que el planteamiento de la cuestión prejudicial no tuvo un efecto directo en la sentencia española e incluso su resultado, aun en el supuesto de no haberse planteado, pudo ser idéntico y ello porque, como señala la propia sentencia, cuando se produjo la cobertura de la vacante el contrato ya era indefinido no fijo puesto que fue adscrita a otra vacante.

Sin embargo, no deja pasar por alto el Tribunal su criterio acerca del contrato de interinidad por vacante y diferenciarlo del contrato de interinidad por sustitución de un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo. Remarca que el contrato por vacante no está previsto en el ET y que se introduce, *ex novo*, por el Real Decreto 2720/1998 y que ello justificaría que le se le aplicase, a los interinos por vacante, lo establecido en el último párrafo del apartado 5 del artículo 15.1.a del ET³⁸⁹.

³⁸⁸ Recurso suplicación nº 876/2018, Sentencia nº 400/21.

³⁸⁹ *“Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.”*

Consecuencia de ello, al no cumplir con los requisitos que exige el ET de identificar siempre el nombre del sustituido y la causa de sustitución, a juicio del TSJ de Madrid, les sería de aplicación, a los contratos de interinidad por vacante, el límite previsto en el citado precepto de no sobrepasar los tres años ampliables, por convenio colectivo, a lo sumo en doce meses más. Por tanto son dos cuestiones independientes pero que terminan por confluir, una de negar validez en si al propio contrato de interinidad desde su inicio, por no cumplir con los requisitos que establece el ET y otra no dejarle al margen de la limitación establecida en el apartado 5.

A pesar de lo anterior, condicionalmente el Tribunal se sitúa en el plano de dar por válido el contrato de interinidad y es aquí donde considera que el propio legislador, cumpliendo con la Directiva 1999/1970, ha limitado la duración del contrato de interinidad por vacante al tiempo que dure el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva que no puede ser superior a tres años conforme al artículo 70 del Estatuto Básico del empleado público.

i. Breve valoración

Comparto con el profesor Ignasi Beltrán, su opinión de la dificultad de valorar la sentencia dado que el TJUE “*arroja un universo interpretativo particularmente complejo*”, con el riesgo latente de caer en continuas contradicciones con sus anteriores resoluciones.

Varias cuestiones, también en coincidencia con el profesor Ignasi, resultan llamativas del análisis de la sentencia. Así la inexistencia de referencia alguna en la sentencia al término “*inusualmente largo*” del apartado 64 del caso Montero Mateos, la ampliación del concepto sucesión y por tanto de aplicabilidad de la Cláusula 5º del Acuerdo Marco a supuestos donde existe un único contrato que se ha visto prorrogado, la posible aplicación del concepto y la imposibilidad de esgrimir motivos presupuestarios para impedir el abuso de la contratación temporal que apoyarían el cambio de criterio por parte de nuestro TS, quien precisamente hoy 22 de Junio de 2021, se encuentra reunido en Pleno la Sala de lo Social para decidir si tras la sentencia del TJUE se mantiene los criterios actuales o bien se adopta un cambio³⁹⁰.

³⁹⁰ <https://confilegal.com/20210610-el-supremo-convoca-un-pleno-para-analizar-la-repercusion-de-la-reciente-sentencia-del-tjue-sobre-los-interinos/>

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- Son múltiples las sentencias³⁹¹ que se han dictado por la Sala de lo Social de Tribunal Supremo apenas un mes después de publicarse la sentencia del TJUE, dando la impresión de que “retenía”, consciente de la importancia de la cuestión prejudicial, ciertos asuntos donde el núcleo de la discusión era la validez del contrato de interinidad por vacante. Y así fue, apenas unos días más tarde, el 28 de junio de 2021, el pleno de la Sala Social del TS dicta una primera sentencia (RCUD núm. 3263/2019), rectificando su anterior doctrina para adecuarla a la STJUE de 3 de junio de 2021.

El supuesto que se analiza refiere una trabajadora del Patronato de la Alhambra, con contrato de interinidad por vacante que, tras 12 años, cesa como consecuencia de la cobertura del puesto de trabajo por concurso de traslados. Presenta demanda de despido que es desestimada aunque se declara el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización de 20 días derivada de la extinción (aplicando la doctrina Diego Porras).

Se recurre y el TSJ de Andalucía -sede en Granada- confirma la de instancia aunque introduce dos cuestiones, en primer lugar declara la relación laboral de indefinida no fija al superar el plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP, y consecuentemente, en segundo lugar, considera procedente la indemnización de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por la extinción del contrato de un indefinido no fijo debida a la rescisión de su contrato por cobertura reglamentaria de la plaza. Por tanto, la indemnización no se da en base a la sentencia Diego Porras, sino a la doctrina del TS como luego el mismo tribunal señalará (“*según la que la extinción del contrato del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba implica el reconocimiento a su favor de una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades*”).

Se recurre por parte del organismo público y se presenta de contrataste la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) de 1 de marzo de 2018 (Rec. 1884/207).

Comienza la sentencia analizando la STJUE y discrepando rotundamente con la jurisprudencia que le imputa el TJUE como consecuencia, a su vez, de lo noticiado en el Auto de planteamiento por el TSJ de Madrid, atribuyéndole a este último una

³⁹¹ Sentencias de 21 de julio de 2021 (Nº Recurso: 1890/2019 y Nº Recurso: 3375/2019) Sentencia de 30 de junio de 2021 (Nº Recurso: 3560/2019), Sentencias de 6 de julio de 2021 (Nº de Resolución: 744/2021, Nº Recurso: 4117/2019, Nº Recurso: 2820/2019) y Sentencias de 1 de julio de 2021 (Nº Recurso: 2847/2019).

“...errónea comprensión de nuestra jurisprudencia o bien por una deficiente traslación de la misma al TJUE” y seguidamente resume, la que considera, su “*solida jurisprudencia*” que, según afirma, “*poco o nada tiene que ver la interpretación de la legislación vigente española que se achaca a esta Sala*”.

Sin embargo, tras manifestar, con cierto “tono” de reprimenda al TSJ de Madrid, la discrepancia anterior, asume que, a la luz de esta nueva sentencia, debe reflexionar y revisar su propia doctrina en cuando al contrato de interinidad por vacante.

Así recuerda que el contrato de interinidad por vacante ha sido admitido por la jurisprudencia, que tiene por objeto “*cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva*”, y que su duración dependerá del “*tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza*”. Considera, en base a la propia definición del contrato, que el mismo se extiende hasta que sea cubierta la plaza por el procedimiento reglamentario y, mientras eso no ocurra, nos encontramos ante un único contrato laboral. Ello tiene una importancia trascendental, porque la existencia de un único contrato haría inaplicable la cláusula 5ª del Acuerdo Marco al limitar su aplicación a una “*utilización sucesiva de contratos*”. Razona sintetizando cuales son los motivos que le llevan a cambiar su criterio prescindiendo “*...de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad*”.

Considerando, por tanto, la existencia de una utilización sucesiva de contratos y por ende la aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, examina las medidas legales establecidas en la normativa interna para prevenir los abusos. Es en este punto donde incide el pronunciamiento de la precitada STJUE de 3 de junio de 2021, al considerar que no pudo justificar la inexistencia de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva consideraciones “*puramente económicas relacionadas con la crisis económica de 2008*”, y por tanto desaparecía “*la razón por la que nuestra anterior doctrina entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo.*”

En este punto, donde se aplica al litigio la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, al entender, por un lado que la prolongación innecesaria en el tiempo del contrato de interinidad puede calificarse como “sucesión de contratos” y por otro que cuestiones puramente económicas no son razones objetivas para justificar la prolongación de la temporalidad, citando nuevamente la STJUE de 3 de Junio que “...*compele a aplicar el derecho interno de suerte que satisfaga el efecto útil*” en “*cuanto al límite temporal del contrato de interinidad por vacante*”, considerando 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*”.

Finaliza recordando que su cambio de doctrina y el límite de 3 años no supone 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.*”

IV. VICISITUDES EMPRESARIALES

1. Materias relacionadas con la protección de los créditos laborales impagados por insolvencia empresarial

El TJUE se ha pronunciado en distintas ocasiones, nueve en total, en relación a dudas suscitadas desde España respecto del alcance de la protección de quienes trabajan para un empleador que deviene insolvente. Dos de ellas lo fueron sobre supuesto de protección de salarios de tramitación y seis sobre supuestos de protección de indemnización por extinción de la relación laboral.

1.1. En supuestos de contratación a tiempo parcial

✓ ATJUE 3 marzo 2021, Caso JL y Fogasa. C-841/19

a. Identificación de la sentencia

Ya prácticamente ultimando el trabajo que se presenta como tesis doctoral, se ha tenido conocimiento del Auto dictado por el TJUE (Sala Octava) en fecha 3 de marzo de 2021³⁹² que daba contestación a la cuestión prejudicial formulado por Auto del Juzgado de lo Social núm. 41 de Madrid de fecha 7 de noviembre de 2019.

³⁹² Asunto JL y Fogasa. Identificación ECLI:EU:C:2021:159. Ponente Sr. F. Biltgen.

b. Problema suscitado

El problema suscitado, que motivaría el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, tiene origen en los siguientes hechos:

- Trabajador que presta servicios a empresa de construcción como camarero, con contrato de duración determinada de obra y jornada parcial de 20 horas semanales.
- La empresa cierra sin comunicación alguna, formulando demanda por despido y dictándose sentencia por la que declarándose improcedente extinguió la relación laboral condenando salarios de tramitación e indemnización.
- Declarada insolvente la empresa se formula solicitud al Fogasa, dictándose resolución por la que se reconoce el derecho, pero calculado el salario con el tope del 50% del SMI.
- Frente a la resolución del Fogasa se formula demanda ante el Juzgado de lo social con la pretensión de que se considere como tope el 100% del SMI, quien plantea la correspondiente cuestión prejudicial.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativa nacional venia dado por el art. 33 del E.T., que regula el Fondo de Garantía Salarial, estableciendo:

- su apartado uno el máximo a abonar por salarios y salarios de tramitación, que en la fecha era “... *la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.*”
- su apartado dos el máximo de indemnización que sería *una “...anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.*”

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto refiere que los tribunales españoles estarían interpretando el mentado artículo 33.1., de manera que el trabajador a tiempo parcial vería reducido proporcionalmente el salario a efectos de garantía salarial a abonar por el Fogasa, al aplicar el 50% del SMI, remitiéndose a STS de 29 de Noviembre de 2017, lo que conllevaría una discriminación de los contratados a tiempo parcial respecto a los de jornada completa que afectaría mayoritariamente a mujeres, citando al efecto STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-161/18).

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto considera que la doctrina jurisprudencial española y la propia del TJUE obligarían al planteamiento de la cuestión prejudicial.

Señala en un primer momento que sería de aplicación el art. 1³⁹³ de 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”, vedando su art. 4/1 toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente

Igualmente refiere que sería de aplicación 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 y específicamente su regulación de las normas sobre la carga de la prueba cuando “...a primera vista haya un caso de discriminación”, así como que deba entenderse como la vedada “discriminación indirecta”, a saber la “...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”.

Por último, refiere el art. 21/1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que dispone que “...Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por

³⁹³ “La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.”

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 Auto de planteamiento considera que la resolución del Fogasa que se recurría supondría una vulneración del art. 4/1 de la Directiva 79/7, por considerar que se produciría “...una doble deducción, puesto que el trabajador a tiempo parcial ya tiene reducido su salario por la parcialidad” y que si bien no cabría referir existencia de discriminación directa por razón de sexo, si existiría una “discriminación indirecta”, porque una disposición aparentemente “neutra”, situarían a un determinado sexo, femenino, en situación de desventaja con respecto a los de otro sexo, no existiendo una justificación objetiva con finalidad legítima y con medios adecuados y necesarios. A partir de ello y remitiéndose a otras STJUE refiere los datos estadísticos de España, que ponen de manifiesto que el 75% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

Con tales alegaciones formula la cuestión prejudicial en los siguientes términos:

“Que la cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 y el artículo 2, apartado 1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa del Estado miembro Español, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el importe de la responsabilidad del FOGASA frente al trabajador a tiempo parcial, puesto que la base de sus salarios, que está reducido por la parcialidad, se vuelve a reducir al calcular la responsabilidad de FOGASA en virtud el art. 33 del ET, aplicando otra vez la parcialidad, frente a un trabajador a tiempo completo comparable, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino.”

f. Conclusiones del Abogado General

El Abogado General³⁹⁴ fue oído sin que se emitieran conclusiones por escrito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 99 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia³⁹⁵.

³⁹⁴ Sr. M. Bobek.

³⁹⁵ “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

g. Auto del TJUE

En fecha 3 de marzo de 2021 se dictó Auto por el TJUE, lo que suponía que la respuesta a dar cabía deducirse de la jurisprudencia del propio TJUE, o no existía duda razonable.

Recuerda el TJUE su jurisprudencia en el sentido de que “...*aunque, en el plano formal, el tribunal remitente haya limitado sus cuestiones prejudiciales a la interpretación de determinados aspectos del Derecho de la Unión, esta circunstancia no impide que el Tribunal de Justicia le facilite todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que el tribunal remitente haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de sus cuestiones prejudiciales (sentencia de 9 de julio de 2020, Santen, C-673/18, EU:C:2020:531, apartado 35 y jurisprudencia citada).*”

A partir de ello considera, en un primer momento, que la Directiva referida en el Auto de planteamiento, Directiva 79/7, no sería aplicable al litigio principal, ya que la garantía del Fogasa no guarda relación con los regímenes de protección frente a los riesgos enumerados en su art. 3.1. (Enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional, desempleo).

Sí considera de aplicación, sin embargo, la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, también alegada en el Auto de planteamiento, así como la Directiva 2008/94, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, por lo que procede a analizar si la aplicación de la reducción del 50% de la base del SMI a los trabajadores a tiempo parcial cabría considerarla, como refiere el Auto de planteamiento, como una desventaja o discriminación respecto a los trabajadores a tiempo completo.

Recuerda el Auto que 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, dispone que no cabe tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los a tiempo completo comparables, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Sin embargo, el mismo

momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.”

acuerdo marco posibilita la aplicación del principio *prorrata temporis*, habiéndose considerado por la jurisprudencia del TJUE, la aplicabilidad de dicho principio y por ende la reducción de derechos y condiciones de empleo, en función del porcentaje de la jornada realizada, lo que no supondría ninguna discriminación, debiéndose tener en cuenta, señala el Auto, que la propia cotización al Fogasa se realiza en función del salario realmente percibido, no considerándose se produzca discriminación indirecta alguna ni estima trascendente, en este caso, el dato estadístico del mayor trabajo a tiempo parcial de mujeres.

Tales consideraciones le llevan a contestar la cuestión prejudicial en los términos siguiente: “...los artículos 2, apartado 1, y 4 de la Directiva 2006/54 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, en lo atinente al pago, por la institución nacional responsable, de los salarios e indemnizaciones que no se han pagado a los trabajadores a causa de la insolvencia de su empresario, prevé un límite a ese pago en lo concerniente a los trabajadores a tiempo completo, el cual, respecto de los trabajadores a tiempo parcial, se reduce proporcionalmente a la jornada realizada por estos últimos en relación con la jornada realizada por los trabajadores a tiempo completo.”

h. Sentencia Tribunal Español

A la fecha de cierre del presente trabajo no se había dictado Sentencia por el Juzgado de lo Social.

1.2. Calificación de los salarios de tramitación

✓ STJUE 12 diciembre 2002. Caso Rodríguez Caballero. C-442/00

a. Identificación de la sentencia

La primera ocasión en la que el TJUE responde, a dudas suscitadas desde España, respecto del alcance de la protección de quienes trabajan para un empleador insolvente surge con la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) fechada el 12 de diciembre de 2002³⁹⁶, en contestación a Auto planteado por el TSJ de Castilla la Mancha en 27 de octubre del año 2000.

³⁹⁶ Asunto Ángel Rodríguez Caballero contra Fondo de Garantía Salarial. Identificación: ECLI:EU:C:2002:752. Ponente: N. Colneric.

b. Problema suscitado

La duda suscitada en esta ocasión va referida a la subsunción del caso entre los que la Directiva manda proteger. Se trata de una deuda (salarios de tramitación) derivada del acuerdo alcanzado entre empresa y trabajador en el seno de una conciliación realizada en presencia judicial.

El supuesto de hecho que da lugar al planteamiento de la cuestión y posterior sentencia por el TJUE cabe resumirlo en los siguientes términos:

- Se produce un despido, frente al que el trabajador reclama mediante la correspondiente papeleta de conciliación administrativa.
- Fracasada la conciliación administrativa el trabajador formaliza su demanda ante el Juzgado de lo Social.
- Citadas las partes para comparecencia y juicio, ante el Juzgado de lo Social la empresa y el actor alcanzan un acuerdo.
- Contenido básico de tal conciliación judicial es que la empresa se compromete al pago de una indemnización por extinción de la relación laboral y de los salarios de tramitación.
- La empresa incumple el compromiso alcanzado.
- El trabajador ejecuta la conciliación.
- El Juzgado de lo Social dicta auto declarando la insolvencia empresarial.
- El trabajador solicita al Fondo de Garantía Salarial las anteriores cantidades adeudadas.
- El organismo de garantía dicta resolución mediante la que deniega el pago del importe correspondiente a salarios de tramitación, abonando exclusivamente el importe referido a indemnización.
- El trabajador formaliza nueva demanda ante el Juzgado de lo Social, ahora frente al FOGASA, interesando que se le abone la referida partida de salarios de tramitación.

c. Marco normativo coetáneo

La negativa del Fondo a abonar los salarios de tramitación no era caprichosa o infundada, sino que encontraba amparo en el tenor de la regulación entonces aplicable.

El art. 33.1 del E.T., en su versión vigente en el momento, refería que el Fogasa “...abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios”. Y añadía que “A los anteriores efectos se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como la indemnización complementaria por salarios de tramitación que en su caso acuerde la jurisdicción competente”.

Por lo tanto, era razonable que el Fondo, como ente administrativo sujeto al principio de legalidad, viniera entendiendo que los “salarios de tramitación” no cabía incluirlos en la noción genérica de salario a efectos del art. 33.1; y que solamente debía afrontar su pago si eran acordados por “la jurisdicción competente”, como refería el propio artículo 33, lo que entendía debía ser a través de la oportuna Sentencia o Auto de extinción de la relación laboral y por tanto no mediante conciliación administrativa o judicial.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

La tesis del Fogasa no solo se basaba en el tenor literal de la Ley, sino que venía avalada por diferentes Sentencias del Tribunal Supremo.

Así la STS de 22 de diciembre de 1998 que había casado la del STSJ del País Vasco de fecha 28 de febrero de 1998 que a su vez había revocado Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, que desestimó la demanda del trabajador, considerando que no procedía el abono de salarios de tramitación por el Fogasa ya que habían sido reconocidos en conciliación judicial. El Fogasa había formulado el oportuno RCU alegando, como sentencia de contraste, la dictada por el TSJ de Cataluña en fecha 5 de octubre de 1994. El razonamiento de la STS fue ciertamente parco, al limitarse a señalar que “No lo entiende así la sentencia de contradicción, pues respecto de los salarios de tramitación sólo serán a cargo del Fondo los fijados mediante resolución judicial y no los que lo hubieran sido mediante acto de conciliación”, e indicando escuetamente que “La sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina”.

Es decir, cuando se plantea la reclamación judicial ante el Fondo por parte de D. Ángel Rodríguez Caballero la jurisprudencia unificada sostiene la misma interpretación que él combate.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Cuando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha formula su Auto, no solo está planteando una duda sobre el alcance de la Directiva y su proyección sobre el supuesto del Sr. Rodríguez Caballero, sino que, en buena medida, está manifestando su desacuerdo con el modo en que la jurisprudencia nacional la había resuelto.

El Auto de planteamiento señalaba que no existiendo normativa específica que regulara “...como plantear la duda prejudicial...”, refiriéndose posteriormente a la “Nota informativa de ese Tribunal de Justicia...”, así como “...por analogía, lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...”, planteaba una última duda, no baladí, cuál era la de si “...Caso de entender que deben incluirse dentro de dicho concepto de créditos en favor de los trabajadores asalariados, los salarios de trámite pactados en Conciliación realizada a presencia judicial y aprobada por dicha autoridad, si el órgano judicial interno que tiene que resolver el litigio, puede dejar de aplicar la norma de derecho interno que excluye dicho crédito laboral del ámbito de responsabilidad de la institución Estatal de garantía interna, el Fondo de Garantía Salarial, y aplicar directamente el contenido del artículo 1º, 1 de la Directiva, por ser el mismo entendido como claro, preciso e incondicional”.

En el plano sustantivo, son varias las líneas discursivas en que se basa el referido Auto:

- La conciliación judicial era título suficiente, a efectos de solicitud del Fogasa, en el caso de salarios ordinarios, pagas extras o vacaciones disfrutadas y no abonadas.
- La conciliación judicial es un intento obligatorio, necesitado de aprobación por el órgano judicial, e incluso al que está obligado el mismo a “excitarla” entre las partes.
- El acuerdo alcanzado ha de ser aprobado posteriormente por el órgano judicial, siendo posible su impugnación posterior por el Fogasa.
- Se necesita un trámite posterior de ejecución con intervención del propio Fogasa.

- El mismo Fogasa podía posteriormente denegar el pago si consideraba que el acuerdo se alcanzó en fraude de ley.
- No existe un argumento razonable para diferenciar los “salarios” de los “salarios de tramitación”, y que el art. 1.1 de la Directiva 80/987, de 20 de octubre de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, considera que es de aplicación a todos los créditos que tengan un origen laboral por previa existencia de relación laboral y que no se hayan podido satisfacerse por estado de insolvencia empresarial, sin que exija que el título de reconocimiento sea judicial.

A partir de ello la Sala del TSJ de Castilla la Mancha plantea la cuestión de si *“...debe considerarse incluido dentro del concepto “créditos a favor de los trabajadores” asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales”, a que alude “...el art. 1º,1 de la Directiva 80/987, de 20 de octubre de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, un concepto como el que se plantea en el litigio de referencia, de salarios de tramitación a abonar por la empresa al trabajador, derivados de la improcedencia de un despido”* .

Así pues, el Auto planteaba tres cuestiones muy específicas y relacionadas, como se ha señalado. La consideración de los salarios de tramitación, su cobertura por el Fogasa en caso de conciliación judicial, y una genérica, cuál era la de los efectos del derecho europeo y la posibilidad de dejar de aplicar la normativa nacional sin necesidad de declaración previa por el Tribunal Constitucional.

*f. Conclusiones del Abogado General*³⁹⁷

Casi dos años más tarde, el 27 de junio de 2002, se emitieron las conclusiones por el Abogado General, que avalaron los argumentos dados en el Auto de planteamiento.

Así, refirió, se habría de considerar incluido dentro del concepto de *“...créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales”*, a que hace referencia el art 1.1 de la Directiva 80/987, en

³⁹⁷ Sr. L.A. Geelhoed.

relación con el art. 3.1, “...a los salarios no percibidos debido a un despido improcedente.”

Señaló en segundo lugar que la Directiva no establecía los procedimientos que se habrían de seguir para reconocer los derechos que derivarían de la Directiva 80/987, por lo que se habría de estar a las legislaciones nacionales, pero que en todo caso no podrían obstaculizar el alcance y finalidad de esta, resaltando que “...deben garantizar que las situaciones comparables se traten del mismo modo”.

Por último y en relación con la cuestión general planteada por el TSJ de Castilla la Mancha, es contundente al señalar que el juez nacional debe dejar de aplicar una normativa nacional si considera que diferencia a determinados créditos que, siendo sustancialmente análogos, se ven excluidos de la protección de la institución de garantía.

g. La sentencia del TJUE

Seis meses más tarde, el 12 de diciembre de 2002, se dictó la Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, argumentando en la misma línea que lo había hecho el Abogado General en sus conclusiones.

Así para las cuestiones primera y segunda, las estrictamente referidas a la garantía salarial de los salarios de tramitación, parte de la consideración de que la Directiva es aplicable exclusivamente a créditos que deriven del contrato de trabajo, lo que sería su “retribución”, noción esta que corresponde al Derecho interno determinar su contenido. No obstante, resalta dos cuestiones de especial interés:

- Que el Derecho interno no puede dejar de cumplir ciertas exigencias a la hora de definir el término “retribución”, teniendo en cuenta los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho, y que la protección de estos vincula a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria.
- Que entre tales derechos fundamentales se encuentra el principio de igualdad y no discriminación, lo que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que exista justificación objetiva.

A partir de tales consideraciones, teniendo en cuenta el Auto de remisión y las propias observaciones escritas del Gobierno Español, la Sentencia subraya que, según la legislación española, todo despedido de forma improcedente tiene derecho a salarios de tramitación y que, sin embargo, en caso de insolvencia de la empresa se estaría dando por el Fogasa un trato diferente al amparo del art. 33.1 del E.T., estimando que tal diferencia solo podría admitirse si está justificada objetivamente.

Posteriormente analiza los argumentos dados por el Gobierno para tal diferencia que se concretaría en evitar abusos, considerando que ello no justifica la diferenciación, pues la conciliación está controlada por el órgano jurisdiccional que la ha de aprobar y el Fogasa puede denegar el pago si acredita que ha existido fraude de ley.

Por ello concluye declarando que *“...no se han presentado argumentos convincentes que permitan justificar la distinción entre los créditos salariales ordinarios y los créditos correspondientes a salarios de tramitación pactados en acto de conciliación judicial”*.

Finalmente, la Sentencia se pronuncia sobre la tercera interrogante que planteaba el Auto de Castilla la Mancha, en el sentido de que el juez nacional debe dejar de aplicar toda disposición nacional que suponga una vulneración del Derecho comunitario, en el presente caso por discriminatoria de un grupo perjudicado, sin esperar a su derogación por la legislación Nacional. Refiere que los arts. 1 y 3 de la Directiva poseen un contenido suficientemente preciso e incondicional que consiente su aplicación directa por el órgano jurisdiccional remitente.³⁹⁸

h. La sentencia del Tribunal Español

El 8 de enero de 2003 se dictó por el TSJ de Castilla la Mancha la correspondiente Sentencia³⁹⁹, estimando el recurso formulado por el actor.

La solución, lógicamente y dados los términos en que el Estatuto de los Trabajadores venía redactado, se erige sobre la obligación que tienen los órganos

³⁹⁸ Garate Castro, Javier. “La cobertura del pago de los salarios de tramitación por el Fondo de Garantía salarial”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs.191-200.

³⁹⁹ Recurso suplicación nº 761/99, Sentencia nº 2/2003.

judiciales internos, en cuanto órganos judiciales comunitarios, de dejar de aplicar el Derecho interno contrario a la normativa comunitaria o a su clara finalidad, conforme a la jurisprudencia comunitaria, dada la primacía de esta sobre el Derecho interno.

Pues bien, continuaba señalando, si los salarios de “...trámite están incluidos dentro del ámbito de responsabilidad del Fondo...conforme al derecho interno, como ocurre en la actualidad, no cabe ofrecer un distinto trato jurídico si el mismo no está objetivamente justificado, respecto a la responsabilidad ...cuando están reconocidos en un acto de conciliación”.

A mayor abundamiento resalta la reforma que se habría llevado a cabo del art. 33.1.2 del ET, por Ley 45/2002 de 12 de diciembre, que ya daba “...un mismo trato para los salarios ordinarios y para los salarios de trámite, a efectos de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, cuando unos y otros estén reconocidos en Conciliación (Ley 45, de 12-12-02)”.

i. Breve valoración

La cuestión planteada es la segunda en relación con la normativa comunitaria sobre protección de los trabajadores ante insolvencia de empresa y tanto los fundamentos del Auto como la propia Sentencia dictada por el TJUE sirven de referencia para posteriores planteamientos y resoluciones.

Es un claro ejemplo de la repercusión de las cuestiones prejudiciales en nuestra normativa laboral. Se reforma la Ley el mismo día en que se dicta la STJUE lo que evidencia la claridad de las Conclusiones del Abogado General, con las que es muy probable que el Gobierno de España presumiera la contestación de aquella.⁴⁰⁰

Pero al margen de la cuestión sustantiva planteada, validez de la conciliación judicial como título habilitante para solicitar del Fogasa las prestaciones correspondientes, la relevancia de esta viene dada por lo que supuso de aclaración definitiva en cuanto a la preeminencia del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, sin necesidad de agotar los recursos nacionales, incluso el propio de la cuestión de inconstitucionalidad.

Como recuerda Pulido Quecedo“...El Juez o Tribunal que dude de la compatibilidad del derecho nacional, puede plantear la cuestión de prejudicialidad ,

⁴⁰⁰ Garate Castro, Javier “La cobertura del pago de los salarios...”. ob. Citada.

sea de validez o de interpretación, si considera que una disposición contraviene el Derecho comunitario, como instrumento de colaboración de la justicia comunitaria, habida cuenta que el juez nacional lo es también del Derecho comunitario, aunque sin poder ejercitar potestades invalidantes, que corresponden al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sí puede, sin embargo, si el Tribunal de Justicia le autoriza para ello en el marco de una cuestión prejudicial, inaplicar una ley nacional que contravenga el Derecho Comunitario. Dicha doctrina obedece o es corolario del principio de supremacía del Derecho Comunitario sobre el interno (entre otras la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal , 106/1977) y que ha sido aplicada a España, en la STJCE de 12 de diciembre de 2002, que resuelve al amparo del art. 234 del TCEE , Amsterdam (antiguo art. 177), una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 1 de la Directiva 80/987/CEE, del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. La respuesta del TJCE fue que la Directiva primaba sobre el Derecho interno y que el Juez nacional debía inaplicar al supuesto de hecho, el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997).”⁴⁰¹

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera sentencia que la cita es la del TSJ de Castilla-La Mancha, de 10 diciembre. ROJ: STSJ CLM 3041/2004 - ECLI:ES:TSJCLM:2004:3041, que fue finalmente revocada por STS y confirmó la de instancia.

Se presentó recurso por una de las empresas discutiendo la procedencia de la condena solidaria de que ha sido objeto respecto de los salarios de tramitación, construyendo su argumento sobre la base del carácter indemnizatorio de los mismos, en cuya virtud quedarían excluidos de la responsabilidad solidaria impuesta al empresario por las obligaciones de «naturaleza salarial contraídas por los contratistas o subcontratistas con sus trabajadores...» (artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores).

Sin embargo la sentencia de instancia y la del TSJ consideran que a partir de la Ley 45/2002 que modificaba el artículo 33.1 del ET los salarios de tramitación recobrarían la naturaleza salarial que tuvieron en otro momento, y por tanto la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1998, votada en Sala General, que fijaba el

⁴⁰¹ Pulido Quecedo, Manuel. “La impugnación directa de disposiciones generales por vulneración del Derecho Comunitario Europeo” *Revista Aranzadi*, núm. 13, 2003.

criterio acerca de la improcedencia de imponer a la empresa principal el pago de los salarios de tramitación no era de aplicación tras la entrada en vigor de la anterior ley.

La sentencia apunta que la modificación del artículo 33.1 del ET vino influida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002 (Asunto C-442/00) *“que al resolver una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, declaró «que los créditos correspondientes a los salarios de tramitación deben considerarse créditos a favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales».”*

La anterior sentencia del TSJ fue revocada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su Sentencia de 20 febrero 2006. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 506/2005 considerando de naturaleza indemnizatoria los salarios de trámite por lo que la responsabilidad solidaria no alcanza a los salarios.

- La última STSJ es de Madrid de 4 diciembre. ROJ: STSJ M 13309/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:13309, que estima recurso de la empresa y revoca la de instancia.

Supuesto de trabajadora en situación de IT que es despedida y el despido se declara nulo por la sentencia de instancia, por considerarlo discriminatorio. Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, con fundamentado en la doctrina contenida en la sentencia del TS de 15/03/2018 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2766/2016) y en la sentencia del TJUE de 2/02/2016, (C-395/2015).

Se analiza 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 se hace eco de la sentencia del TJCE, Gran Sala, de 11 de julio de 2006, nº C-13/2005, que expresó, entre otras cuestiones: *“Es verdad que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación. Por lo tanto, este último principio vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el ligio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (en este sentido, véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Rec. p. I-11915, apartados 30 y 32, y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 75, y jurisprudencia allí citada). Pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por*

analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva.”

✓ **STJUE 10 de julio de 2014. Caso Julián Hernández. C-198/13**

a. Identificación de la sentencia

Transcurrieron doce años hasta que el TJUE volvió a analizar una nueva duda planteada en relación a salarios de tramitación y su protección en supuestos de insolvencia empresarial, lo que llevó a cabo mediante Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de julio de 2014⁴⁰², en contestación a Auto planteado por el Juzgado de lo Social único de Benidorm en fecha 21 de febrero de 2013.

b. Problema suscitado

La duda en esta ocasión, si bien va referida a salarios de tramitación, es en relación con salarios no cubiertos inicialmente por el Fogasa. Así el resumen esquemático del supuesto de hecho es el siguiente:

- Trabajadores que reclaman frente a despido objetivo que es declarado nulo, si bien, dado el cese de la empresa, se extinguieron las relaciones laborales y se condenó al abono de indemnización por la extinción y salarios de tramitación, condenándose al Fogasa para el caso de insolvencia.
- Se ejecuta la sentencia y finalmente se declara la insolvencia.
- El Fondo procedió a pagar las Indemnizaciones y salarios correspondientes, con los topes legales oportunos.
- Los trabajadores reclaman al Estado el importe de los salarios de tramitación que superaban los 60 días desde la presentación de la demanda hasta la notificación de la Sentencia, lo que le es denegado alegando que los despidos habrían sido declarados nulos y no improcedentes.

⁴⁰² Caso Víctor Manuel Julián Hernández, Chems Eddinea del, Jaime Morales Ciudad, Bartolomé Madrid Madrid, Martín Selles Orozco, Alberto Martí Juan, Said Debbaj contra Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante), Puntal Arquitectura, S.L., Obras Alteamar, S.L., Altea Diseño y Proyectos, S.L., Ángel Muñoz Sánchez, Vicente Orozco Miro. Identificación ECLI:EU:C:2014:2055. Ponente: Sr. T. von Danwitz.

- Se formula demanda frente a la Subdelegación del Gobierno y el Juez de lo Social plantea la cuestión prejudicial por diferencia de trato entre trabajadores afectados por despido improcedente y por despido nulo.

c. Marco normativo coetáneo

La duda que planteó el Juez de lo social de Benidorm tenía como base el tenor literal del art. 57 del E.T., que con la rúbrica de “Pago por el Estado”, señalaba: *“Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a que se refiere el párrafo b) del apartado 1 del artículo 56 satisfecha al trabajador, correspondiente al tiempo que exceda de dichos sesenta días...”*. Se resalta que refiere la declaración de improcedencia y no nulidad del despido.

Junto a dicho artículo el Juzgador tiene en cuenta:

- El art. 56 que regulaba las consecuencias del despido improcedente, opción empresarial entre readmisión o abono de indemnización, y en todo caso, abono de salarios de tramitación.

- Igualmente, el art. 53 del E.T., que establecía la forma y efectos del denominado despido objetivo que en aquella fecha disponía que el no cumplimiento de los requisitos formales conllevaría la declaración de la nulidad del despido, que no la improcedencia, con la consecuencia, por remisión a las consecuencias del despido disciplinario nulo (art. 55.6 E.T.), de que dicha nulidad obligaba a la empresa a la readmisión y abono de salarios de tramitación.

- No obstante ello y para los supuestos de imposibilidad de readmisión, que era el caso de los trabajadores reclamantes, por cese de la actividad de la empresa, el art. 284 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL) disponía que *“..cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada, el Juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir....”*.

•Por último tiene en cuenta la normativa que regulaba la reclamación al Estado por salarios de tramitación, RD 924/1982, resaltando que su art. 1.a se refería exclusivamente a despidos declarados improcedentes.

En definitiva, con amparo en tales preceptos legales el Estado había denegado la solicitud formulada por los trabajadores demandantes, por considerar, se insiste, que tanto la norma sustantiva como la procesal hacían referencia a despidos declarados improcedentes y no nulos.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial da cuenta de que la doctrina que venía manteniendo el TS hasta ese momento avalaba la decisión de la Subdelegación de Gobierno.

Así la STS de 23 de Julio de 1996⁴⁰³ estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de septiembre de 1995 en supuesto en que se debatía precisamente si la responsabilidad abarcaba tanto a los despidos declarados improcedentes como a los nulos con posterior extinción de la relación laboral, reiterando jurisprudencia anterior.

El TS, en Sentencia de 24 de Julio de 2007⁴⁰⁴, resumía su razonamiento en los siguientes términos:

“...a) los preceptos legales de los artículos 56 ET y 116 LPL se refieren sin lugar a dudas al despido improcedente y no al despido nulo;

b) resulta inimaginable que el legislador haya incurrido en formulación defectuosa del mandato contenido en estos preceptos, habida cuenta del carácter central que las calificaciones de nulidad o improcedencia del despido tienen en el régimen jurídico de esta institución; y

c) la transferencia al Estado de la responsabilidad empresarial de la indemnización de salarios de tramitación tiene carácter excepcional, y debe por tanto ser interpretada de manera estricta.”

⁴⁰³ RCU 106/1996.

⁴⁰⁴ RCDU 5184/2005.

A tales argumentos de interpretación gramatical y lógica, añadía una interpretación finalista, señalando que “...la transferencia al Estado de la indemnización de los salarios de tramitación no está inspirada en el principio de responsabilidad estatal por los daños causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino que es solamente un supuesto de imputación de responsabilidad a los poderes públicos con propósito de aliviar a las empresas de determinados costes derivados del mero transcurso del tiempo en la resolución de los procesos de despido. No existe necesariamente funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino depuración de sus resoluciones por cauces normales, en los supuestos de corrección de las resoluciones judiciales de despido nulo dictadas en la instancia a través de las vías de recurso establecidas en el propio sistema judicial.”

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

En fecha 21 de febrero de 2013 se dictó Auto por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Benidorm. El Auto analiza la adecuación a la normativa europea (la vigente Directiva 2008/94/CE 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, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. artículo 20), de la normativa española, que vendría dada por la CE (art. 121), el E.T. (art. 33, 55, 56, 57), y la entonces vigente LPL (arts. 116, 279, 284).

Así se le pregunta al TJUE:

- 1) Si el art. 57 del E.T., que establecía el abono por el Estado al empresario de los salarios superiores a los 60 días transcurridos después de la demanda, entraría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94/CE, referida a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia.
- 2) A partir de ello, y si fuera positiva la respuesta, si sería acorde con la misma el que se distinga en función de que el despido sea declarado nulo o improcedente y si ello supondría una vulneración del principio general del Derecho de la Unión Europea a la Igualdad y no discriminación (art. 20 Carta de Derechos Humanos de la UE, y del principio general de igualdad y no discriminación).

- 3) Por último y en caso de que la contestación fuera igualmente positiva, si el órgano judicial nacional podría inaplicar la legislación nacional por vulnerar dichos principios, en el caso de la española, por distinguir los supuestos de despido nulo e improcedente.

La justificación de tales dudas las concreta con los siguientes razonamientos:

- La primera, relativa a si entrarían dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94 los salarios “de tramitación” producidos más allá del 60º día hábil después de presentada la demanda ante el Juzgado competente, tendría su fundamento en el hecho de que las sentencias dictadas por el propio TJUE con anterioridad, en relación a la garantía salarial, no hacían referencia a los supuestos de aseguramiento mixto, en donde una parte la cubriría el FOGASA, y otra el propio Estado, planteándose por ello la duda de si estos últimos habrían de adecuarse a la Directiva.
- La segunda duda va precedida de una explicación de la normativa española que diferencia los efectos de la nulidad e improcedencia, pero también que en los supuestos en los que en el acto de juicio se tenga la evidencia de que será imposible la readmisión, las consecuencias son las mismas, extinción de la relación laboral y condena al abono de indemnización y salarios de tramitación hasta la fecha de Sentencia.

A partir de ello resalta que los “salarios de tramitación”, forman parte del concepto de retribución recogido en la Directiva 2008/94/CE, tal y como habría señalado la STJUE 12 de Diciembre de 2003 (C-442/00, Rodríguez Caballero) y que por su parte el principio general de igualdad y no discriminación exige que situaciones comparables no pueden recibir trato diferente, salvo que exista justificación objetiva, recordando al efecto SSTJUE diversas (entre ellas C-81-05, Cordero Alonso,) planteando, en caso de que fuese positiva la primera cuestión, si sería contrario al artículo 20 de la Carta y al principio general del derecho de la unión europea a la igualdad y no discriminación abonarlos solo a los declarados judicialmente improcedentes pero no a los declarados judicialmente nulos.

- Por último pregunta acerca de si puede el órgano judicial dejar de aplicar normativa nacional si, dada la desigualdad de trato, no se aprecian

diferencias objetivas en los supuestos de declaración de improcedencia o nulidad del despido.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴⁰⁵

En el presente caso el Abogado General formuló petición expresa de no emisión de conclusiones, de lo que se hace eco la Sentencia al señalar “...*vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el caso sea juzgado sin conclusiones*”.

g. La sentencia del TJUE

Transcurridos casi diecisiete meses, el 10 de julio de 2014, se dictó la correspondiente Sentencia por el TJUE.

La Sentencia resalta cuestiones relevantes de la normativa española. Así:

- La previsión que posibilita al empresario reclamar frente al Estado los salarios que hubiera de abonar al trabajador de los días transcurridos después del 60º desde la presentación de la demanda.
- Si bien destaca que ello es cuando el despido es declarado improcedente y se produce la extinción de la relación laboral.
- Da cuenta de la diferencia de efectos, en la legislación española, de la calificación del despido como improcedente o nulo; en el primer caso se posibilita la opción entre readmisión con abono de salarios de tramitación o abono de indemnización, y en el segundo caso la consecuencia es la readmisión obligatoria con abono de salarios de tramitación.
- No obstante concreta que, en caso de cese de la actividad, en ambos casos se produce la extinción de la relación laboral y la condena al abono de salarios de tramitación hasta la fecha de la Sentencia.

A partir de ahí, analiza la Directiva 2008/94, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y el art. 20 de la Carta, a fin de determinar si la diferencia existente en caso de nulidad e improcedencia estaría vulnerando las mismas. Y para ello destaca la distinta finalidad de la previsión

⁴⁰⁵ Sr Y. Bot.

contenida en la Directiva, y lo referido en la legislación española (E.T. arts. 33, 55, 56, 57, y la entonces vigente LPL, arts. 116, 279. 284), en el sentido de que la finalidad de la Directiva es el establecimiento de una garantía frente a la insolvencia de la empresa, mientras que la finalidad de los mentados artículos que establecen el pago del Estado por los salarios superiores a los 60 días desde la presentación de la demanda es bien distinta, ya que se trataría de “indemnizar” al empresario por el mal funcionamiento de la administración de justicia.

Por tanto, la legislación española, en este punto, no desarrollaría la Directiva, sino que sería una regulación autónoma, no obligada por la europea, por lo que las diferencias que pudiera establecer entre la nulidad o improcedencia no cabría analizarlas a la luz de dicha Directiva. La conclusión de tal razonamiento le lleva a contestar a la primera pregunta del Auto de planteamiento en el sentido de que la normativa como la española, referida a salarios superiores a 60 días siguientes a la presentación de la demandada, no estaría incluida dentro de la Directiva 2008/94/CE 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.

A partir de ello, contesta a la segunda duda relativa a la aplicabilidad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, del art. 20, en el sentido de que no serían de aplicación, remitiéndose a lo ya declarado en Sentencias anteriores ya que “... *la sola circunstancia de que la normativa discutida en el litigio principal guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias en virtud del artículo 153 TFUE*), apartado 2, no lleva consigo la aplicabilidad de la Carta”.

En congruencia con la respuesta a las dos primeras cuestiones planteadas, no responde a la tercera cuestión, la relativa a la inaplicabilidad de normativa nacional cuando se opone a la comunitaria, lo que ya venía afirmando en anteriores pronunciamientos.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 9 de diciembre de 2014 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social de Benidorm, que, en congruencia con la Sentencia del TJUE, fue desestimatoria para las pretensiones de los trabajadores, absolviendo al Estado del pago de los salarios reclamados que superaban los 60 días desde la presentación de la demanda.

En la fundamentación de la Sentencia se resaltaba:

- De un lado que no consideraba, en contra de lo alegado por los actores, que la diferencia de trato según la declaración del despido como nulo o improcedente, fuera contraria al art. 14 de la CE, por los fundamentos dados por el TS, dado que los efectos propios de la nulidad del despido son legalmente diferentes, y la diversa respuesta legal está justificada, es razonable y proporcional, debiendo ser restrictivos en la aplicación de la norma.
- Que planteó cuestión prejudicial por considerar que dicha diferencia de trato podría vulnerar la Directiva 2008/94/CE, y habiéndose dictado STJUE en el sentido de que no era de aplicación la misma se veía compelido a la desestimación íntegra de la demanda.

i. Breve valoración

En relación a la cuestión planteada, resulta de especial relevancia resaltar la importancia que tiene, cómo refiere el juzgador nacional, tanto la normativa como la jurisprudencia que en relación a ella se venía aplicando, ya que de esa referencia partirá el propio Tribunal de Justicia a la hora de su confrontación con la normativa europea. O lo que es lo mismo, una imprecisa referencia normativa o jurisprudencial puede llevar al Tribunal de Justicia a una decisión, u otra, con lo que ello supone de inseguridad.

En cuanto al fondo de la cuestión resulta ciertamente difícil de considerar como razonable la diferenciación de la responsabilidad del Estado en función de que el despido se declare nulo o improcedente, no alcanzándose a vislumbrar diferencias más allá de que el tenor de la norma así lo establece. Es de resaltar dos datos que cabría tener en cuenta. De un lado, el que en periodos de crisis económicas como la que atravesamos después del año 2008 y la que estamos atravesando como consecuencia de la pandemia del COVID-19, son muchas las ocasiones en que las empresas proceden a cerrar sin tramitación alguna, lo que debería dar lugar a la declaración de nulidad del despido y coetánea extinción de la relación laboral por imposibilidad de readmisión. Si es así se estaría penalizando a unos trabajadores sobre otros en función del propio comportamiento empresarial de proceder o no a tramitar expediente de despido objetivo. De otro lado, también se ha de considerar que la infradotación de los órganos de la jurisdicción social da lugar a retrasos en la tramitación de los procesos de despido,

provocando que finalmente la condena por salarios de tramitación sea mucho más importante que la propia indemnización por la extinción de la relación laboral. Ello conlleva que, de nuevo, serían los trabajadores afectados por declaración de nulidad de despido e imposibilidad de readmisión posterior por cese de la actividad empresarial, los que se verían peyorativamente tratados respecto a los despedidos con declaración de improcedencia.

En definitiva, los límites en cuanto a cuantía, plazo y procedimiento de las posibles reclamaciones ante el órgano de garantía como el FOGASA, goza de “*parabienes del ordenamiento europeo*”⁴⁰⁶

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ que la cita es la de Aragón, de 13 de diciembre de 2017, ROJ: STSJ AR 1509/2017, ECLI: ECLI:ES:TSJAR:2017:1509 que estima parcialmente recurso formulado por el actor.

Se presenta por el trabajador, con contrato en prácticas, recurso de suplicación interesando, por un lado que a efectos indemnizatorios el salario incluya los conceptos variables cobrados por el trabajador durante el último año y por otro se condene al preaviso omitido y a una indemnización por cese con fundamento en la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999, en relación con el Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada de 18 de marzo de 1999, y con el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, e infracción de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de Septiembre de 2016, C-596/14.

Se estima parcialmente el recurso en cuanto a la inclusión del concepto variable pero desestima la vulneración de la normativa y doctrina comunitaria alegada, en primer lugar porque la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no contiene normas de directa aplicación, no siendo invocable directamente en suplicación, remitiéndose a la STJUE de 10 de julio de 2014, C-198/13 que declaró que “*las disposiciones de la Carta, en virtud de su art. 51, ap. 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*”⁴⁰⁷. *El Tribunal de Justicia ha afirmado la*

⁴⁰⁶ Sánchez Quiñones. Luis. “Derechos expectantes de jubilación y concurso. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia 9 de septiembre de 2020, asunto Textar”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2020.

⁴⁰⁷ “... *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 imponen a los Estados miembros ninguna obligación específica concerniente a la situación objeto del asunto principal (sentencias Maurin, C144/95, aps 11 y 12, y Siragusa)*”.

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 imponen a los Estados miembros ninguna obligación específica concerniente a la situación objeto del asunto principal (sentencias Maurin, C-144/95, aps 11 y 12, y Siragusa)".

Igualmente la Sentencia entiende, lo que justificaría la no aplicación de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, que no existe un contrato de duración indefinido comparable y que ello es un elemento esencial para la aplicación del necesario trato igual en condiciones de trabajo y al mismo tiempo se hace eco de que se ha vuelto a plantear una nueva cuestión prejudicial en el mismo pleito por el TS mediante Auto de 26 de octubre de 2017, r. 3979/16, que parte de que existe diferencia sustancial entre los llamados contratos temporales del art. 15 del ET y el contrato formativo del art. 11, señalando que "*Ninguna duda plantea -dice el Auto en su FJ Tercero- la consideración de que, en efecto, la situación de la trabajadora demandante era comparable a la de un trabajador fijo en cuanto se refiere a sus funciones y requisitos*"

- La última sentencia que se tiene constancia se hace eco de la STJUE es la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 6ª) Sentencia de 28 mayo. ROJ: STSJ M 5847/2018, ECLI:ES:TSJM:2018:5847.

Recurso de suplicación presentado por trabajadora solicitando la declaración de nulidad del despido efectuado mientras se encontraba en incapacidad temporal y fundamentado en dos sub-motivos:

- A. Infracción de lo dispuesto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 14 y 15 de la constitución Española, artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del consejo de 27 de noviembre de 2000, conforme ha sido interpretada por el TJUE en el asunto C-395/15.
- B. Vulneración del artículo 61 del convenio 158 de la OIT y de los artículos 3.1 y 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

Se desestiman ambos motivos y en cuanto a la aplicación de la CDFUE recuerda "*que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de julio de 2014*

(asunto C-198-13) ya tuvo ocasión de pronunciarse precisamente a propósito de la normativa interna española y su eventual conflicto con la regulación de la CDFUE, concluyendo que esta última solo es invocable cuando los órganos nacionales aplican Derecho de la Unión o normativa nacional directamente vinculada a éste: En efecto, las disposiciones de la Carta, en virtud de su artículo 51, apartado 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Según el apartado 2 de ese mismo artículo, la 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». Por tanto, el Tribunal de Justicia debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta (sentencias McB., C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, apartado 51; Dereci y otros, C-256/11, EU:C:2011:734, apartado 71, y Siragusa, C 206/13, EU:C:2014:126, apartado 20).”

1.3. Calificación de las indemnizaciones por extinciones de las relaciones laborales

Como se refirió con anterioridad el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse en seis ocasiones en relación a indemnizaciones por extinción de la relación laboral, en las cinco primeras las indemnizaciones se fijaron en actos de conciliación, judicial o extrajudicial y la última por derivar de resolución a instancia del actor. En esos grandes apartados se procede a su análisis.

✓ STJUE 16 diciembre 2004. Caso Olaso Valero. C-520/03

a. Identificación de la sentencia

La tercera ocasión en la que el TJUE responde a las dudas suscitadas desde España respecto del alcance de la protección a quienes trabajan para un empleador insolvente surge con la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) fechada el 16 de diciembre de 2004, (C-520/03), en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de la Comunidad Valenciana en fecha 27 de noviembre de 2003.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ Asunto Jose Vicente Olaso Valero contra Fondo de Garantía Salarial. Identificación: ECLI:EU:C:2004:826. Ponente: Sra. N.Colneric.

b. Problema suscitado

En esta tercera Sentencia la duda se plantea en relación no a salarios de tramitación acordados en Sentencia, como en la segunda analizada (caso Rodríguez Caballero), sino sobre indemnización acordada en acto de conciliación.

El supuesto de hecho que da lugar al planteamiento de la cuestión por el TSJ de la C. Valenciana cabe resumirlo así:

- Despido que motiva demandada del trabajador.
- Se cita a juicio a trabajador y a la empresa, así como al Fogasa.
- Llegado el día señalado para el juicio y en presencia judicial, comparecen las partes y no el FOGASA, llegando a una conciliación.
- En la conciliación se reconoce la improcedencia del despido y se acuerda el abono de indemnización y salarios de tramitación.
- Presentada ejecución por incumplimiento de lo acordado se declaró insolvencia de la empresa.
- El trabajador formula solicitud ante el Fogasa que le es denegada con la motivación de que el título ejecutivo no era ni Sentencia ni resolución de la autoridad laboral.
- El trabajador formula demanda frente al Fogasa interesando se le abone la indemnización y salarios de tramitación con los topes legales correspondientes que es desestimada por el Juzgado de lo Social.
- Se formula recurso de suplicación ante el TSJ de Valencia que es el que plantea la cuestión prejudicial.

Se adelanta que aunque el recurso de suplicación versaba sobre salarios de tramitación e indemnización acordada en conciliación judicial, en fecha 12 de diciembre de 2002 se había dictado STJUE en el caso Rodríguez Caballero, ya analizada, y se había procedido a modificar el tenor del art. 33.1 del E.T., equiparándose los salarios ordinarios y los de trámite, por lo que el propio Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial adelanta que el recurso de suplicación, en cuanto a salarios de tramitación, habría de estimarse, limitándose el tema que se suscita ante el TJUE exclusivamente a la indemnización acordada igualmente en conciliación judicial.

c. Marco normativo coetáneo

La negativa del Fogasa y también la desestimación del Juzgado de lo Social tenía igualmente amparo en base a la regulación positiva aplicable.

Así la conciliación judicial se celebró ante el Juzgado de lo Social en fecha 15 de diciembre de 1999, y la regulación legal venía dada por el art. 33.1 y 2 del E.T., cuyo tenor literal era el siguiente: “...1. *El Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios...*2. *El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50 y 51 de esta Ley...*”.

Así pues, el Fondo amparaba su denegación, en la exigencia prevista en el texto legal de que la indemnización por despido fuera acordada en Sentencia o resolución de la autoridad laboral y no en acto de conciliación judicial, argumentación idéntica a la que se daba en el caso Rodríguez Caballero.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

La doctrina del TS hasta la fecha de planteamiento de la cuestión prejudicial avalaba igualmente tanto la tesis del Fogasa como la de la Sentencia del Juzgado de lo Social.

Así se había pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 1998⁴⁰⁹ “...*El tema debatido...consiste en decidir si los salarios de tramitación pactados en conciliación judicial y no pagados por el empresario insolvente deben ser o no satisfechos por el Fondo de Garantía Salarial...*”, declarando que a tenor del art. 33.1 del E.T., solo cabía solicitar “...*las indemnizaciones reconocidas judicial o administrativamente, pero no las convenidas en conciliación administrativa o judicial.*” En definitiva, la misma doctrina que justificaba el no abono de los salarios de tramitación acordados en conciliación judicial era la que sustentaba el no abono de la indemnización acordada en el mismo ámbito conciliatorio.

⁴⁰⁹ RCU 1595/1998.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

En fecha 27 de noviembre de 2003 se dictó Auto de planteamiento de cuestión prejudicial por el TSJ de la Comunidad Valenciana. El Auto refiere que el recurso de suplicación se había planteado por el trabajador frente a Sentencia de Juzgado de lo Social, de fecha 16 de febrero de 2000 (por tanto anterior a la Directiva 2002/74/CE), que había denegado la demanda formulada frente a resolución del Fogasa que desestimó la reclamación de créditos por indemnización y salarios de tramitación reconocidos en conciliación judicial por empresa que posteriormente había sido declarada insolvente.

El recurso de suplicación, por tanto, giraba sobre dos cuestiones relacionadas con el Fogasa y con elemento común de reconocimiento del crédito por conciliación judicial;

- La primera era la relativa a salarios de tramitación, respecto a la cual el propio Auto se hace eco de la STJUE de 12 de diciembre de 2002 dictada en contestación al Auto formulado por Castilla la Mancha y a que anteriormente se hizo referencia. En función de dicha STJUE el Auto ya adelanta, como se indicó, que habría de resolverse en el sentido de que los salarios de tramitación reconocidos en conciliación judicial se habrían de equiparar a los reconocidos en Sentencia.
- La segunda cuestión que se planteaba en el recurso de suplicación y que la Sala considera que justificaba el planteamiento de la cuestión prejudicial, era la relativa a la indemnización por despido reconocida en conciliación judicial y ello por entender que la Directiva 90/987 hace referencia a “retribución” remitiendo al derecho nacional a la hora de definir qué se haya de entender por tal, y que el derecho español no equipara restrictivamente retribución y salario al haber incluido también en la retribución conceptos extrasalariales.

Sin embargo, manifiesta sus dudas a la hora de considerar la indemnización por despido como retribución, y en caso de que se considerara que sí, si habría de considerarse incluida dentro de la Directiva. De otro lado refiere que la normativa nacional reguladora del Fogasa hacía referencia a indemnizaciones, lo que en caso de entenderse que no supone “retribución”, habría de considerarse que es una mejora del derecho nacional respecto a la Directiva y por ende duda si habría de estar a la

regulación nacional que solo hace referencia a indemnizaciones reconocidas en sentencia o resolución administrativa, omitiendo las fijadas en conciliación judicial. Se ha de recordar que la Directiva 2002/74/CE ya incluyó la indemnización, pero siempre que el derecho nacional “...*así lo disponga*”.

El Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial refiere argumentos ya mentados por el TSJ de Castilla la Mancha en su Auto que dio lugar a la STJUE ya analizada (caso Rodríguez Caballero), en el sentido que la conciliación estaría controlada por la autoridad judicial, se requería posterior trámite de ejecución en el que participaría el Fogasa, etc., en definitiva, que dicho organismo disponía de garantías suficientes para evitar todo tipo de fraude.

Por último, el Auto también plantea, en todo caso, si dado los mecanismos de que disponía el Fogasa para evitar el fraude, estaría justificada la limitación contenida en el mentado art. 33.2 del E.T., y por ende si la misma supondría una vulneración del principio de igualdad y no discriminación respecto a trabajadores que hubieran tenido cantidades reconocidas por Sentencia y resolución de la autoridad laboral o la propia conciliación judicial referida a salarios de tramitación.

En función de ello las cuestiones que formula fueron las siguientes:

«1) *¿La indemnización por despido improcedente reclamada está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, en la redacción anterior a la operada por la Directiva 2002/74/CE?*

2) *Desde la perspectiva del respeto a los principios de igualdad y no discriminación, ¿puede entenderse que la normativa contenida en el art. 33.2 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en cuanto exige sentencia o resolución administrativa para que el FOGASA abone las indemnizaciones correspondientes, no es objetivamente razonable y por ello no debe aplicarse?».*

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴¹⁰

El Abogado General, solicitó que se juzgase el caso sin conclusiones escritas.

⁴¹⁰ Sr. A. Tizzano.

g. La sentencia del TJUE

Prácticamente un año después del planteamiento de la cuestión prejudicial se dictó la STJUE de 14 de diciembre de 2004 declarando que si bien la Directiva remite al derecho interno a la hora de considerar lo que se haya de considerar como retribución, la redacción de la misma no impide considerar como tal a la indemnización por la extinción de la relación laboral, y “*prueba*” de ello sería que la modificación de la Directiva 80/987 llevada a cabo por la Directiva 2002/74, ya incluye “...*expresamente a las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral*”.

Así pues, se da respuesta a la duda que mantenía el TSJ de la Comunidad Valenciana en base a que la Directiva hacía referencia a pagos periódicos, señalando que ello no es impedimento para considerar la indemnización como retribución, si bien dado que la Directiva remite al derecho interno habría de decidir el propio TSJ remitente si conforme a la legislación española cabe considerar la indemnización como salario.

Para el supuesto de que el órgano remitente considerara que efectivamente, según la legislación interna, la indemnización por despido se habría de considerar englobada en el concepto más amplio de salario, el tema se circunscribiría, señala la STJUE, a determinar si existe suficiente razón objetiva para diferenciar las indemnizaciones determinadas por sentencia o resolución administrativa y las fijadas en conciliación judicial, remitiendo a la STJUE Rodríguez Caballero, por lo que se habría de llegar a la misma conclusión, no siendo posible excluir de la garantía del Fogasa el crédito por indemnización por el mero hecho de que se hubiera concretado en conciliación judicial en la que se reconoció la improcedencia del despido.

h. La sentencia Tribunal Español

Con tales “mimbres” se dictó dos meses después, el 11 de febrero de 2005, Sentencia por el TSJ de la Comunidad Valenciana⁴¹¹.

La misma se remite a los argumentos dados en la STJUE del caso Rodríguez Caballero, en lo relativo a la consideración de la conciliación como título habilitante a efectos de garantía salarial respecto a salarios de tramitación, lo que ya había anunciado el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial.

⁴¹¹ Recurso suplicación nº 2004/03.

Seguidamente analiza lo relevante de la cuestión planteada, si la indemnización por despido se habría de considerar como retribución o no y por ende se habría de abonar por el Fogasa, dado que la STJUE, como se indicó con anterioridad, refirió que era competencia del órgano judicial interno determinar si conforme a la legislación nacional se habría de considerar como tal. La Sala del TSJ de Valencia llega a conclusión afirmativa.

Estima que nuestro derecho interno considera el término “*retribución*” como más amplio que “*salario*”, englobando al mismo, así como a los conceptos extra salariales que perciba el trabajador, y que dentro de estos últimos cabe considerar la indemnización por la extinción de la relación laboral por despido improcedente. Y a tal conclusión afirmativa, señala, habría que llegar igualmente en caso de duda a partir de lo dispuesto en el art. 119.2 del Tratado de Roma (hoy art. 141) que considera como “*retribución*” todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación laboral.

Llegado a este punto, consideración de la indemnización por despido improcedente como retribución, forzosa era la conclusión que habría de adoptar la Sala Valenciana, estimando el recurso de suplicación interpuesto frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social que había desestimado la demandada instada por el actor frente al FOGASA en reclamación de indemnización por despido improcedente reconocida en conciliación judicial, condenándole a abonar el importe de la misma, sin perjuicio de los topes legales oportunos.

i. Breve valoración

De nuevo la cuestión prejudicial que plantea el órgano judicial español trata de superar las limitaciones que cabría deducir de la legislación española y la interpretación que de la misma venía realizando el T.S. En ese sentido suponía un paso más a la hora de adecuar nuestra legislación a la normativa comunitaria en un tema esencial cual es el de la protección de los derechos de los trabajadores en los casos de insolvencias empresariales, máxime en periodos prolongados de crisis económicas, finalidad a la que se añade, como se refirió en su momento, evitar distorsiones en el propio sistema económico de libre mercado.

La sentencia clarifica definitivamente que el mecanismo de conciliación judicial es válido a la hora de establecer créditos de los trabajadores, salarios, salarios de tramitación e indemnizaciones por despido y verse garantizados por la protección de garantía salarial.

Se ha debatido por la doctrina si la Directiva había sido directamente aplicada a relaciones entre particulares, aunque fuera de “rebote”, al posicionar al FOGASA en una posición que le posibilita repetir para recuperar créditos satisfechos a, o lo que es lo mismo, si ha generado la Directiva efectos directos horizontales entre trabajador y empresa.⁴¹²

Realmente, se ha resaltado. El TJUE recurrió a un principio general del derecho de la Unión, señalando en sus fundamentos jurídicos” reiteró *la idea de que el principio de igualdad en el ordenamiento de la Unión exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente*”⁴¹³

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera que la cita es del TSJ de Madrid de 2 de abril de 2008, ROJ STSJ M 3228/2008, ECLI:ES:TSJM:2008:3228, que desestimó recurso formulado por el Fogasa.

La sentencia de instancia condenó a la empresa al abono de la indemnización por despido reconocida en la carta de despido sin perjuicio de la responsabilidad legal, en caso de insolvencia, del Fogasa, por el total del importe. Se recurre por el FOGASA con fundamento en la infracción del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, pero es rechazado el recurso al ser de aplicación la doctrina del TJUE de 7 de septiembre de 2006 (C-81/15) relativa a que se declare que carece de responsabilidad respecto de la indemnización por despido reconocida por la empresa extrajudicialmente, que dice así: “37. *A pesar de que corresponde al Derecho interno determinar las indemnizaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987 modificada, esta*

⁴¹² Noguera Guastavino, Magdalena. “Multinivel garantista y eficacia horizontal del principio de igualdad en la protección por imago de créditos al trabajador en caso de insolvencia empresarial”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 201-211.

⁴¹³ Izquierdo Sans, Cristina. “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 34, 2010, págs. 193-233.

facultad está supeditada al respeto de los derechos fundamentales, entre los que figura, en particular, el principio general de igualdad y de no discriminación (véase, en este sentido el auto de 13 de diciembre de 2005, Guerrero Pecino, C-177/05, Rec. p. I-10887, apartados 25 y 26, así como la jurisprudencia que allí se cita). Este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente (sentencia Rodríguez Caballero, antes citada, apartado 32 y la jurisprudencia que allí se cita).

38. El Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando deba considerarse, según la normativa nacional de que se trate, que las indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en una sentencia o en una resolución administrativa constituyen, en virtud del Derecho nacional, indemnizaciones debidas al término de la relación laboral comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 80/987 modificada, las indemnizaciones de la misma naturaleza establecidas en un procedimiento de conciliación judicial, como el previsto en el artículo 84 de la LPL, deben considerarse también indemnizaciones en el sentido de dicha disposición (auto Guerrero Pecino, antes citado, apartado 30).

39. Lo mismo ocurre con las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo.

40. En efecto, por una parte, todos los trabajadores que hayan perdido su empleo por haberse extinguido su contrato de trabajo se encuentran en una situación comparable, por cuanto su empresario, debido a su estado de insolvencia, es incapaz de abonarles las indemnizaciones a las que legalmente tienen derecho. Por otra parte, como señaló el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, ni el órgano jurisdiccional remitente ni las partes que presentaron observaciones han aportado ningún argumento nuevo sobre una eventual justificación de este distinto tratamiento que el Tribunal de Justicia no haya tenido ocasión de examinar en el marco de las sentencias Rodríguez Caballero, antes citada, y de 16 de diciembre de 2004, Olaso Valero (C-520/03, Rec. p. I-12065), así como del auto Guerrero Pecino, antes citado.”

- La última es igualmente de TSJ, en concreto Castilla la Mancha, de 1 de marzo de 2019. ROJ: STSJ CLM 469/2019, ECLI:ES:TSJCLM:2019:469, que desestima recurso del actor.

Se desestima Recurso de Suplicación interpuesto frente sentencia que confirmaba la resolución del FOGASA que descontaba de las cantidades ya abonadas por la empresa. Se fundamenta el recurso en dos motivos:

- a) infracción de los arts. 3.1 y 4.3, párrafo primero de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, así como la Jurisprudencia que se cita; y
- b) el art. 33.3 del ET.

En cuanto a la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980 así como a la sentencia del TJUE de 4 de Marzo de 2004, se remite a su sentencia de 12 de julio de 2018 en la que examinaba mismo supuesto indicando que: "*...la citada resolución del TJUE, valoró un caso prácticamente idéntico al presente, en el que el correspondiente organismo de garantía italiano, procedió a descontar de los créditos laborales a su cargo, las cantidades ya percibidas a cuenta por los trabajadores. La única diferencia es que en aquel caso, la prestación de garantía se hacía efectiva en relación a salarios de un cierto periodo anterior a la extinción de la relación laboral, mientras que en este que ahora nos ocupa, dicha prestación se aplica a la indemnización derivada de un despido objetivo. Tal factor sin embargo, no resulta relevante para el caso, desde el momento en que, como ya señaló la sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2004 (Asunto C-520/03), a la vista de la originaria Directiva 80/987, correspondía a las legislaciones nacionales definir el concepto de retribución, a los efectos de su inclusión en la protección de la indicada Directiva. Cuestión, por lo demás, desactivada, desde que la Directiva de reforma 2002/74/CE, incluyó en el ámbito del aseguramiento "las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno", en dicción recogida en la última Directiva 2008/94/CE de 22 de octubre de 2008 que derogó las anteriores. En definitiva, la cuestión determinante, es considerar el modo en el que la institución de garantía de cada país miembro debe afrontar su obligación en relación a cualquier de los conceptos cuyo pago le está encomendado".*

Finalmente concluye la sentencia desestimando el recurso al entender que a pesar de la anterior sentencia "*... podría derivarse sin más que para la fijación de la responsabilidad del FOGASA, no podría nunca descontarse las cantidades ya entregadas por el empleador, siempre que la cantidad que reste por liquidar al Fondo,*

fuera inferior al límite legal de la garantía a su cargo. No creemos que tal conclusión se acomode al sistema español de garantía frente a la insolvencia, entre otras cosas, porque desconoce los límites o topes establecidos en el mismo”.

✓ **ATJUE 13 de diciembre de 2005, Caso Cristina Guerrero Pecino. C-177/05**

a. Identificación del Auto

La tercera resolución que dictó el TJUE en materia de protección de los trabajadores en supuestos de insolvencia empresarial fue mediante Auto (Sala Cuarta) de fecha 13 de diciembre de 2005⁴¹⁴, dando respuesta a cuestión planteada por Juzgado de lo Social de Algeciras en fecha 30 de marzo de 2005.

Es de destacar, desde un principio, que la ponente de la Sentencia fue la misma que en las dos resoluciones anteriores lo que ya supone un indicio de su resultado y de la forma de la resolución, Auto y no Sentencia, así como la no emisión de conclusiones por el Abogado General.

b. Problema suscitado

Antes de concretar el problema suscitado se ha de resaltar la fecha del Auto de planteamiento del Juzgado de lo Social de Algeciras, 30 marzo de 2005, y la fecha del Auto del TJUE, 13 diciembre de 2005. Y es que con anterioridad a ambas fechas se había modificado la Directiva 80/987 por la Directiva 2002/74, en 23 de septiembre de 2002 y se habían dictado las Sentencias de los casos Rodríguez Caballero, 12 diciembre 2002 y Vicente Olaso, 16 diciembre de 2004 que se analizaron con anterioridad.

El supuesto fáctico que dio lugar al auto de planteamiento, activándose el mecanismo de la cuestión prejudicial, tiene evidentes similitudes con los casos Rodríguez Caballero y Vicente Olaso. Así:

- Trabajadora que formula demanda tras ser despedida.
- En acto de conciliación judicial se acuerda, sin personación del Fogasa, el reconocimiento de la improcedencia y el ofrecimiento de la indemnización legal de 45 días más salarios de tramitación.
- Se declara la insolvencia empresarial el 5 de marzo 2003 y se solicita al Fogasa el abono de la garantía correspondiente.

⁴¹⁴ Asunto María Cristina Guerrero Pecino contra Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Identificación ECLI:EU:C:2015. Ponente.Sra. N. Colneric.

- Se dicta resolución por el Fogasa reconociendo importe por salarios de tramitación, pero no la indemnización por estimar que fue reconocida en conciliación judicial y no en sentencia o en resolución administrativa.
- Formulada demanda frente a la resolución del Fogasa el Juzgado Social plantea la cuestión prejudicial.

Así pues, la similitud con el caso Rodríguez Caballero es que se reclamaba cantidad acordada en conciliación judicial; la similitud con el caso Vicente Olaso es que dicha cantidad correspondía a indemnización por despido.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo del que parte el Auto de planteamiento era el mismo que en las dos cuestiones anteriores, a saber el Estatuto de los trabajadores que establecía el reconocimiento de indemnización para el supuesto de despido improcedente y específicamente el art. 33.2 E.T., en lo referente a la protección por el Fogasa, que la limitaba a las fijadas en Sentencia o resolución de la autoridad laboral, excluyendo a las de conciliación judicial.

Se recuerda que el tenor del art. 33.2 del E.T. era el siguiente: “2. *El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52.c) de esta Ley, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del duplo del salario mínimo interprofesional*”.

Tal precepto legal era el que sustentaba la denegación del Fogasa.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

De otro lado el Auto noticia al TJUE la doctrina del TS que avalaba igualmente la decisión del Fogasa. Así refiere los argumentos que venía sustentando nuestro alto tribunal (STS núm. 1049, de 4 de Julio de 1990):

- Los términos claros del art. 33.2 E.T.
- El carácter transaccional de la conciliación, distinta a los conceptos de Sentencia o resolución administrativa.

- A ello añadía la clara intención del legislador que distinguía los casos de salarios de tramitación, en los que se admitía la conciliación judicial por mor de la modificación operada por la Ley 45/2002, y la indemnización por despido.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto de planteamiento formulado por el Juzgado de lo Social único de Algeciras en fecha 30 de marzo de 2005 plantea la cuestión prejudicial, a diferencia del caso de Olaso Valero, cuando ya se había modificado la Directiva 80/987 por la Directiva 2002/74, y por tanto ya se había incluido, como cantidades susceptibles de protección en caso de insolvencia empresarial, las indemnizaciones por despido improcedente.

La cuestión que suscita el Juzgado de Algeciras es nuevamente la de la diferenciación por el hecho de que el crédito del trabajador, indemnización por despido improcedente, se hubiera reconocido por Sentencia o por conciliación. En la controversia que analiza el Juzgado se había reconocido por conciliación, siendo que el Fogasa había denegado la solicitud formulada.

El Auto de planteamiento partía de la jurisprudencia reiterada del propio TJUE de que los Derechos Fundamentales forman parte de los Principios Generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto garantiza el propio TJUE y que los mismos exigen de los Estados miembros que cuando apliquen la normativa comunitaria lo hagan respetando tales principios. Dentro de dichos principios se encuentra, señalaba el Auto de planteamiento, el de igualdad y no discriminación, que exige que “...*las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente*”. Como cabe apreciar se trata de argumentos ya utilizados en los casos Rodríguez Caballero y Olaso Valero.

A partir de ello analiza el derecho español e indica al TJUE que según el mismo todos los trabajadores despedidos improcedentemente tienen derecho a indemnización. Sin embargo y por lo que se refiere a su garantía, para el supuesto de insolvencia, el art. 33.2 establecería diferencias, ya que solo se reconocería el posible abono por el Fogasa en los supuestos de reconocimiento por sentencia o resolución administrativa, y no en caso de conciliación.

A partir de ello le indica al TJUE, como se refirió, que el TS vendría justificando tal distinción (STS de 4 de julio de 1990) en diversos motivos: los términos claros del art. 33.2 E.T., que excluyen la conciliación; la clara intención del legislador de establecer un trato distinto en uno y otros supuestos. A ello se habría de añadir la propia intención del legislador de diferenciar los salarios de tramitación y las indemnizaciones en la modificación operada por la Ley 45/2002.

Partiendo de la legislación y doctrina judicial interna, el Juzgador plantea sus dudas sobre la adaptación de la misma al derecho comunitario, al considerar que podría vulnerar el principio de igualdad, al no apreciarse razones objetivas que justificaran la diferencia de trato, recordando la doctrina del TJUE que impone la no aplicación de la norma interna, sin necesidad de solicitar o esperar la derogación de la misma, concretando definitivamente su pregunta en los siguientes términos: *“Si, desde la perspectiva del principio general de igualdad y no discriminación, la diferencia de trato que realiza el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores y el modo en que el mismo es interpretado por el Tribunal Supremo, está justificada objetivamente, y, por consecuencia, cabe excluir a las indemnizaciones por despido a favor del trabajador reconocidas en una conciliación judicial del ámbito de aplicación de la [Directiva]. O, por el contrario, desde la perspectiva del principio general de igualdad y no discriminación, la diferencia de trato que realiza el artículo 33.2 Estatuto de los Trabajadores y el modo en que el mismo es interpretado por el Tribunal Supremo, no está justificada objetivamente, y, por consecuencia, cabe incluir a las indemnizaciones por despido a favor del trabajador reconocidas en una conciliación judicial del ámbito de aplicación de la [Directiva].»*

f. Conclusiones del Abogado General⁴¹⁵

El Abogado General solicitó que se dictara sentencia sin necesidad de presentar conclusiones por escrito. Es de resaltar que igualmente el Sr. Tizzano intervino en el anterior caso Olaso Valero, en el que también refirió la no necesidad de emitir conclusiones por escrito.

g. El Auto del TJUE

Un año más tarde, en concreto el 13 de noviembre de 2005, se dicta Auto por el TJUE dando la oportuna respuesta a las cuestiones suscitadas.

⁴¹⁵ Sr. A. Tizzano.

Comienza señalando el Tribunal que el tema planteado era análogo al analizado por la STJUE de 16 de diciembre de 2004, (Olaso Valero), si bien con posterioridad a la controversia que se analizaba en el mismo, se había dictado la Directiva 2002/74 que actualizó la Directiva 80/987 CEE, de 20 de octubre de 1980, considerando como créditos susceptibles de protección las indemnizaciones al término de la relación laboral además de los salarios adeudados. Recuerda el TJUE que la redacción de la nueva Directiva disponía que “...*los Estados miembros [debían poner] en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 8 de octubre de 2005*». Según el artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, de dicha Directiva, los Estados miembros «*aplicarán las disposiciones previstas en el primer párrafo a todo estado de insolvencia de un empresario producido después de la entrada en vigor de dichas disposiciones*»”.

A tenor de ello, señala, las contestaciones a las cuestiones prejudiciales planteadas dependerían si el legislador español había adaptado la legislación a dicha Directiva, ya que, caso contrario la contestación sería la misma dada en el caso Olaso Valera, es decir habría de determinar el Juzgador remitente si dentro del concepto de “retribución” cabía considerar, según la legislación española, la indemnización por despido y en base a ello resolver el pleito. No obstante ello hay que recordar que en dicho caso ya se había adelantado que no parecía existieran razones objetivas para un trato diferente por el hecho de reconocimiento en sentencia o en conciliación, siguiendo la doctrina que ya había adelantado en la STJUE Rodríguez Caballero.

A partir de ello, y solo para el supuesto de que el Derecho español se hubiera adaptado ya a la Directiva 2002/74, la cual incluye a la indemnización por la extinción de la relación laboral, correspondería comprobar al Juzgador qué tipo de indemnización está comprendida en la legislación interna que desarrolla la mentada Directiva. Con tales consideraciones recuerda lo ya dicho en las Sentencias Rodríguez Caballero y Vicente Olaso, concluyendo que si según la legislación española las indemnizaciones por despido reconocidas en sentencia o resolución administrativa constituyen indemnizaciones “...*debidas al término de la relación laboral comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva*”, las mismas indemnizaciones reconocidas en conciliación judicial deben considerarse también indemnizaciones comprendidas en dicha Directiva, por lo que “...*El juez nacional no debe aplicar una normativa que*

vulnera el principio de igualdad al excluir estas últimas indemnizaciones del concepto de indemnizaciones en el sentido de la citada norma”.

h. La sentencia del Tribunal Español

Dos meses más tarde, el 6 de febrero de 2006, se dictó la Sentencia⁴¹⁶ por el Juzgado de lo Social de Algeciras. En la misma se resalta:

•En un primer momento, que el plazo de transposición de la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ya habría finalizado el 8 de octubre de 2005, sin que por el legislativo español se hubiera considerado necesario la reforma del art. 33.2 ET, “...*muy probablemente en la creencia del absoluto respeto de la Legislación Interna a la Comunitaria*”.

Es de resaltar que en puridad ya con carácter previo a la propia Directiva 2002/74 se habría “adaptado” a la misma, en tanto que el art. 33.2 ET reconocía las indemnizaciones por extinción por despido improcedente, si bien limitada a las reconocidas en Sentencia o resolución administrativa.

•A partir de ello y a tenor de las consideraciones de la previa STJUE, analiza si “...*pese a la dicción de la norma...*”, que, se insiste, limitaba la garantía a supuestos de indemnizaciones por despido improcedente, reconocidas en sentencia o resolución administrativa, se habría de incumplir la norma, al no existir razón objetiva que justificara la diferencia de trato, y ello a tenor de la doctrina contenida en las SSTJUE que refiere (Rodríguez Caballero y Olaso Valero) y del propio Auto de 13 de diciembre de 2005.

Como colofón y como no podía ser de otra forma, la Sentencia estima la demanda planteada por la trabajadora Dña. M. C. Guerrero, condenando al Fogasa al abono de la indemnización acordada en la conciliación judicial con empresa que había sido declarada insolvente.

i. Breve valoración

Vemos de nuevo una actuación de los órganos judiciales españoles de intentar sortear los impedimentos legales y jurisprudenciales internos sin esperar a derogación legislativa, a planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad o a cambios de la propia doctrina judicial. Parecía que el asunto ya estaba claro con las dos sentencias

⁴¹⁶ Sentencia nº 49/2006, autos 137/05.

anteriores (Rodríguez Caballero y Olaso Valero) y el FOGASA podía también haber hecho suya la interpretación del TJUE, lo que pone de manifiesto las dificultades con las que se encuentra la integración del Derecho de la Unión en nuestra práctica.⁴¹⁷

Seis meses después del Auto, el legislador volvió a modificar el art. 33.2 E.T., a traes del Real Decreto Ley 9/2006, de 9 de junio, por el que el Fogasa “...abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores...”.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera Sentencia que la cita es del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 2 octubre 2006. ROJ: STSJ CL 7078/2006, ECLI:ES:TSJCL:2006:7078.

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador declarando la responsabilidad del FOGASA del 60 % de la indemnización por despido objetivo pactada en conciliación judicial. El recurso se fundamenta en la vulneración del artículo 33 del ET, centrándose la cuestión en “*en determinar si para el abono por el Fondo de Garantía Salarial, en caso de insolvencia de la empresa deudora, de la indemnización por despido objetivo en virtud del número dos del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) es precisa la existencia de una resolución judicial o administrativa que reconozca y cuantifique el derecho indemnizatorio o, por el contrario, es suficiente con el reconocimiento del mismo en un acto de conciliación judicial*”.

La sentencia no se limita a la aplicación de lo resuelto en la sentencia TJUE Rodríguez Caballero que nacía de una cuestión prejudicial planteada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha acerca de la responsabilidad del FOGASA sobre los salarios de trámite y vino a establecer “*que el hecho de que dichas retribuciones hubieran sido pactadas en acto de conciliación*”

⁴¹⁷ Aparicio Tovar, Joaquín. “Fondo de Garantía Salarial: indemnización por despido improcedente acordada en conciliación judicial y protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 213-218.

judicial no permitía excluir las mismas del concepto de "retribución" incluida dentro del ámbito tuitivo de la Directiva 80/987/CEE.”

Y evita la aplicación automática porque ahora se trata, no de salario de trámite, sino de la indemnización por extinción del contrato de trabajo y determinar si quedan incluidas en el ámbito de protección de la Directiva 80/987/CEE.

La sala aplica el Derecho comunitario para estimar el recurso, la Directiva 80/987/CEE, modificada por la 2002/74/CE, y el derecho fundamental europeo de igualdad ante la Ley, en su interpretación y aplicación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resaltando: *“Nos dice el Tribunal de Justicia que, por una parte, todos los trabajadores que hayan perdido su empleo por haberse extinguido su contrato de trabajo se encuentran en una situación comparable, por cuanto su empresario, debido a su estado de insolvencia, es incapaz de abonarles las indemnizaciones a las que legalmente tienen derecho. Por otra parte, no se ha aportado ningún argumento nuevo sobre una eventual justificación suficiente y proporcionada de este distinto tratamiento, por lo que el Tribunal de Justicia se remite a lo ya dicho en las sentencias Rodríguez Caballero, antes citada, y Olaso Valero, de 16 de diciembre de 2004 (asunto C-520/03), así como en el auto de 13 de diciembre de 2005, Guerrero Pecino, asunto C-177/05. Y ello aunque el Tribunal Constitucional español haya dado otra interpretación distinta al derecho de igualdad ante la Ley y haya entendido que no se vulnera en este supuesto, puesto que el principio general de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho comunitario, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia europeo. Ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno “.*

- La última Sentencia es del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª, ROJ: STSJ AND 13609/2008, ECLI:ES:TSJAND:2008:13609 que estimó recurso condenado al FOGASA.

Se interpone recurso de suplicación por el trabajador frente a la sentencia que desestima su demanda y confirma la resolución del FOGASA que desestimo las prestaciones reconocidas en acto de conciliación judicial de fecha anterior al Real Decreto Ley 5/2006 que modifica el artículo 33 del ET.

Se estimó el recurso haciéndose eco del precedente que existía en el TJUE señalando que “...en su Auto de 13 de diciembre de 2005, Guerrero Pecino (C-177/05, Rec. P. I-10887), relativo a una indemnización determinada en un procedimiento de conciliación judicial, y aclara diferencia entre la conciliación extrajudicial y la judicial. La conciliación judicial se realiza ante un tribunal, que puede, además, negarse a aprobarla con arreglo al artículo 84, apartado 1, de la LPL mientras que la conciliación extrajudicial tiene lugar ante un órgano que asume específicamente esta función, que carece de toda posibilidad de controlar el contenido del acuerdo y de toda competencia para aprobar o desaprobar dicho acuerdo. Esta diferenciación legal entre ambas modalidades de conciliación pretende poner coto a posibles conductas fraudulentas...”.

✓ **STJUE de 17 de enero de 2008. Caso Velasco Navarro. C-246/06**

a. Identificación del Auto

La tercera vez que se pronuncia el TJUE sobre duda de órgano judicial español relativa a protección de cuantía derivada de indemnización por despido acordada en conciliación judicial se concreta en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de enero de 2008⁴¹⁸, en contestación a cuestión planteada por el Juzgado de lo Social de Algeciras en fecha 7 de abril de 2006.

b. Problema suscitado

Es de resaltar, en un primer momento, que la cuestión prejudicial la formula el mismo Juzgado de lo Social de Algeciras que había formulado la cuestión en el caso Guerrero Pecino y que la trabajadora prestaba servicios en la misma empresa. En el caso Guerrero Pecino el Auto de planteamiento es de 3 de marzo de 2005 y en este caso, Velasco Navarro es, de 7 de abril de 2006, cuando ya se había dictado Auto por el TJUE en el primero (6 de febrero 2006).

El supuesto de hecho es análogo y la única diferencia, como posteriormente se referirá, es de fechas. El resumen de hechos, por tanto, es el siguiente:

- Despido de trabajadora que formula demanda.

⁴¹⁸ Asunto Josefa Velasco Navarro contra Fondo Garantía Salarial. Identificación ECLI:EU:C:2008:19. Ponente: T. von Danwitz.

- Conciliación judicial sin presencia del Fogasa, en la que se acuerda el abono por la empresa de indemnización y salarios de tramitación.
- Insolvencia empresarial el 5 marzo 2003, en fecha anterior al plazo máximo de transposición de la Directiva, 8 octubre de 2005.
- Solicitud al Fogasa.
- Denegación de la solicitud referida a la indemnización acordada.

El Fondo de Garantía Salarial deniega la indemnización por no estar reconocida en sentencia ni en resolución administrativa. El supuesto de hecho es idéntico, pero con un importante matiz que da lugar al planteamiento de la cuestión.

El auto de insolvencia provisional, aunque posterior a la fecha de entrada en vigor de esta Directiva 2002/74, es decir, el 8 de octubre de 2002, es anterior, en todo caso, a la fecha en la que los Estados miembros deberían haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la misma, es decir, el 8 de octubre de 2005.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo existente es el mismo que en el supuesto del caso Guerrero Pecino al que se hace expresa remisión, a saber normativa que limitaba el abono de indemnización por el Fogasa a los supuestos de reconocimiento por Sentencia judicial o resolución de la autoridad laboral.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Igualmente es el mismo el criterio jurisprudencial que alegaba el Fogasa para la denegación de abono de indemnización acordada en conciliación judicial, y ello por considerar que la normativa, art. 33.2 E.T, al exigir que la indemnización se hubiera determinado en sentencia judicial o resolución de la autoridad laboral, diferencia entre la transacción y la resolución judicial y administrativa, y la propia intención del legislador al establecer la diferenciación con ocasión de la modificación operada por la Ley 45/2002 que reconoció expresamente las cantidades acordadas por salarios de tramitación en acto de conciliación judicial.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Si los hechos eran análogos al supuesto de Guerrero Pecino, misma empresa, mismo acuerdo conciliatorio, misma declaración de insolvencia y se había ya dictado el

Auto del TJUE e incluso la propia Sentencia final por el Juzgado de lo Social (se había dictado el 6 de febrero de 2006 cuando el nuevo Auto de planteamiento se formula en 7 de abril de 2006), cabe preguntarse las razones de este nuevo planteamiento.

Y ello fue fruto de las alegaciones realizadas por el Fogasa en el acto de juicio, celebrado el 7 de abril de 2006, señalando que no le sería de aplicación el Auto del TJUE de 13 de Diciembre de 2005, caso de su compañera Guerrero Pecino, por considerar que si bien la insolvencia de la empresa se declaró con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2002/74, 8 octubre de 2002, sería anterior al 8 de octubre de 2005, fecha máxima de transposición de la Directiva, y por ende no sería de aplicación directa.

El Auto plantea dos dudas.

- La primera sobre el efecto directo de la Directiva a partir del día siguiente de la fecha máxima que se tenía para su transposición al derecho interno, 8 de octubre de 2005 y en base al principio comunitario de igualdad.
- La segunda cuestión era la de si partiendo de ese efecto directo, también cabría considerarla de aplicación a supuestos acaecidos desde la entrada en vigor, 8 de octubre de 2002, y la fecha máxima de transposición, 5 de octubre de 2005.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴¹⁹

El Abogado General, solicitó que se emitiera Sentencia sin conclusiones escritas.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 17 de enero de 2008 se dicta la correspondiente STJUE dando respuesta a las dos preguntas.

- Así y en relación al efecto directo de las Directivas, señala que “...según jurisprudencia reiterada, una Directiva sólo puede tener efecto directo cuando haya vencido el plazo fijado para adaptar a ésta el ordenamiento jurídico de los Estados miembros”.

⁴¹⁹ Sr. P. Mengozzi.

- Partiendo de tal premisa se plantea el Tribunal la segunda, es decir si admitido el efecto directo de la Directiva a partir del vencimiento del plazo de transposición, se puede aplicar a hechos producidos antes de la expiración del plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva, a lo que contesta negativamente, resaltando que como la insolvencia se había producido antes de la fecha máxima de transposición, no cabría aplicar la misma al caso concreto.

Con tales contestaciones teóricamente se habría dado respuesta a las cuestiones prejudiciales formulada por el Juzgado de Algeciras. Sin embargo, el TJUE hace diversas consideraciones posteriores que suponen una actitud claramente expansiva de su propia actuación. Así señala que, a pesar de las contestaciones dadas, cuando “...una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario...”, el TJUE “...debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”.

Y ello le da pie precisamente a analizar la posible violación del principio de igualdad por parte de la normativa española que regula las prestaciones de garantía salarial y reiterar lo ya dicho en relación con las Sentencias Rodríguez Caballero y Olaso, concluyendo en los mismos términos que en aquellos supuestos, es decir que “...Cuando la normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, en su versión modificada por la Directiva 2002/74, el juez nacional está obligado, en relación con un estado de insolvencia producido entre la fecha de entrada en vigor de esta última Directiva y la fecha de expiración del plazo para la adaptación a ésta del Derecho interno, a garantizar una aplicación de esta normativa nacional conforme al principio de no discriminación, tal como lo reconoce el ordenamiento jurídico comunitario”.

Se trata de una argumentación ciertamente relevante ya que perfila la aplicación del principio fundamental de igualdad y no discriminación. Así es reiterada la doctrina del TJUE que proclama que dicho principio es de aplicación siempre y cuando fuera en relación con la aplicación de normativa comunitaria, de tal manera que si cae el supuesto de hecho extramuros de la misma no sería posible la aplicación de dicho

principio. Sin embargo en el presente caso si bien señala que no sería de aplicación directa la Directiva 2002/74 por no haber transcurrido el plazo para su transposición, considera que la materia de la protección de los trabajadores en caso de insolvencia venía regulado por la Directiva anterior, la Directiva 80/987, por lo que ya si sería de aplicación el principio general de igualdad y no discriminación.

h. La sentencia del Tribunal Español

Doce días más tarde, el 29 de enero de 2008 el Juzgado Social Único de Algeciras dicta Sentencia estimatoria de las pretensiones de la actora.

La Sentencia resalta que si bien era correcta la alegación del Fogasa de que no era de aplicación directa la Directiva 2002/74, por no haber vencido el plazo para la transposición de la misma al derecho español, ello no era óbice para considerar de aplicación el principio general de igualdad del derecho comunitario, ya que la materia de la protección de los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial ya había sido objeto de regulación por el derecho comunitario, en concreto la Directiva 90/987, lo que permitía la aplicación de dicho principio. Por tanto, la regulación vigente a la fecha, art. 33.3 E.T., al referirse exclusivamente a indemnizaciones reconocidas en Sentencia o resolución administrativa habría de considerarse vulneradora del mentado principio “...*Comunitario General de igualdad y no discriminación, más amplio en sus contornos y contenido, por cierto, que el dimanante de nuestra CE en la interpretación reideramente ofrecida por nuestro TC*”.

i. Breve valoración

Cabe destacar del pronunciamiento del TJUE dos consecuencias ciertamente relevantes.

- En primer lugar, el hecho de que el mismo no se ve constreñido a la propia argumentación dada en el Auto de planteamiento. Así en el presente caso el mismo hacía referencia a la aplicación “retroactiva” de la Directiva 2002/74, es decir su aplicación antes de la fecha límite de trasposición, lo que es negado por la STJUE. Sin embargo, el TJUE no se limita a declarar que no sería de aplicación dicha Directiva, sino que “reformula” la cuestión desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación por venir regulada la materia por Directiva anterior.

- La segunda cuestión que destacar es derivada de la anterior. Efectivamente considera de aplicación dicho principio una vez que exista normativa comunitaria que regule la materia, aunque el contenido de la regulación no amparara teóricamente una postura determinada ante un supuesto de hecho concreto.

Resultan bien resumidas por Maravillas Espin, las dos circunstancias que hacen interesante en principio el auto: “...de una parte, en aquel momento la Directiva todavía no había sido correctamente transpuesta al ordenamiento español y, de otra, el procedimiento de insolvencia del que provenía el derecho de la trabajadora es previo al 8 de octubre de 2005. De ahí que el juez nacional planteara una primera cuestión prejudicial sobre la posibilidad de aplicar directamente la Directiva 2002/74/CE ante la falta de adaptación de la legislación interna a fecha 8 de octubre de 2005, conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde la perspectiva del principio comunitario de igualdad establecida en el Auto del TJCE de 13 de diciembre de 2005, caso María Cristina Guerrero Pecino contra Fondo de Garantía Salarial (asunto C-177/05) y una segunda, condicionada a la resolución positiva de la primera, sobre si esa aplicación directa se puede dar respecto a situaciones de insolvencia declaradas entre la fecha de entrada en vigor de la Directiva (8 de octubre de 2002) y la fecha máxima para su transposición (8 de octubre de 2005).”⁴²⁰

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ que la cita es del País Vasco de 24 de junio de 2008, ROJ: STSJ PV 1547/2008, ECLI:ES:TSJPV:2008:1547, que desestima recurso formulado por los actores.

El FOGASA dicta resolución denegando solicitud de pago de indemnizaciones por haber sido acordadas en acta de conciliación extrajudicial.

Se presenta demanda que es desestimada y frente a la misma se interpone recurso de suplicación denunciando la infracción de los arts. 33 ET, en relación a la Ley 5/06 y 43/06, relativa a las garantías del Fogasa sobre los créditos por indemnización en despido.

⁴²⁰ Espín Sáez, Maravillas. “La protección social en caso de insolvencia transnacional (las últimas reformas del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, págs. 311-326.

Se desestima recurso en un único fundamento de derecho que refiere lo siguiente: *“En base a lo anterior debe acudir al título originario, del que dimana el crédito, y en este caso nadie cuestiona que se trata de conciliación administrativa, y por ello, en principio, excluía de la protección del art. 33 ET. En efecto, el TS señaló en su sentencia de 26-12-02 que si la conciliación judicial podía encuadrarse dentro de dicho precepto por aplicación de la normativa comunitaria no ocurre lo mismo con la conciliación administrativa, y si bien es cierto que dicha doctrina pudiera en principio pugnar con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase la sentencia de 17-1-08, C-246/06, y las precedentes que cita, entre ellas la de 7-9-06, C-81/05), lo cierto es que dentro de nuestra doctrina se excluye la conciliación administrativa de estos supuestos de protección por el Fondo de Garantía. En iguales términos nos hemos pronunciado en nuestra sentencia de 9-5-06, recurso 260/06, y en la del recurso 125/08”*.

No acaba ahí el TJUE sino que se cuestiona si la norma española respeta los principios generales y los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario, de modo singular el principio de igualdad y no discriminación.⁴²¹

- La última es del TSJ Castilla La Mancha de 30 de octubre de 2019, ROJ: STSJ CLM 2591/2019, ECLI:ES:TSJCLM:2019:2591 que desestima recurso formulado por los actores.

Trabajador que tras ser despedido alcanza acuerdo indemnizatorio en conciliación extrajudicial con la empresa. Se incumple el mismo y tras la correspondiente ejecución se declara la insolvencia y solicita el abono de las prestaciones al Fondo de Garantía Salarial que resuelve denegando. Se interpone demanda que se desestima y se presenta recurso de suplicación denunciando “infracción de la doctrina que deriva de lo que viene establecido en la STJUE de 17-1-2008 (C-246/06), en relación con el artículo 33,2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y aunque no lo dice, cabe entender que en relación con la vigente Directiva 2008/94, sobre Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”.

⁴²¹ Hierro Hierro, Javier. “La insolvencia empresarial, responsabilidad subsidiaria del FOGASA y valor de los acuerdos de conciliación sobre abono de indemnización por despido”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 225-229.

Reconoce la sentencia que siendo exclusivamente el motivo de denegación que la conciliación es alcanzada en trámite extrajudicial se podría cuestionar una inadecuada trasposición de la Directiva comunitaria puesto que quizás no cumpliera el “*criterio objetivo*” para determinar la idoneidad de la normativa traspuesta.

Así refiere que es “...*sin duda muy discutible el mantenimiento de esa diferencia de regulación -así como de interpretación jurisprudencial-, especialmente desde la perspectiva de la utilidad del mantenimiento obligatorio del intento de la Conciliación extrajudicial antes de interponer la Demanda, que se establece en la LRJS, lo cierto es que, con alguna otra decisión comunitaria anterior que podría dar lugar a considerar que también se entendía, por el Tribunal comunitario, que podría incluirse lo que ahora se plantea dentro del ámbito de protección de la Directiva -como el Auto de 13-12-2005-, lo cierto es que hay también una STJUE que, de modo expreso, rechaza tal posibilidad, en concreto en la de fecha 21-2-2008, dictada en el Asunto C-498/06, Caso Maira María Robledillo Núñez, procedente del Juzgado de lo Social Único de Algeciras, en la que, finalmente, se señalaba que: "El artículo 3, párrafo primero, de 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 su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, debe interpretarse en el sentido de que, un Estado miembro está facultado para excluir unas indemnizaciones concedidas por despido improcedente de la garantía de pago asegurada por la institución de garantía en virtud de dicha disposición cuando han sido reconocidas en un acto de conciliación extrajudicial y que tal exclusión, objetivamente justificada, constituye una medida necesaria con el fin de evitar abusos, en el sentido del artículo 10, letra a) de la misma Directiva"*.

✓ **STJUE 21 de febrero de 2008, Caso Robledillo Núñez. C-498/06**

a. Identificación de la sentencia

En fecha 21 de febrero de 2008 tuvo oportunidad el TJUE (Sala Cuarta) de dictar nueva Sentencia⁴²², sobre el alcance de la protección de los créditos de los trabajadores de empresas declaradas insolventes, y en relación con indemnización por despido acordada en conciliación, pero en este caso extrajudicial y ello dando respuesta

⁴²² Asunto Maira María Robledillo Núñez contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa). Identificación. ECLI:EU:C:2008:109. Ponente. T. von Danwitz.

a cuestión prejudicial formulada por Auto, de nuevo, del Juzgado de lo social de Algeciras de 18 de septiembre de 2006.

b. Problema suscitado

Nuevo supuesto de despido y posterior conciliación, pero en este caso extrajudicial⁴²³, en el que se reconoce la improcedencia del despido y se fija indemnización. Tras el incumplimiento empresarial se presenta demanda de ejecución que finalizó con insolvencia de la empresa.

Solicitado al FOGASA el abono, se denegó por los mismos motivos que en las Sentencia anteriores, el no haber sido reconocida por sentencia ni por resolución judicial.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto de planteamiento por el Juzgado Social de Algeciras (mismo que en los casos Guerrero Pecino y Velasco Navarro), es de fecha 18 de septiembre de 2006 (los anteriores habían sido en fecha 30 de marzo de 2005 y 7 de abril de 2006). El marco normativo, por tanto, era análogo, como después se referirá al analizar el propio Auto.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

La jurisprudencia de aplicación y que justificaba la denegación del Fogasa era igualmente la misma. La que consideraba que solo cabía reconocer indemnizaciones acordadas en sentencia o resolución de la autoridad laboral por extinción de la relación laboral.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto de planteamiento es de fecha 18 de septiembre de 2006 y tras delimitar el supuesto de hecho, indemnización por despido improcedente reconocida en trámite de conciliación no judicial, concreta con detalle las fechas de los sucesivos hitos, por la incidencia que podrían tener los cambios en Directivas y en la normativa nacional.

Así señala:

- que la conciliación extrajudicial se formalizó en fecha 2 de abril de 2003.

⁴²³ En el caso concreto ante el “Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Algeciras”.

- que, ejecutada, se dictó Auto de insolvencia provisional en fecha 26 de noviembre de 2004.
- que formuló la solicitud al Fogasa ese mismo día.

Eran importante tales concreciones ya que, como es bien sabido, la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y que modificó la Directiva 80/987/CEE, entró en vigor en fecha 8 de octubre de 2002, pero dio plazo de trasposición hasta tres años más tarde, 8 de octubre de 2005.

Por otro lado, y por lo que respecta a la normativa nacional se había procedido a la modificación del Estatuto de los Trabajadores. Así:

•Hasta el 14 de junio de 2006 existía una redacción determinada del art. 33.2 del E.T., por la que se reconocían, a efectos de garantía salarial, indemnizaciones “...*como consecuencia de Sentencia o Resolución Administrativa a favor de los Trabajadores a causa de Despido o Extinción de los Contratos conforme a los arts. 50, 51 y 52.c de esta Ley*”.

•A partir del 15 de junio de 2006 y por la modificación dada por el RD. Ley 5/2006, el tenor literal era “...*como consecuencia de Sentencia, Auto, Acto de Conciliación Judicial o Resolución Administrativa...*”. Así pues, se introdujo la “Conciliación Judicial”.

Sin embargo, el Auto del Juzgado de Algeciras viene motivado precisamente porque la indemnización se había reconocido en trámite preprocesal de conciliación administrativa.

El Auto hace referencia a los precedentes analizados por el TJUE, para finalizar resaltando que la cuestión a determinar era la de si la nueva redacción del art. 33.2 E.T., al excluir la conciliación administrativa vulneraba el principio de igualdad del derecho comunitario que, como se refirió anteriormente, había sido relevante a la hora de dictar las Sentencias que consideraron no debía excluir la conciliación judicial de la protección de garantía salarial.

El Juzgador de Algeciras reflexiona sobre las dudas que le provocaba la exclusión de la conciliación administrativa, resaltando la paradoja, en su caso, de que no

existiría limitación, aceptándose la conciliación administrativa, en relación con los salarios de tramitación a tenor de lo dispuesto en el art. 33.1 del propio E.T. Señala que cabría tener justificación esa diferenciación por el hecho de posibles fraudes que serían mayores en relación a las indemnizaciones, argumento que era constante del Gobierno español en todas las cuestiones prejudiciales que se habían planteado sobre la materia de garantía salarial, pero indica que ello podría controlarse por el Fogasa en el procedimiento posterior de ejecución de la conciliación que se tramita ya judicialmente y en el que es parte el Fogasa antes de dictarse el correspondiente Auto de insolvencia, por lo que la desigualdad no sería razonable.

A partir de tales interrogantes plantea la cuestión prejudicial teniendo como referencia, nuevamente, el principio general de igualdad y no discriminación, y ello en los siguientes términos: *“Desde la perspectiva del Principio General de Igualdad y No Discriminación, la Diferencia de Trato que realiza el art. 33.2 ET (en su versión actual y la inmediata anterior que ha regido hasta el 14 de junio de 2006) no está justificada objetivamente, y, por consecuencia, cabe incluir a las indemnizaciones por despido a favor del trabajador reconocidas en una conciliación extrajudicial del ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, sobre la Aproximación de las Legislaciones de los Estados Miembros Relativas a la Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su redacción operada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento europeo y del Consejo (de 23 de septiembre de 2002), siendo así que, el art. 33.1 ET, admite este tipo de conciliaciones para el abono de la institución de garantía de los salarios de tramitación que sean también consecuencia de dicho despido?”*.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴²⁴

El Abogado General, solicitó se emitiera pronunciamiento sin conclusiones por escrito.

g. La sentencia del TJUE

Año y medio más tarde se dictó Sentencia por el TJUE, en concreto el 21 de febrero de 2008. En la misma recuerda distintas Sentencias dictadas sobre el Fogasa hasta la fecha (Rodríguez Caballero, Cordero Alonso, Velasco Navarro), centrandó el

⁴²⁴ Sr. M. Poiares Maduro.

tema en el principio general de igualdad en los términos que se refieren en las mentadas sentencias.

Dese esa perspectiva dos son las cuestiones que analiza:

- la primera es si existiría justificación para la diferenciación entre conciliación judicial y conciliación administrativa;
- la segunda si existiría justificación para diferenciar los salarios de tramitación y la indemnización por despido.

En relación a la primera cuestión resalta que efectivamente existirían diferencias esenciales que justificarían la diferenciación, concretadas en la circunstancia de que en la judicial se da la presencia judicial y la posibilidad de presencia del Fogasa, señalando que esa diferencia sería cualitativa y no se podría relativizar por el hecho de que en el proceso posterior de insolvencia se tenga que dar audiencia al mismo, ya que en ese trámite solo cabe discutir la realidad de la insolvencia. Resalta como relevante que el Fogasa no pudo estar presente en la conciliación administrativa, a diferencia de la judicial en la que se le habría dado traslado para ello.

En relación a la segunda cuestión planteada, trato distinto entre los salarios de tramitación, en los que se admite aun cuando se reconozcan en conciliación administrativa, y la indemnización por despido, refiere que la fórmula de determinación de los primeros minimiza la posibilidad de abuso y fraude, mientras que el cálculo de la indemnización tal posibilidad es mayor.

Por tales circunstancias estima que existe una “...justificación para la diferenciación, por lo que contesta a la cuestión planteada en los siguientes términos: *“El artículo 3, párrafo primero, de 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 su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir unas indemnizaciones concedidas por despido improcedente de la garantía de pago asegurada por la institución de garantía en virtud de dicha disposición cuando han sido reconocidas en un acto de conciliación extrajudicial y que tal exclusión, objetivamente justificada, constituye una medida necesaria con el fin de evitar abusos, en el sentido del artículo 10, letra a), de la misma Directiva”*.

h. La sentencia del Tribunal Español

Dos meses más tarde, el 8 de abril de 2008, se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras⁴²⁵, en la que transcribiendo meramente la declaración del TJUE desestima íntegramente la demanda formulada por el trabajador, absolviendo al Fogasa de la pretensión de abono de indemnización por despido reconocida en conciliación administrativa.

i. Breve valoración

Se trata de Sentencia que cierra, por ahora y en el aspecto referido a créditos concretados en conciliación, el ciclo de Sentencias sobre la protección de créditos de trabajadores en casos de insolvencia empresariales.

En esta última, en la que se excluyen las indemnizaciones en supuestos de conciliación administrativa cabría preguntarse si ello no conlleva el cerrar la posibilidad de evitar que lleguen a los juzgados controversias que en fase administrativa podrían perfectamente solucionarse. El hecho de que se sepa que en caso de futura insolvencia no responderá el Fogasa lleva necesariamente a que los asesores de los trabajadores recomienden la no conciliación, forzando necesariamente a instar demanda judicial, aun cuando se estuviera de acuerdo en llegar a una conciliación, provocando con ello una litigiosidad innecesaria que colmata los saturados juzgados de lo social. Quizá sería posible buscar fórmulas alternativas, cual podría ser la propia citación del Fogasa al acto administrativo, o el establecimiento de un trámite específico de conciliación judicial para homologar acuerdos conciliatorios extrajudiciales, posibilitando dar traslado previo a dicho organismo.

En el mismo sentido se pronuncia parte de la doctrina académica, considerando que ya estaría superada la “*reticencia a admitir como título ejecutivo a efectos de prestaciones lo acordado en conciliación no judicial*”, y como apunta CASAS BAAMONDE, si la conciliación, mediación o arbitraje comparte finalidad de evitar proceso judicial debería tener consecuencias propias de la sustitución plena y no ser un mero trámite previo.⁴²⁶

⁴²⁵ Sentencia nº 152/2008, autos 708/06.

⁴²⁶ López Cumbre, Lourdes. Negativa del Fondo de Garantía Salarial al pago de la indemnización por despido acordada en conciliación extrajudicial”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.),

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 12 diciembre de 2018. ROJ: STS 4441/2018, ECLI:ES:TS:2018:4441 que estima recurso del FOGASA.

Se vuelve a pronunciar el Supremo sobre la posible responsabilidad del FOGASA en caso de insolvencia cuando el título de la deuda es la conciliación extrajudicial. Se remite a la doctrina contenida en sentencias del propio TS y admite recurso interpuesto confirmando que la doctrina ajustada a derecho es la contenida en la sentencia de contraste: *“La sentencia de contraste ciñe en primer lugar el problema a los términos del debate, en el que únicamente se discute el pago por el Fondo de la indemnización por despido, no los salarios de tramitación y se remite a la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas C-498/06, de 21 de febrero de 2008 -caso Robledillo Núñez- con arreglo a la que la exigencia de igualdad no rige para la conciliación administrativa, apreciando que la exclusión está justificada para evitar abusos en el sentido del art. 10 letra a) de la Directiva 2002/74 , porque en la conciliación administrativa no hay intervención judicial, el conciliador carece de funciones específicas y no interviene el FOGASA.”*

- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 4 abril 2019. ROJ. ROJ: STSJ CL 1501/2019, ECLI:ES:TSJCL:2019:1501, que desestima recurso formulado por el actor.

Se presentó recurso de suplicación frente a sentencia que desestima la demanda presentada por el trabajador contra la resolución del FOGASA que denegaba el reconocimiento de las prestaciones por derivar la indemnización por despido de un acto de conciliación administrativo.

El actor considerando título bastante para hacer nacer la responsabilidad subsidiaria del Fogasa el auto dictado por el Juez de lo Mercantil que aprueba la lista definitiva de acreedores poniendo fin al concurso. Se destaca que el despido no siguió trámites del artículo 64 de la Ley Concursal, alcanzando acuerdo en conciliación administrativa. El trabajador recurrente alegaba infringidos artículos 33.2 y33.3 del ET en relación con el 178.2 de la Ley Concursal.

La sentencia considera, con acierto, que la responsabilidad del FOGASA en situación de concurso no puede ser diferentes al previsto en el apartado 2 del artículo 33

debiendo constar en "*sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa*", debiéndose entender excluida la indemnización reconocida en "*conciliación administrativa*" ya se encuentre (STS 3/10/2016, rec. 3449/14) o no (entre otras, SSTs 13/10/08, rec. 3465/07; 2/07/09, rec.1952/08; 13/04/10, rec. 3126/09) la empresa en situación concursal.”

Analiza la finalidad de los anteriores requisitos, por un lado la de asegurar la diligencia del trabajador en el reconocimiento de sus derechos y garantizar el derecho del FOGASA al reembolso una vez ha hecho frente a su responsabilidad (STS de 25 de mayo de 2015, rec. 3339/2013) y por otro se encontraría la necesidad de evitar abusos y conductas fraudulentas por falta de control judicial y del FOGASA (STJUE de 21 de febrero de 2008, Asunto C-498/06). Finalmente se desestima el recurso.

✓ **STJUE 7 de septiembre de 2006, Caso Cordero Alonso. C-81/05**

a. Identificación de la sentencia

En fecha 7 de septiembre de 2006 se dictó nueva Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera)⁴²⁷, y ello en relación a pretensión de ampliación del marco normativo nacional de protección de los créditos de trabajadores, al superar el propio ámbito del Fondo de Garantía Salarial. Se trata de supuesto, como posteriormente se analizará, que ya no tiene trascendencia en la legislación española, dadas las modificaciones habidas. La STJUE trae causa en Auto de planteamiento de cuestión prejudicial planteado por el TSJ de Castilla León en fecha 28 de enero de 2005.

b. Problema suscitado

En este caso existen coincidencias respecto anteriores, pero hay diferencias importantes. Así el resumen de hechos es el siguiente:

- Despido objetivo, no disciplinario, de trabajador frente al que formula demanda.
- Empresa de menos de 25 trabajadores.
- Acuerdo judicial, sin presencia del Fogasa, por el que se reconoce la causa objetiva alegada y la extinción de la relación laboral.

⁴²⁷ Asunto Anacleto Cordero Alonso contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa). Identificación ECLI:EU:C:2006:529.Ponente. Sra. N. Colneric.

- Igualmente se reconoce indemnización superior a la mínima legal por la extinción de la relación laboral y cantidad por falta de preaviso.
- Incumplido el acuerdo se ejecuta y se declara la insolvencia de la empresa.
- Se formula solicitud al Fogasa que la estima parcialmente: reconoce el abono del 40% de la indemnización con los topes legales, desestima el 60% y también lo reclamado por preaviso.
- Se formula demanda que se desestima y posterior recurso de suplicación, planteando la Sala la cuestión prejudicial.

Así pues el tema suscitado por la cuestión que plantea el TSJ de Castilla León, era análogo al caso Olaso Valero (la STJUE se había dictado el mes anterior, en concreto el 16 de diciembre de 2004), indemnización por despido acordada en conciliación judicial. Sin embargo, existían diferencias:

- De un lado que el despido no había sido disciplinario sino objetivo, en fecha en la que, como se referirá posteriormente, el 40% de la indemnización era de responsabilidad directa del Fogasa y el 60% de la empresa, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del primero para el supuesto de insolvencia de la empresa y en relación al mentado 60%.
- En segundo lugar que en la conciliación judicial no se reconoce la improcedencia del despido, sino su procedencia por estimar que habría causas objetivas para la extinción, si bien se incrementa la indemnización legal.
- En tercer lugar que igualmente se reclamaba cantidad correspondiente a preaviso.

El Fogasa abonó al trabajador el importe del 40% (con los topes legales), pero se negó al abono del 60% de la indemnización y los salarios del preaviso omitidos. En relación al 60% de la indemnización alegó como motivo de denegación que se habían reconocido en “*acto de conciliación y no en sentencia o resolución administrativa*”, y en relación a los días de preaviso por considerar que no se trataba de salario.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo nacional vigente en la fecha de la controversia venía dado, al igual que en las Sentencia anteriores, por el art. 33.2 del E.T, que al regular el Fondo de Garantía Salarial disponía:

•“1. *El Fondo de Garantía Salarial, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Casos Sociales, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios. A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el duplo de salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.*

•2. *El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52.c) de esta Ley, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del duplo del salario mínimo interprofesional. El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de veinticinco días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior.)”*

Y en la literalidad de tal precepto se basaba el Fogasa para denegar la solicitud del 60% de la indemnización por despido, por estimar que se había acordado en conciliación judicial y no en sentencia o resolución de la autoridad laboral. Es de resaltar que en aquella fecha el art. 33.8 del E.T., establecía para el caso de los despidos económicos producidos en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, la obligación del Fogasa de asumir, a su exclusivo coste, el 40% de la indemnización.

En relación a la cantidad de preaviso por considerar que no serían salarios y por tanto no tendría la cobertura del Fogasa.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto del TSJ de Castilla León se hace eco de la STC de fecha 25 de octubre de 1993⁴²⁸ que resolvió recurso de amparo frente a STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 1990 que a su vez había desestimado recurso de suplicación frente a Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona.

El recurso de amparo se sustentaba en la consideración de que el art. 33.2 del E.T. vulneraría los arts. 14 y 24 de la CE. Así:

- el art. 14, igualdad, por considerar que sí se reconocía el derecho a indemnización cuando era establecida en Sentencia o resolución judicial, no habiendo razones objetivas para dicha diferenciación;
- el art. 24, tutela judicial efectiva, por considerar que sería una incongruencia exigir trámite previo de intento de conciliación administrativa a efectos de acceso al proceso judicial, y no equipararse el acuerdo alcanzado en dicho trámite.

La Sentencia desestimó el amparo por considerar que:

•El art. 14 no se vulneraría en tanto que trataba de forma distinta supuestos no iguales. Así el acuerdo sobre la indemnización se había alcanzado en conciliación administrativa, mientras que la previsión del art. 33.2 lo era en sentencia judicial o resolución de la autoridad laboral. Por tanto, al no tratarse de situaciones iguales mal podría considerarse habría trato desigual, teniendo el legislador “...*margen de libertad para tratar de forma diferente ambos supuestos porque entre ellos existe una diferencia sustancial que no los hace equiparables, sobre todo desde el punto de vista de la prevención de posibles fraudes*”.

•Por lo que se refiere al art. 24 refirió que dada la literalidad del art. 33.2 del E.T. y la previsible insolvencia de la empresa, que había cesado en sus actividades, el trabajador debió saber que “...*el acuerdo eventualmente logrado en la conciliación no podría oponerle ante el FOGASA. Debería por tanto obrar en consecuencia y decidir si*

⁴²⁸ STC 306/1993.

le conviene o no avenirse al acuerdo conciliatorio pues ello, obviamente, no es preceptivo”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Con tales antecedentes normativo y jurisprudencial la Sala de lo Social del TSJ Castilla León justifica la necesidad de formulación de la cuestión prejudicial, al considerar que cabalmente no podía dictar Sentencia revocatoria de la resolución del FOGASA y en todo caso la misma sería revocada en caso de formulación del correspondiente recurso de casación. Sin embargo, omite, quizá por el poco tiempo transcurrido, 42 días antes, que se había dictado Sentencia por el TJUE en el caso Vicente Olaso, si bien la sentencia final del TSJ de la Comunidad Valenciana se dictó 15 días después, el 11 de febrero de 2005.

A partir de ello el Auto resalta la finalidad de la Directiva 80/987/CEEE y se hace eco de la STJUE dictada en el caso Rodríguez Caballero planteado por el TSJ de Castilla la Mancha. Así refiere que, si bien existe un margen de los Estados para la transposición de la Directiva, ese margen no es absoluto, sino que está limitado por el “...contenido de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”, entre los que estaría precisamente el principio general de igualdad y no discriminación.

Por tanto, el Auto de planteamiento sigue la misma senda ya marcada por el TSJ de Castilla la Mancha y la STJUE de 12 de diciembre de 2002, si bien se remite igualmente a otros pronunciamientos del propio TJUE, concluyendo en que:

- De un lado no existiría justificación de entidad para el trato diferenciado para los supuestos de conciliación judicial y Sentencia.

- Y de otro lado en la obligación del juez nacional de “...dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar previamente su derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen del que disfruten los demás trabajadores (STJUE de 7 febrero de 1991, NIMZ, C-184/1989, y de 28 de septiembre de 1994, Avdel Systems, C-408/1992).”

Así pues, el Auto analiza un tema especialmente relevante relativo a la primacía del derecho comunitario y la aplicabilidad directa del mismo, dejando de aplicar la

norma nacional cuando contradiga aquella, cuestión que como se señaló con anterioridad ya había planteado el TSJ de Castilla la Mancha. Sin embargo, resalta que en derecho español y en relación con la constitucionalidad de las normas con rango de ley, no existe posibilidad de dejar de aplicar las mismas, sino que es obligado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Se pregunta por ello si en el supuesto de que la ley nacional sea clara, no pudiéndose realizar una interpretación de esta conforme al derecho comunitario, y a diferencia del derecho nacional, el derecho comunitario implica una atribución de potestad a los órganos judiciales nacionales de no aplicar o declarar la nulidad de normas con rango de ley.

Con tales argumentos y dudas plantea sucesivas preguntas que cabe resumir de la siguiente forma:

- Si de la obligación de adoptar las medidas para asegurar el cumplimiento del derecho comunitario, y del principio de primacía del mismo, deriva la obligación del juez nacional de dejar de aplicar las normas de derecho interno contrarias al Derecho Comunitario.
- Si cuando se ha de resolver sobre el derecho al cobro de indemnizaciones por la extinción de la relación laboral a cargo del Fogasa, en supuesto de insolvencia empresarial, estaría aplicando Derecho comunitario, aunque la Directiva 80/987/CEE no contemple expresamente la indemnización en su articulado.
- Si se entendiera que se estaría aplicando Derecho comunitario, estarían vinculadas las instituciones administrativas y judiciales españolas por el principio de igualdad e interdicción de la discriminación en la interpretación dada por el TJCE, aunque no coincida con la interpretación de dicho principio del TC español.
- Si impondría el derecho fundamental a la igualdad del Derecho comunitario tratar de igual forma el derecho del trabajador a indemnización por finalización de contrato, ya esté reconocida en sentencia o en conciliación.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴²⁹

En fecha 27 de abril de 2006 se emiten las conclusiones por el Abogado General, comenzando por señalar que “...se plantea una vez más la cuestión de la compatibilidad con el derecho comunitario de una norma nacional ...”, que, regulando un fondo de garantía para supuestos de insolvencia empresarial, establece diferencias entre los créditos en función de que se hayan reconocido en sentencia o resolución administrativa o acuerdo de conciliación. Y ello, efectivamente, porque en el año 2002 se había dictado Sentencia en el caso Ángel Rodríguez, en 2003 y 2005 los casos Vicente Olaso y Cristina Guerrero Pecino, a las que en sus consideraciones se remite el Abogado General.

Tres son las cuestiones que plantea:

- en primer lugar, resalta que la aplicación de principios generales de derecho comunitario, entre ellos el principio de igualdad, en la forma como se interpretaba por el TJUE, sólo sería de aplicación en caso de que se estuviera aplicando derecho comunitario. Por tanto, no valdría tal interpretación de dichos principios en relación a normas nacionales que no fueran desarrollo de derecho comunitario.
- en segundo lugar, señala que, efectivamente, se estaría aplicando normativa comunitaria. Así, indica que aun cuando la redacción del art. 33.2 del E.T. es anterior a la promulgación de la Directiva 2002/74/CE (que es versión modificada de la Directiva 80/987/CEE), ello no es óbice para considerar que estamos aplicando normativa comunitaria, ya que los Estados pueden haber regulado la materia con anterioridad a la norma comunitaria, debiéndose interpretar, desde la entrada en vigor de la Directiva, con parámetros comunitarios.

Incluso señala que aun cuando se considerara solamente la Directiva 80/987/CEE, también habría que llegar a la misma conclusión, dado que dentro del concepto de “retribución”, a que hace referencia la mentada Directiva, también se ha de considerar la indemnización por finalización de contrato. A partir de ello se remite a Sentencias anteriores para considerar que la diferencia de trato en función de que el reconocimiento del crédito por indemnización sea en sentencia o en conciliación,

⁴²⁹ Sr. Antonio Tizzano.

vulnera el principio de igualdad, no habiéndose aportado argumentos que justifiquen tal diferencia.

- por último y a partir de la conclusión de que la norma nacional vulneraría la norma comunitaria, reitera que el juez nacional, aun cuando en su ordenamiento interno no se le posibilite dejar de aplicar directamente una norma con rango de ley, debe dejar de hacerlo en tanto que se encuentra aplicando normativa comunitaria, y ello en contra, incluso, de una interpretación contraria del respectivo Tribunal Constitucional.

g. La sentencia del TJUE

Con tales antecedentes llegamos a la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2006.

Comienza la Sentencia analizando la tercera cuestión planteada por el Auto del TSJ de Castilla León, es decir, sobre la aplicación temporal de la Directiva 80/987 modificada por la Directiva 2002/74, dado que, como se refirió con anterioridad, la normativa española entraba en vigor antes de la entrada de esta última. Y es taxativo al señalar que aun cuando la normativa nacional aplicable sea anterior a una Directiva determinada, si entra en su campo de aplicación se ha de considerar, desde la entrada en vigor de la Directiva, como norma de aplicación de esta y, por tanto, la normativa nacional habrá de interpretarse con arreglo a dicha Directiva 80/987 modificada, específicamente en el art. 2, apartado 1, párrafo segundo, por la Directiva 2002/74.

A partir de ello se plantea el problema del respeto al principio de igualdad y no discriminación de la regulación española, señalando que, como ya había referido en las SSTJUE Rodríguez Caballero (2002), Olaso Valero (2004) y Guerrero Pecino (2005), dichos principios exigen que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que se justifique objetivamente, concluyendo que dado que no se habían dado razones objetivas, las indemnizaciones por finalización de contrato, reconocidas en acuerdo entre empresario y trabajador, debían recibir el mismo trato que las fijadas en resolución o en Sentencia.

Por último, da respuesta a la primera cuestión planteada, la de si el juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, que sea desarrollo de la normativa comunitaria, sin solicitar o esperar su previa derogación, y ello con independencia de que en relación al derecho interno (no dictado en desarrollo del comunitario), existan mecanismos específicos para dejar de aplicar una norma con

rango de ley (en España, como es bien sabido, el del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad), contestándose afirmativamente y remitiéndose a lo dicho en la Sentencia Rodríguez Caballero.

h. La sentencia del Tribunal Español

El mes siguiente, en concreto el 2 de octubre de 2006, se dictó Sentencia por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla León⁴³⁰, estimando el recurso formulado y declarando la responsabilidad del FOGASA en relación al abono del 60% de la indemnización pactada.

En la larga redacción de la Sentencia recuerda los motivos que le llevaron a plantear la cuestión prejudicial, resaltando lo taxativo del tenor literal de la norma, los pronunciamientos del TS que llevarían a desestimar el recurso y también los pronunciamientos del TC en el sentido de que la exclusión de la conciliación judicial, a efectos de responsabilidad del Fogasa, no suponía infracción del principio de igualdad, desde la perspectiva del art. 14 de nuestra Constitución, recordando pronunciamientos expresos del TC en los que señalaba que se trataría de situaciones distintas y que el legislador tendría margen de libertad para tratar de forma diferente ambos supuestos.

A partir de tal premisa resalta la Sentencia lo dicho por el TJUE en la Sentencia Rodríguez Caballero, en el sentido de que la libertad de los Estados miembros a la hora de la “...*configuración del concepto de los créditos de los trabajadores asalariados protegidos por las instituciones de garantía contempladas por la Directiva 89/987 CEE, no es absoluta, sino que está limitada por el contenido de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia*”. Tales Derechos fundamentales, recuerda la Sala, son “...*los proclamados solemnemente por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión en la Carta de 7 de diciembre de 2000*” y “...*no son coincidentes con los que garantiza el Título I de la Constitución Española...*”, si bien, los Estados miembros están vinculados por los mismos “...*pero solamente cuando éstos aplican la normativa comunitaria*”.

Entre tales derechos fundamentales comunitarios, resalta la Sentencia de Suplicación, estaría el de igualdad ante la Ley (art. 20 de la Carta), que exige que “...*las situaciones comparables no reciban un trato diferente a no ser que éste se justifique*

⁴³⁰ Recurso suplicación nº 1856/2004.

objetivamente”. De acreditarse una discriminación, cuando se aplica normativa nacional que desarrolla normativa comunitaria, el “...*Juez nacional debe dejar de aplicar toda disposición discriminatoria, sin solicitar o esperar previamente su derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen del que disfruten los demás trabajadores*”.

Posteriormente analiza lo dicho por el TJUE en la Sentencia Rodríguez Caballero, omitiendo toda referencia a la STJUE de 16 de diciembre de 2004, caso Vicente Olaso, que también se había pronunciado sobre la misma cuestión, concluyendo que no había justificación en la diferencia de trato entre conciliación judicial y sentencia o resolución de la autoridad laboral, por lo que estima el recurso de suplicación y, por ende, la pretensión del trabajador.

i. Breve valoración

Como se indicó al comienzo del análisis de esta Sentencia el tema suscitado era ciertamente peculiar y surgen algunas interrogantes sobre su planteamiento y la propia Sentencia. Así es de destacar que realmente la indemnización no se pactó en la conciliación, sino que exclusivamente se amplió su cuantía. En el acto de conciliación no se reconoció la improcedencia del despido, sino que se reconoció la existencia de causa objetiva que justificaba el mismo. Cabría preguntarse qué hubiera sucedido si el trabajador no formula demanda por despido, sino que, meramente, ante el incumplimiento de la empresa de la cantidad fijada en la propia carta, el 60% de la indemnización de 20 días por año de servicio, no se le hubiera abonado. En tal caso habría tenido que formular demanda por cantidad y posteriormente ejecución, y ante la insolvencia de la empresa podría haber formulado reclamación ante el Fogasa. Por ello, no parecía, desde el inicio, razonable la denegación del Fogasa, y si, acaso, la limitación de la cuantía a los máximos legales.

De otro lado cabe preguntarse si con los antecedentes de las Sentencias de los casos Rodríguez Caballero y Olaso Valero se hubiera podido dictar Sentencia sin acudir al planteamiento de la cuestión prejudicial.

Se insiste en el criterio de que “*El juez nacional debe dejar sin aplicar una norma interna que, vulnerando el principio de igualdad, tal y como éste 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*⁴³¹.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ que la cita es del País Vasco de 24 junio de 2008. ROJ: STSJ PV 1547/2008 - ECLI:ES:TSJPV:2008:1547 que desestima recurso formulado por los actores.

El FOGASA dicta resolución denegando solicitud de pago de indemnizaciones por haber sido acordadas en acta de conciliación extrajudicial.

Se presenta demanda que es desestimada y frente a la misma se interpone recurso de suplicación denunciando la infracción de los arts. 33 ET, en relación a la Ley 5/2006 y 43/2006, relativa a las garantías del Fogasa sobre los créditos por indemnización en despido,

Se desestima recurso con un único fundamento de derecho en el que se hace referencia el caso Anacleto Cordero, C-81/05, señalando que “...*En base a lo anterior debe acudir al título originario, del que dimana el crédito, y en este caso nadie cuestiona que se trata de conciliación administrativa, y por ello, en principio, excluida de la protección del art. 33 ET. En efecto, el TS señaló en su sentencia de 26-12-02 que si la conciliación judicial podía encuadrarse dentro de dicho precepto, por aplicación de la normativa comunitaria, no ocurre lo mismo con la conciliación administrativa, y si bien es cierto que dicha doctrina pudiera en principio pugnar con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase la sentencia de 17-1-08, C-246/06, y las precedentes que cita, entre ellas la de 7-9-06, C-81/05), lo cierto es que dentro de nuestra doctrina se excluye la conciliación administrativa de estos supuestos de protección por el Fondo de Garantía. En iguales términos nos hemos pronunciado en nuestra sentencia de 9-5-06, recurso 260/06, y en la del recurso 125/08.*”

- La última es de Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, de 29 noviembre de 2018. ROJ: STSJ CV 6615/2018, ECLI:ES:TSJCV:2018:6615 que desestima recurso del Fogasa.

La controversia se centra en determinar si responde, o no, el FOGASA de la indemnización por extinción de la relación laboral consecuencia de la aplicación del artículo 40 del ET ante un supuesto de movilidad geográfica.

⁴³¹ García Rodríguez, Bernardo. “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (julio-diciembre 2006)” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 14/2008. Cizur Menor. 2008.

El TSJ de Valencia desestima igualmente tal posibilidad, remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citando el asunto comentado al analizar el principio de igualdad y no discriminación, señalando que “...*este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente (sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, EU:C:2002:752, apartado 32; de 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, C-81/05, EU:C:2006:529, apartado 37, y de 17 de enero de 2008, Velasco Navarro, C-246/06, EU:C:2008:19, apartado 36)...*”.

Es de resaltar que en el mismo proceso el TSJ había formulado cuestión prejudicial que dio lugar al asunto C-57/17 Soraya Checa y STJUE de 28 junio de 2018.

✓ STJUE 28 de junio de 2018, Caso Soraya Checa. C-57/17

a. Identificación de la sentencia

A la fecha de elaboración de esta parte de la investigación, la STJUE 28 de junio de 2018 (Sala Séptima)⁴³² era el último pronunciamiento habido sobre normativa comunitaria relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia y traía causa del Auto planteado por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana en fecha 19 de enero de 2017.

b. Problema suscitado

El caso que plantea el Tribunal Superior de Justicia de la C. Valenciana se diferencia de los anteriormente analizados, aunque tiene el denominador común de la normativa comunitaria de protección de créditos laborales ante insolvencia empresarial.

Así, no analiza indemnización por despido, pero sí la indemnización por extinción de la relación laboral. Los hechos cabe esquematizarlos en los siguientes apartados:

- Trabajadora de empresa de limpieza a la que se le notifica traslado a centro ubicado a 450 kilómetros.
- La trabajadora opta por la extinción de la relación laboral con derecho a indemnización.

⁴³² Asunto Eva Soraya Checa Honrado contra Fondo de Garantía Salarial. Identificación: ECLI:EU:C:2018:512. Ponente. Sr. E. Jarašiūnas.

- La empresa no abona la indemnización y se formula demanda obteniéndose sentencia condenatoria al abono de 20 días por año de servicio.
- Presentada ejecución se declara insolvencia de la empresa.
- Se solicita abono al Fogasa que lo deniega por considerar que no es indemnización por despido.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo venía dado por el Estatuto de los trabajadores y específicamente los artículos que regulaban:

•De un lado la movilidad geográfica, sus causas, forma y posibles consecuencias. En concreto el art. 40.1 del E.T. disponía que “...*Movilidad geográfica. 1. El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia, requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial....*”

Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. La compensación a que se refiere el primer supuesto comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, y nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos...”

•De otro lado el reiterado art. 33 del E.T. que regula los créditos garantizados por el Fogasa y que disponía que “...2.- *El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos, conforme a los artículos*

50, 51 y 52 de ésta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan” (...)

El Fogasa motivaba la denegación en que el art. 33 del E.T. no recogía el supuesto de la indemnización que traía causa en voluntad del trabajador con ocasión de movilidad geográfica, aun cuando exigiera cambio de residencia, regulada en el art. 40 E.T, a diferencia de otros supuestos recogidos en los arts. 50 a 52, despido colectivo, despido objetivo, modificación sustancial de condiciones de trabajo.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

En el Auto de planteamiento no se cita ninguna Sentencia del TS o de otros órganos judiciales que analizando supuesto análogo avalaran la tesis del Fogasa.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto de planteamiento fue dictado por la Sala de lo social del TSJ de la Comunidad Valenciana en fecha 19 de enero de 2017. Como se refirió con anterioridad el supuesto de hecho era bien distinto a los anteriores casos analizados, indemnización por despido, si bien el razonamiento de su propio planteamiento es análogo.

Así resalta:

- la finalidad de la Directiva 2008/94/CE, concretada en garantizar a los trabajadores un mínimo de protección a escala de la Unión ante insolvencias empresariales,
- la definición del término “*remuneración*” que refiere es competencia de los respectivos derechos nacionales, señalando, no obstante ello, que esa libertad de los derechos nacionales se ve limitada por las exigencias que derivan del principio de igualdad y no discriminación, de tal manera que supuestos análogos no pueden recibir un trato diferente a no ser que se justifique objetivamente, remitiéndose expresamente a lo ya dicho en anteriores Sentencias (Robledillo Núñez, Rodríguez Caballero, Cordero Alonso, y Velasco Navarro).

A partir de ello, repasa todos los supuestos en los que la legislación española establece indemnizaciones por la extinción de la relación laboral que finalmente, en

caso de insolvencia, son abonadas por el Fogasa, a tenor de la previsión del art. 33.2 del E.T., a saber:

- las extinciones de los artículos 50 (modificación sustancial condiciones de trabajo, falta o retraso en el pago de salarios, cualquier incumplimiento grave de obligaciones por la empresa),
- 51 (despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción),
- 52 (causas objetivas: ineptitud sobrevenida, falta de adaptación, causas del despido colectivo, faltas de asistencia al trabajo, finalización y 64 de la Ley Concursal) y
- las finalizaciones de los contratos de duración determinada en los casos legalmente previstos.

Por último, considera que la extinción del contrato de la actora era comparable a una extinción por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que la movilidad geográfica que conlleva un cambio de residencia requiere igualmente causas que la justifiquen.

Delimitada así la cuestión, el Auto se plantea la duda de si habría que considerar que está “objetivamente justificado” que se excluya el supuesto de la Sra. Soraya del abono por el Fogasa de la indemnización por la extinción de la relación laboral.

f. Conclusiones del Abogado General⁴³³

El Abogado General, solicitó que se juzgase el caso sin conclusiones.

g. La sentencia del TJUE

Con carácter previo a dictar la Sentencia el Tribunal preguntó expresamente al gobierno español que alegara si consideraba que existiría otro motivo de diferenciación, al margen del inicial señalado de que se trataría de una extinción voluntaria y de que la norma expresamente no previera el supuesto de la extinción derivada de movilidad geográfica con cambio de residencia, sin que se aportara prueba al respecto por el gobierno.

⁴³³ Sr. Y. Bot.

La Sentencia rechaza que hubiera motivo de justificación para la diferencia de trato, señalando que realmente la extinción de la relación laboral y por ende de la indemnización, no derivaría de una elección voluntaria del trabajador afectado, sino que venía motivada en una modificación sustancial de condiciones de trabajo, que suponía un cambio de residencia, y, por lo tanto, homologable a supuestos en que sí se reconocía la garantía salarial (art. 50 E.T.), concluyendo que esa diferenciación de trato, sin justificación objetiva, suponía una vulneración del principio de igualdad.

Con tales consideraciones y bajo las exigencias que se derivan del principio general de igualdad y no discriminación, de modo que situaciones comparables no reciban un trato diferente a no ser que se justifique objetivamente, la Sentencia finaliza señalando que la Directiva 2008/94/CE del Parlamento europeo y del Consejo ha de interpretarse en el sentido de que la indemnización es como consecuencia de la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador, pero motivada por el traslado de lugar de trabajo que suponga cambio de residencia se ha de equiparar a las de despido objetivo.

h. La sentencia del Tribunal Español

Cuatro meses más tarde, 5 de octubre de 2018, se dicta la Sentencia definitiva por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana⁴³⁴. La Sentencia de la Sala considera que a partir del pronunciamiento del TJUE se había de estimar el recurso de suplicación frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Alicante en los autos 974/2014, resaltando que, si bien la misma no tiene efecto de “*cosa juzgada formal*”, si tiene la de “*autoridad de la cosa interpretada*” o “*autoridad como precedente*”.

i. Breve valoración

La principal valoración que cabe hacer de la STJUE es que tiene en cuenta, fundamentalmente, los objetivos de las Directivas y veda los tratos desiguales de situaciones que en esencia cabe considerar análogas, por más que la literalidad de la norma, dada la multitud de situaciones concretas que se pueden producir en la práctica, no las haya previsto. Ciertamente, en el presente caso no existe razón alguna para que una extinción de la relación por modificación sustancial de condiciones de trabajo no sea homologable a una extinción cuando se produce un cambio tan radical en la vida del

⁴³⁴ Recurso suplicación nº 170/16.

trabajador, derivada de motivos laborales, como puede ser el traslado a más de 450 kilómetros de distancia, con todas las repercusiones que a nivel personal y familiar conllevan y que justifican, en muchas ocasiones, la negativa del trabajador.

En el caso concreto cabía incluso considerar, razonablemente, que lo que había hecho la empresa comunicándole el traslado de centro de trabajo, era un despido encubierto por causas objetivas, ya que, en fechas posteriores, pero cercanas, se le declaró en situación de insolvencia lo que habría provocado el cese de actividad.

Instaura el importantísimo y relevante criterio de que “...*determinadas indemnizaciones legales debidas por la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y las debidas en caso de despido por causas objetivas, como las contempladas por el órgano jurisdiccional remitente, estén comprendidas en el concepto de «indemnizaciones debidas al término de la relación laboral» en el sentido de la referida disposición, las indemnizaciones legales debidas como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador a causa del traslado del lugar de trabajo por decisión del empresario, traslado que obliga al trabajador a cambiar su lugar de residencia (rescisiones por traslados), deben incluirse en dicho concepto*”⁴³⁵.

Como punto crítico y diferencial que pudo inclinar la balanza a la existencia de justificación objetiva o de situaciones no comparables, se encuentra la distinta mecánica de extinción de la relación laboral conforme al art. 40.1 E.T., con respecto al 50 y 52, donde en la primera no es necesaria la intervención judicial.⁴³⁶

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ que la cita es la de la C. Valenciana, de 29 noviembre de 2018. ROJ: STSJ CV 6615/2018, ECLI:ES:TSJCV:2018:6615, que desestimó recurso del Fogasa, ya citada en el caso Anacleto Cordero. C-81/05

⁴³⁵ Fernández Márquez, Óscar. “Fuentes de derecho del trabajo” (Crónicas de jurisprudencia), *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 215, 2018, págs. 7-25.

⁴³⁶ García Murcia, Joaquín. “Extensión de la acción protectora del FOGASA a las indemnizaciones de fin de contrato devengadas pro el trabajador en caso de traslado”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 249-262.

Cita la Sentencia del caso C-57/17, en relación con el principio de igualdad, transcribiendo que “...Este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente (sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, EU:C:2002:752, apartado 32; de 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, C-81/05, EU:C:2006:529, apartado 37, y de 17 de enero de 2008, Velasco Navarro, C-246/06, EU:C:2008:19, apartado 36).”

- La última STSJ que la cita es del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. ROJ: STSJ MU 1761/2019, ECLI:ES:TSJMU:2019:1761, que estimó recurso de la actora y condenó al Fogasa.

Se trata de supuesto en el que la extinción de la relación laboral, a instancia, de la actora se produce al amparo del artículo 41.1 del ET tras la comunicación de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Tras los correspondientes procesos judiciales se solicita la prestación al FOGASA que excluye la indemnización. El juzgado de lo Social confirma la resolución del FOGASA pero el TSJ de Murcia se hace eco de lo resuelto por el TJUE, señalando que “...el recurso será estimado, puesto que se trata de una cuestión que ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 28 de junio de 2018 (asunto C-57/17) que, si bien se refiere a la extinción prevista en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, establece un criterio igualmente aplicable al artículo 41”.

1.4. Acceso al recurso de suplicación en procesos interesando la declaración de insolvencia

✓ STJUE de 27 de marzo de 2014, Caso Torralbo Marcos. C-265/13

a. Identificación de la sentencia

Una última sentencia analizó muy tangencialmente la normativa comunitaria de protección de créditos laborales en supuestos de insolvencia de empresas. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 27 de marzo de 2014⁴³⁷ que dio respuesta a la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social 2 de Terrasa en fecha 3 de mayo de 2013.

⁴³⁷ Asunto Emiliano Torralbo Marcos contra Korota SA y Fondo de Garantía Salarial. Identificación ECLI:EU:C:2014:187. Ponente: Sr. E. Jarašiūnas.

b. Problema suscitado

Como se señaló con anterioridad la Sentencia se refiere tangencialmente a la Directiva 2008/94/CE 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. Así los hechos cabe resumirlos en los siguientes apartados:

- Empresa en concurso tramitado ante el Juzgado Mercantil y que alcanza convenio.
- Paralelamente el trabajador es despedido.
- Se demanda y se alcanza conciliación judicial en la que la empresa reconoce la improcedencia del despido y se acuerda la extinción con abono de indemnización.
- Se impaga la cantidad por la empresa y se presenta la correspondiente ejecución para que finalmente se decretara la insolvencia de la empresa y poder solicitar su abono del Fogasa.
- El Juzgado de lo social dicta Auto acordando la ejecución que lo suspende por estar en situación concursal y remite las actuaciones al Juzgado de lo mercantil.
- Frente a dicho Auto se anuncia recurso de suplicación por considerar que debía continuar la ejecución y que la competencia ya no era del Juzgado mercantil al haberse aprobado el convenio.
- El Juzgado de lo social dicta nuevo Auto por el que archivan las actuaciones por no haber abonado el actor la correspondiente tasa judicial.
- El Juzgado de lo social, antes de dictar el Auto de resolución del recurso de reposición, plantea la cuestión prejudicial, en relación a dudas de interpretación y adecuación de la normativa española a la comunitaria.

c. Marco normativo coetáneo

El auto de archivo recurrido se motivó por el Juzgado en normativa española, muy cuestionada en su día, la Ley 10/2012 por la que se regulan determinadas tasas en

el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

El artículo 1º disponía que *“La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social tiene carácter estatal y será exigible por igual en todo el territorio nacional en los supuestos previstos en esta Ley, sin perjuicio de las tasas y demás tributos que puedan exigir las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias financieras, los cuales no podrán gravar los mismos hechos imponibles.”*

El art. 2 disponía que *“...Constituye el hecho imponible de la tasa el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada por el ejercicio de los siguientes actos procesales: ... f) La interposición de recursos de suplicación y de casación en el orden social.”*

El art. 4 refería que *“...2. Desde el punto de vista subjetivo, están, en todo caso, exentos de esta tasa: a) Las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora. ...3. En el orden social, los trabajadores, sean por cuenta ajena o autónomos, tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de suplicación y casación.”*

El art. 5.3 disponía que *“En el orden social, el devengo de la tasa se produce en el momento de la interposición del recurso de suplicación o de casación.”*

El art. 6 regulaba la base imponible de la tasa, señalando que *“...1. La base imponible de la tasa coincide con la cuantía del procedimiento judicial o recurso, determinada con arreglo a las normas procesales. 2. Los procedimientos de cuantía indeterminada o aquellos en los que resulte imposible su determinación de acuerdo con las normas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se valorarán en dieciocho mil euros de cuantía a los solos efectos de establecer la base imponible de esta tasa.”*

En fin, el art. 7 fijaba la cuota tributaria, que en el orden social se concretaba en 500€ y 750€ para los supuestos de recursos de suplicación y casación, respetivamente, más el 0,1% del importe de la base imponible, con límite de 2.000 € cuando el sujeto pasivo fuera una persona física.

El actor alegaba en su recurso de reposición que tendría reconocido el derecho a justicia gratuita de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996 de 10 de enero que disponía que

•*art. 2 Ámbito personal de aplicación....d) “En los términos y con el alcance previsto en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: ... d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales.”*

•*Art. 6. Contenido material del derecho. El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: 5. Exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.”*

Igualmente, se remitía a lo dispuesto en el art. 229 de la LRSJ que dispone que “...*Todo el que, sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación o prepare recurso de casación, consignará como depósito:*”

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial no hace referencia a jurisprudencia alguna a nivel nacional, posiblemente en el convencimiento de que Ley 10/2012, de 20 de noviembre (el Auto es de fecha 3 de mayo de 2013) aún no había dado lugar a pronunciamientos judiciales que fueran relevantes para el análisis de la controversia que se suscitaba.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

A partir de los hechos y de la normativa nacional, el Auto considera que dicha normativa se habría de interpretar atendiendo a distintas normas de derecho europeo.

Así, considera que dado que la finalidad del recurso de suplicación planteado por el actor sería lograr la declaración de insolvencia y con ello acceder a las instituciones de garantía en caso de insolvencia de la empresa, nos encontraríamos en ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94, cuya finalidad sería la de garantizar el pago de los

créditos impagados con la finalidad de un desarrollo económico y social equilibrado de la Comunidad.

De otro lado, resalta lo dispuesto en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que dispone que *“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”*, resaltando que a partir del Tratado de Lisboa la Carta tiene el mismo valor que los tratados, disponiendo el art. 51.1 de la misma que sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. En el presente caso, precisamente, se estaría intentando aplicar la Directiva 2008/94 al pretenderse conseguir la insolvencia de la empresa y con ello acceder a las prestaciones del Fogasa, institución que desarrolla a nivel interno las medidas para cumplir las finalidades de esta.

Por último, recuerda jurisprudencia del TJUE sobre el principio de efectividad, que impone que la *“...regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión...”*.

A partir de ello, resalta que al juez nacional correspondería analizar si las limitaciones al acceso a los tribunales perseguirían un fin legítimo y si existiría una razonable proporcionalidad, considerando que la normativa española configuraría una *“...tasa judicial como una especie de impuesto al ejercicio de la potestad jurisdiccional...”*, sin posibilidad de modulación o apreciación por órgano jurisdiccional de razones de proporcionalidad, por lo que cabría considerar que se vulnerarían los preceptos comunitarios referidos al estar limitando injustificada y desproporcionadamente el acceso al proceso para la aplicación de normativa derivada de la comunitaria.

Con tales argumentaciones plantea sus dudas en los siguientes términos:

•”1.) *¿Se oponen los artículos 1, 2 f), 3.1, 4.2 a), 4.3, 5.3, 6, 7, 8.1 y 8.2, de la [Ley 10/2012] al artículo 47 de la [Carta] en cuanto no permiten al órgano jurisdiccional interno la posibilidad: a) de modulación de las tasas judiciales o de apreciación de razones de proporcionalidad (en la justificación del Estado en imponer las tasas y en la cuantía establecida de las mismas como obstáculo de acceso a la tutela*

judicial efectiva) para su exención; b) de tener en cuenta el principio de efectividad de aplicación de normas del Derecho de la Unión; c) de apreciar la importancia del proceso para las partes atendidas las circunstancias y sin cuyo abono no se da trámite al recurso de suplicación presentado?

•2) *¿Se oponen los artículos 1, 2 f), 3.1, 4.2 a), 4.3, 5.3, 6, 7, 8.1 y 8.2, apartado 2, de la [Ley 10/2012] al artículo 47 de la [Carta] en cuanto es de aplicación a un procedimiento especial como es el ámbito social de la jurisdicción, donde es habitual la aplicación del Derecho de la Unión, como elemento fundamental de un desarrollo económico y social equilibrado en la [Unión Europea]?*

•3) *Y en el sentido de las cuestiones anteriores, ¿podría un órgano jurisdiccional, como el que remite la cuestión inaplicar una normativa como la cuestionada que no permitiera al órgano jurisdiccional interno la posibilidad:*

a) de modulación de las tasas judiciales o de apreciación de razones de proporcionalidad (en la justificación del Estado en imponer las tasas y en la cuantía establecida de las mismas como obstáculo de acceso a la tutela judicial efectiva) para su exención;

b) de tener en cuenta el principio de efectividad de aplicación de normas del Derecho de la Unión;

c) de apreciar la importancia del proceso para las partes atendidas las circunstancias; y sin cuyo abono no se da trámite al recurso de suplicación presentado?»”.

f. Conclusiones del Abogado General⁴³⁸

El Abogado General interesó se dictara resolución sin conclusiones.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 11 de abril de 2014 se dictó Sentencia por el Tribunal de Justicia declarándose no competente para responder a la cuestión prejudicial. No obstante ello, resulta de interés la argumentación de la Sentencia ya que permite delimitar los contornos de la propia competencia del TJUE.

Resalta que el TJUE, según art. 267 del TFUE, solo puede interpretar el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias que le son atribuidas.

⁴³⁸ Sr. N. Jaaskinen.

A partir de ello señala que el ámbito de aplicación de la Carta, por lo que se refiere a la acción de los Estados miembros, se define en su artículo 51, apartado 1, según el cual las disposiciones de la Carta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Señala igualmente que el art. 51.1 de la Carta confirma jurisprudencia del TJUE en el sentido de 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, pero no fuera.

Por ello cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el TJUE no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la carta que puedan invocarse no pueden fundar por sí solas tal competencia.

En el caso concreto considera que el hecho de que la pretensión final fuera obtener la insolvencia de la empresa demandada y con ello posteriormente formular solicitud ante el Fogasa, no permite considerar que la cuestión suscitada, de índole procesal, estuviera dentro del ámbito de la Directiva 2008/94, por lo que tampoco serían de aplicación los derechos reconocidos en la Carta y en concreto el art. 47 de la misma.

h. La sentencia Tribunal Español

Al mes siguiente, el 11 de abril de 2014, se dictó el correspondiente Auto por el Juzgado de lo Social 2 de Terrasa⁴³⁹, por el que se desestimó el recurso de reposición formulado por el actor Sr. Torralbo Marcos.

El Auto parte, como no podía ser de otra forma, de la Sentencia del TJUE que no consideró de aplicación el derecho comunitario en relación con la Ley 10/2012. No obstante, hace distintas consideraciones:

- Da cuenta de que en fecha 5 de junio de 2013 (por tanto, con posterioridad al Auto de planteamiento que fue en 3 de mayo de 2013), la Sala IV del TS dictó acuerdo de Pleno no jurisdiccional en el cual se entendía no aplicable a los recursos de suplicación interpuestos por trabajadores el abono de la tasa prevista en la Ley 10/2012. Sin embargo, no se considera vinculado por dicho acuerdo jurisdiccional, citando

⁴³⁹ Auto nº 75/2018.

pronunciamiento en el mismo sentido de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 18 de julio de 2013.

- En segundo lugar manifiesta su convicción de que la Ley 10/2012 y en relación a la Jurisdicción Social, tanto respecto a trabajadores como empresarios, sería contraria al Derecho de la Unión.

Sin embargo, no considera que existiera causa de inconstitucionalidad que obligara al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, considerando que sería una cuestión de legalidad ordinaria y que las posibles contradicciones entre la Ley 10/2012 y la Ley 1/1996 de justicia gratuita, habrían de solucionarse mediante aplicación del principio “*lex posteriori derogat lex anteriori*”.

i. Breve valoración

Como se señaló al comienzo del análisis de la cuestión prejudicial planteada, la referencia a la normativa europea sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial, Directiva 2008/94, era de forma tangencial, ya que se adelantaba lo que sería la intención final del actor, conseguir la declaración de insolvencia empresarial y posterior solicitud ante el Fogasa.

Sin embargo, como igualmente ya se refirió, resulta de interés la STJUE dictada porque delimita el campo de competencia del propio Tribunal, acotando la misma, posiblemente, por la creencia de que una interpretación excesivamente amplia de la misma pudiera tener efectos no deseados, incluido su propia saturación y el planteamiento forzado de los órganos jurisdiccionales internos. Es de resaltar, por último, la insistencia del Juzgador de Instancia de recalcar su oposición al propio pronunciamiento del TJUE.

1.5. Derecho a las prestaciones salariales del personal de alta dirección

✓ STJUE 16 diciembre de 1993. Caso Wagner Miret. C-334/92

a. Identificación de la sentencia

La primera Sentencia del TJUE en la que se pronunció sobre la garantía salarial fue la de 16 de diciembre de 1993⁴⁴⁰, a raíz de cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Cataluña en fecha 31 de julio de 1992.

b. Problema suscitado

Los hechos que analiza el TSJ de Cataluña caben esquematizarlos de la siguiente forma:

- Trabajador de empresa que a su vez fue socio fundador de la misma con participación de 17 acciones sobre un total de 520.
- Igualmente fue consejero delegado, apoderado de la empresa y director general.
- La relación laboral del actor se extingue por expediente de regulación de empleo y con efectos de 30-11-89.
- El actor formuló demanda en reclamación de indemnización y dos mensualidades, dictándose sentencia favorable que fue ejecutada.
- La empresa fue declarada insolvente, formulando solicitud al Fogasa de abono de los salarios adeudados.
- El Fogasa desestima la solicitud por considerar que al ser personal de alta dirección no respondía subsidiariamente en caso de insolvencia.
- Frente a dicha resolución desestimatoria formula demanda que es desestimada por el Juzgado de lo Social 27 de Barcelona.
- Recurre en suplicación ante el TSJ de Cataluña que es quien plantea la cuestión prejudicial.

⁴⁴⁰ Asunto Teodoro Wagner Miret y Fondo de Garantía Salarial. Identificación ECLI:EU:C:1993:945. Ponente J.C. Moitinho de Almeida.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo venía dado principalmente por la redacción del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo tenor disponía que “.1. *El Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de sus salarios, correspondientes a cuatro meses como máximo, que estén pendientes de pago, en los casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra y concurso de acreedores.*”.

El Real Decreto 505/1985, de 6 marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, cuyo art. 11/2 disponía que “...*Los empresarios que tengan a su servicio trabajadores vinculados por cualquiera de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, distintas de las mencionadas en los apartados b) y c) del número anterior, vendrán obligados a cotizar desde el momento en que así lo dispongan las normas reguladoras de aquéllas*”.

El Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, no hacía referencia alguna al Fondo de Garantía Salarial y, por tanto, no establecía obligación empresarial de cotización al mismo por parte de las empresas.

Se ha de resaltar que el Fogasa fue órgano creado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo (E.T.), por tanto, antes de que se adoptara la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre insolvencia que es de 20 de octubre del mismo año, modificada por la Directiva 87/164/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1987.

Por último, se ha de considerar que la adhesión de España a las Comunidades Europeas se llevó a cabo en fecha 1 de enero de 1986, no considerando necesario modificar el Derecho nacional para adaptarlo a la Directiva 80/987/CEE, disponiendo, en todo caso, de un plazo de 36 meses para transponer las Directivas de aplicación, plazo superado cuando se generan los salarios que se reclaman.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto da cuenta al TJUE de que se habrían venido dictando sentencias por distintos TTSSJ, entre ellos el propio de Cataluña, que consideraban que el personal de alta dirección tenía igualmente derecho, en caso de insolvencia, al abono de

prestaciones salariales por parte del Fogasa. Así cita sentencias del TSJ de Cataluña de 25 mayo 1991, con precedente en la de 9 abril 1990, de Madrid de 27 marzo 1990 y Baleares de 4 de octubre de 1990.

Sin embargo, refirió que se habrían dictado sentencias posteriores por el TS (Sentencias de 13 junio y 13 julio 1991), que consideraron de no aplicación la Directiva europea por no haber transcurrido el periodo de 36 meses desde la incorporación de nuestro país a la Comunidad, e igualmente, lo que sería determinante en el caso concreto analizado (los créditos reclamados son posteriores a dichos 36 meses), al no ser incondicionales y suficientemente precisas sus disposiciones para que pueda prosperar la invocación de su efecto directo frente al derecho interno de nuestro país.

Es por ello, por lo que no compartiendo la doctrina establecida por las mentadas sentencias del T.S., se veía compelido a formular la correspondiente cuestión prejudicial.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Las preguntas que formula el TSJ de Cataluña van relacionadas con las dudas que se le suscitan en dos ámbitos distintos. En primer lugar, si la Directiva sería de aplicación a todos los trabajadores asalariados, y la trascendencia que tendría el hecho de que España hubiera excepcionado al personal de alta dirección. En segundo lugar, y para el supuesto de considerar de aplicación la Directiva, si la garantía debería ser la misma que el resto de los trabajadores, o podría ser a través de vías distintas.

Y tales dudas las concreta en las siguientes cuestiones:

“a) si la Directiva 80/987/CE de 20 octubre es de aplicación a todos los trabajadores asalariados, salvo los excluidos en el Anexo de dicha Directiva (87/164/CE de 11 marzo);

b) si al no incluir España en el Anexo de la Directiva 87/164/CEE de 11 marzo, completando el Anexo inicial como consecuencia de la incorporación de España a la Comunidad, la excepción, en concreto referente al personal de alta dirección, pueden quedar excluidas dichas personas de la aplicación con carácter general de las garantías previstas en la Directiva 80/987/CEE;

c) caso de resultar de aplicación las garantías de la Directiva 80/987/CEE al personal de Alta Dirección en España, su aplicación concreta debe serlo a través del Órgano ordinariamente previsto para el resto de trabajadores asalariados (Fondo de Garantía Salarial) o bien por vía de indemnización a cargo directamente del Estado»”.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴⁴¹

En fecha 15 de julio de 1993 se emitieron conclusiones por el Abogado General. En las mismas se hace referencia a la creación del Fondo de Garantía Salarial por la Ley 8/80, indicando que las relaciones laborales del personal de alta dirección son consideradas relaciones de carácter especial, que posteriormente se regularon mediante el RD 1382/1985, remitiéndose en diversos aspectos a la regulación del E.T. para la relación ordinaria, y no haciéndolo respecto al art. 33 que es el que regula el Fogasa.

Por lo que se refiere a la normativa comunitaria señala que la Directiva 80/987/CEE, anterior a la entrada de España (1 enero 1986), posibilitaba la exclusión de determinadas categorías de trabajadores⁴⁴², entre los que no estaban incluidos el personal de alta dirección. Con posterioridad la Directiva 87/164/CEE asumió la comunicación de España, excluyendo exclusivamente a “*Empleados domésticos al servicio de una persona física*”.

A partir de ello el abogado general resalta que “...*Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, sólo están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva aquellos trabajadores citados en la lista que figura en Anexo a la Directiva*”⁴⁴³, si bien señala que el concepto de trabajador debe determinarse conforme a la normativa nacional, por lo que sería el órgano nacional quien habría de concretar si el personal de alta dirección lo sería, de tal manera que si lo fuera no podrían ser excluidos de la Directiva, al no estar incluido en el Anexo de exclusiones.

Por último, analiza la tercera cuestión planteada, si una vez considerado que le sería de aplicación la Directiva, necesariamente habrían de tener las garantías de la Directiva a través del mismo órgano que el resto de los trabajadores (en el caso español el Fogasa), o podría ser a través de otra vía. Al respecto, indica que podría ser injusto que se percibiera la garantía de una institución que se nutre de cotizaciones no realizadas por el personal de alta dirección.

⁴⁴¹ Sr. Carl Otto Lenz.

⁴⁴² Art. 1.2. *Los Estados miembros podrán excepcionalmente excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la naturaleza especial del contrato de trabajo o de la relación laboral de aquéllos, o en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores asalariados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva. La lista de las categorías de trabajadores asalariados a que se refiere el párrafo primero figura en el Anexo.*

⁴⁴³ Sentencia de 2 de febrero de 1989, Comisión/Italia (22/87, Rec. p. 143), apartado 18. Véase asimismo la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Comisión/Grecia (C-53/88, Rec. p. I-3917), apartado 14.

En relación a ello señala que compete al tribunal nacional determinar si existe una institución específica para la garantía salarial y si, según la misma, no es posible el abono al actor, éste tendría derecho a indemnización directa por el Estado español, remitiéndose al efecto al asunto Francovich.

Con tales antecedentes propone al TJUE se pronuncie en los siguientes términos:

«1) La Directiva 80/987/CEE es de aplicación a todos los trabajadores asalariados. Quedan exceptuadas de lo anterior aquellas categorías de trabajadores indicadas en el anexo a la Directiva.

2) En la medida en que, conforme al Derecho nacional, los miembros del personal de dirección se consideren trabajadores asalariados y no estén incluidos en el anexo de la Directiva 80/987/CEE, no pueden ser excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva.

3) La aplicación de la garantía prevista en la Directiva 80/987/CEE al personal de dirección puede hacerse a través del Órgano competente para el resto de los trabajadores, o bien a través de una institución especial. En la medida en que el Derecho nacional, aún interpretado conforme al Derecho comunitario, no lo permita, el Estado miembro estará obligado a indemnizar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE.»

g. Sentencia del TJUE

Medio año más tarde, el 16 de diciembre de 1993, se dictó Sentencia por el TJUE, en la que se recogían esencialmente las propuestas de las conclusiones de Abogado General. Así, coincide en que los trabajadores asalariados excluidos de la aplicación de la Directiva son únicamente los previstos en la Directiva dictada con posterioridad a la entrada de España en la Unión Europea que a su vez tiene vinculación con la propia comunicación realizada por España.

De otro lado, resalta que la definición del concepto de trabajador asalariado corresponde al Derecho nacional, por lo que remite al juzgado proponente a efectos de determinar si el Sr. Wagner sería o no trabajador asalariado.

Resalta que los Estados tendrían una amplia discrecionalidad en cuanto a la organización, funcionamiento y financiación de las instituciones de garantía salarial, no obligando la Directiva a crear una misma institución para todas las categorías de trabajadores, y coincidiendo con el Abogado General en el sentido de que, si conforme a la normativa nacional el Fogasa no cubriera el crédito del actor, en el sentido de la Directiva, el mismo podría reclamar directamente al Estado.

Con tales consideraciones contesta a las preguntas formuladas en los siguientes términos:

1) Los miembros del personal de alta dirección no pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 87/164/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1987, ya que el Derecho nacional los califica de trabajadores asalariados y no figuran en la Sección I del Anexo de la Directiva.

2) a) El personal de alta dirección no tiene, en virtud de la Directiva 80/987, derecho a solicitar el pago de los créditos salariales a la institución de garantía creada por el Derecho nacional para las demás categorías de trabajadores asalariados y

b) en caso de que el Derecho nacional, incluso interpretado a la luz de dicha Directiva, no permitiera asegurar el goce de las garantías que la misma prevé al personal de dirección, éste tiene derecho a solicitar al Estado miembro de que se trate la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la Directiva en lo que a dicho personal se refiere.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 16 de febrero de 1994 se dictó Sentencia por el TSJ de Cataluña⁴⁴⁴ desestimando el recurso del actor, y emitiéndose un extenso voto particular en el que se concluía que se habría de estimar el recurso, señalando que “... *la cobertura formal institucional de la garantía de atención de los débitos salariales en caso de insolvencia de las empresas respecto de los Altos Cargos debe serlo también a través del FGS, si bien limitado a ocho semanas como máximo, al ser tal límite el mínimo previsto en la propia normativa comunitaria y por las extensas razones expuestas en el voto particular al respecto en la Sentencia de esta Sala de 25 junio 1991. Con derecho a repercutir contra el estado, tras ello, de las cantidades que satisfaga en concreto y, del derecho -de estar en plazo para ello- de requerir el abono del importe de las cotizaciones dejadas de efectuar por las empresas, por causa de tal evento.*”

La Sentencia desestima el recurso y por ende confirma la resolución denegatoria del Fogasa, alegando esencialmente que el pronunciamiento del TJUE no contradecía la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 13 Julio de 1991⁴⁴⁵), resaltando un

⁴⁴⁴ Sentencia núm. 854/1994.

⁴⁴⁵ ROJ: STS 10217/1991 - ECLI:ES:TS:1991:10217.

argumento de la misma que consideraba decisivo, cual era que “...no debe repercutir sobre el Fondo de Garantía Salarial, con organización autónoma, funcionamiento propio y financiación plural, la no adopción por el Estado de las pertinentes medidas de adecuación a la Directiva”, y ello sin perjuicio de “...las acciones que pudiera corresponder al supuesto perjudicado frente al Estado, (Francovich y otros⁴⁴⁶). A tal argumentación añadía la ya referida por el Abogado General, en el sentido de que dada la propia organización del Fogasa (Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo), y los mecanismos de su financiación, ya que “...resultaría ilógico atribuir responsabilidad a un Organismo que se nutre de las cotizaciones que se especifican en el propio Real Decreto, si aquéllas no han tenido lugar”.

En fin, resalta la normativa reguladora del personal de alta dirección (RD 1382/1985), en que se hace remisión expresa a distintas garantías recogidas por el E.T. para el resto de los trabajadores, en concreto los arts. 27/2, 29 y 32, omitiendo cualquier referencia al art. 33 que es el que regula el Fogasa, por lo que “...ya estaba en la mente del legislador la exclusión de dicho colectivo de la cobertura del Fondo”, lo que se afianzaría con el hecho mismo de que el Consejo de Ministro de 2 de diciembre de 1993 había aprobado una reforma del art. 33 del E.T. y del propio RD 505/1985, de 6 de marzo, en la que se proponía precisamente la inclusión en el art. 33 del personal de alta dirección y la cotización de dicho personal al Fogasa.

Por último, no admite la tesis del recurrente de aplicación analógica y vulneración del principio de igualdad del art. 14 de la CE, por considerar que la distinción tenía sustento en aspectos objetivos y no meramente subjetivos o aparentes, por lo que no existiría identidad en las situaciones sometidas a comparación.

⁴⁴⁶ En la STJUE caso Francovich de fecha 19 de noviembre de 1991 se señalaba que “1. Las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, 20-10-1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que definen los derechos de los trabajadores deben interpretarse en el sentido de que los interesados no pueden invocar esos derechos contra el Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de medidas de aplicación adoptadas dentro del plazo señalado. 2. Un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE”. “...un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares derivados de la no adaptación del Derecho Nacional a la Directiva 80/987”. Dicha Sentencia ya había sido considerada por la del T.S. de 13 de Julio de 1991.

i. Breve valoración

Se trata de cuestión prejudicial planteada que, como en otras muchas ocasiones, ha tenido repercusión legislativa posterior. En este caso cabe destacar la paradoja de que, si bien la Sentencia del TSJ de Cataluña supuso la desestimación final de la pretensión del actor, su tramitación y más específicamente las conclusiones del abogado general, incidieron en un cambio legislativo que se produjo incluso antes de dictarse la Sentencia por el TJUE y que a partir del cual el personal de alta dirección tiene cubierto por el Fogasa sus créditos salariales.

Así, recordemos que las conclusiones del abogado general, que fueron asumidas por la STJUE, son de fecha 15 de julio de 1993, la modificación legal que hubiera hecho innecesario el propio planteamiento de la cuestión prejudicial se inició por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de diciembre del mismo año (la STJUE es de 16 febrero de 1994) y “...se resolvió finalmente con la Ley 19 de mayo de 1994...*que en las modificaciones que se introducen en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, en su Disposición Adicional nos dice: “Las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los arts. 27.2, 29, 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores”*”.⁴⁴⁷

En todo caso, se ha de resaltar que el Sr. Wagner bien pudo, a pesar de la desestimación de su demanda, formular nueva solicitud directamente al Estado para el abono de sus salarios adeudados.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

La última STS que la cita es la de 08 de junio de 2016 (ROJ: STS 2728/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2728), estimando parcialmente recurso de casación frente a Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 2015.

La referencia es sin embargo tangencial, ya que no es en relación al Fogasa, sino sobre la fundamentación jurídica de la STJUE relativa a los límites de la “interpretación conforme”, señalándose que “...*desde antiguo el TJUE ha rechazado que el principio pueda conducir a que se fuerce de forma indebida la normativa interna (algo censurado ya por las Sentencias 16/12/1993, asunto «wagnermiret»; 14/07/1994, asunto «Faccini Dori» ; y 04/07/2006, asunto «De Ciantis»), insistiendo en ello la más reciente doctrina*

⁴⁴⁷ Punzón Moraleda, Jesus. “Aplicación judicial del Derecho comunitario: La Sentencia Wagner Miret”. REALA-1995, núm. 266.

del Tribunal Europeo, al afirmar que «el requisito de interpretación conforme no puede llevar a que una directiva cree, por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares» (STJ 05/07/2007, asunto «Kofoed», ap. 45); y que «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplicar las normas pertinentes del Derecho interno ... no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional» (SSTJ 15/04/2008, asunto «Impact», ap. 100; 24/01/2012, asunto «Domínguez», ap. 25; la referida «Association de Médiation Sociale», ap. 39; y la ya citada «Dansk Industri», ap. 32).

Y es que, dada la rápida modificación de la legislación en relación a la cobertura por el Fogasa de los créditos de personal de alta dirección, las citas de la Sentencia Wagner Miret por parte de órganos judiciales españoles lo han sido no en relación al Fogasa, sino referida a la interpretación y alcance de la noción de “interpretación conforme”.⁴⁴⁸

2. Materias relacionadas con la protección ante procesos de traspaso de empresas

Son igualmente múltiples las SSTJUE que han analizado la adecuación de la normativa española a la comunitaria en materia de traspaso y sucesión de empresas y derechos de los trabajadores. En concreto a la fecha de redacción de la presente investigación han sido hasta en siete ocasiones, referidas tanto a empresas privadas como, mayoritariamente, a entidades públicas.

2.1. Aplicabilidad de la Directiva en transmisiones anteriores al ingreso de España en la CEE

✓ STJUE 17 abril de 1997. Caso Burdalo Trevejo y otros. C-336/95

a. Identificación de la sentencia

En abril de 1997 se pronunció nuevamente el TJUE en relación a la institución del Fogasa, y ello en la Sentencia de 17 de abril de 1997⁴⁴⁹ que daba contestación a la cuestión prejudicial que había planteado el Juzgado de lo social núm. 16 de Barcelona casi dos años antes, el 1 de septiembre de 1995.

⁴⁴⁸ Entre otras STSJ 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STSJ M 12355/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:12355), STSJ Galicia del 28 de marzo de 2018 (ROJ: STSJ GAL 2169/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:2169).

⁴⁴⁹ Asunto Pedro Burdalo Trevejo y otros contra Fondo de Garantía Salarial. Identificación ECLI: EU: C: 1997: 204. Ponente: J.-P. Puissochet.

Se ha de adelantar que la cuestión planteada tiene relación con las Directivas referidas a la transmisión de empresas, como las reguladoras del Fogasa, por lo que podría haberse ubicado igualmente en uno u otro de los apartados, habiéndose considerado más procedente en el relativo a transmisión.

Del mismo modo, se anuncia que se analiza la misma a partir de lo noticiado únicamente en la sentencia del TJUE, tratándose de la excepción a la regla general mantenida en la tesis al no contar, por motivos de fecha y origen de la misma, con el auto de planteamiento del Juzgado Social nº 16 ni de su posterior sentencia. Se hicieron varios intentos contactando con el juzgado remitente, quien informó que no constaba el expediente digitalizado y que la única alternativa sería poder acceder a los autos físicos previa petición a la Gerencia de Barcelona que remitió a los archivos nacionales. Esa opción fue rechazada al requerir de la identificación del número de autos para realizar la petición. Se mantuvieron conversaciones con una de las partes, el FOGASA, con mismo resultado negativo.

b. Problema suscitado

La controversia se suscitó con ocasión de los siguientes hechos:

- Trabajadores de empresa de menos de 25 trabajadores, que inician sus respectivas relaciones laborales en las décadas de los cincuenta y sesenta.
- Con posterioridad se llevan a cabo cambios en la titularidad de la empresa, subrogándose las sucesivas empresas en los derechos y obligaciones de la anterior, siendo la última en enero de 1986.
- Por causas económicas los trabajadores son despedidos en 1993, con derecho a indemnización de 20 días por año de servicio.
- Según la legislación vigente en la fecha, del 60% de la indemnización respondía directamente la empresa (y solo en caso de insolvencia de ésta el Fogasa) y del 40% respondía directamente el Fogasa.
- Los trabajadores formularon solicitud del 40% de la indemnización al Fogasa, quien dictó resolución reconociéndosele indemnización calculada con fecha de antigüedad de la subrogación llevada a cabo en 19 mayo de 1978 y no de subrogaciones anteriores.

- Frente a dicha resolución los trabajadores formularon la oportuna demanda ante el Juzgado de lo Social que es quien formula la cuestión prejudicial.

c. Marco normativo coetáneo

El auto de planteamiento noticia al TJUE la normativa española. Así el RD 505/1985, de 6 de marzo, que regula la organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, institución de garantía prevista por la Directiva 80/987 para hacer efectivos los salarios pendientes a causa de insolvencia de las empresas. No obstante, resalta que el art. 19 de dicho RD establece la responsabilidad directa del Fogasa del pago del 49% de la indemnización en supuesto de despido objetivo en empresas de menos de 25 trabajadores.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto de planteamiento no parece hiciera referencia a criterio jurisprudencial al que se viera compelido el Juzgado, aunque el TJUE se digirió al Gobierno español para que precisa la jurisprudencia del TS relativa a la cuestión prejudicial, remitiendo las sentencias del TS de 31 de octubre de 1983 y 17 de diciembre de 1985 que “respaldaban la denegación de las indemnizaciones previas a la primera cesión”⁴⁵⁰.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto noticia la evolución de las relaciones laborales de los trabajadores que se remontaban a la década de los cincuenta y sesenta habiendo prestado servicios para empresa de persona física y que con posterioridad habrían pasado a ser titularidad de mercantiles de la misma persona, y posteriores mercantiles, siempre subrogándose la nueva en los derechos y obligaciones para con los trabajadores.

Se refiere, no obstante ello, que la prestación de servicios con la persona física, hasta el 19 de mayo de 1978, no constaba en los respectivos informes de vida laboral, si bien se daban por acreditadas las antigüedades anteriores.

⁴⁵⁰ Alemán Páez, Francisco. “Mantenimiento de derechos de los trabajadores y alcance de las indemnizaciones del Fondo de Garantía Salarial en los traspasos de empresa, centros de actividad o partes de centros de actividad” en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 87-94.

El planteamiento de la cuestión prejudicial por el Juzgado de lo social 16 de Barcelona parte de la no aplicación de la Directiva referida al Fogasa, dado que no trataba de créditos impagados por la empresa por insolvencia, ya que, como es sabido, la indemnización del 40% era de responsabilidad directa del Fogasa y el 60% si lo era directamente de la empresa y subsidiariamente, en caso de insolvencia del Fogasa.

Sin embargo, sí considera que pudiera ser de aplicación la Directiva sobre transmisión de empresas, entendiéndose que en tal caso se habría de computar los periodos anteriores al 19 de mayo de 1978⁴⁵¹. Es por ello por lo que la pregunta que plantea al TJUE es la siguiente:

«¿Puede la normativa o la jurisprudencia de un Estado miembro reducir las indemnizaciones que deben ser abonadas por el Fondo de Garantía Salarial en base a que no se contabiliza la antigüedad íntegra de los mismos, sino que se excluye alguno de dichos períodos, no obstante prestados sin interrupción para una empresa que fue objeto de traspaso, sin infringir lo establecido por la Directiva de 14 de febrero de 1977, 77/187/CEE, en sus artículos 1, 1.º y 3, 3.º párrafo segundo?».

Se ha de resaltar que la referencia al Fogasa podría inducir a error, ya que el supuesto sería el mismo si se hubiera establecido que el 40% se abonaba directamente por el Ministerio de Trabajo, ya que, se insiste, dicha cantidad se abonaba con independencia de insolvencia de la empresa, por lo que efectivamente no tenía relación alguna con la normativa comunitaria que regulaba tal materia, Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

f. Conclusiones del Abogado General

En fecha 20 de febrero de 1997 se emitieron las conclusiones por el Abogado General⁴⁵². En las mismas se hace referencia a la normativa reguladora del Fogasa, RD 505/1985, así como de las disposiciones comunitarias, en concreto de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de

⁴⁵¹ En este punto no se alcanza a entender porque fija la fecha en 19 de mayo de 1.978, ya que con posterioridad a dicha fecha también se habían producido subrogaciones anteriores a la entrada de España en la CE en 1 de enero de 1986.

⁴⁵² Sr. G. Cosmas.

trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centro de actividad.

Refiere el Abogado General dos cuestiones relevantes a destacar

- De un lado, que el ingreso de España en la CEE se llevó a cabo el 1 de enero de 1986, disponiendo de un plazo de dos años para la adaptación del derecho interno al derecho comunitario.
- De otro lado, da cuenta de la contestación por el Gobierno Español de pregunta formulada por el TJUE en relación a la jurisprudencia del TS⁴⁵³ que había sido citada por el auto de planteamiento de la cuestión, y de la que dedujo que se habría de distinguir entre los conceptos de “tiempo de servicios prestados” y el de “antigüedad”, señalando que:
 - o el primero correspondería al “...*periodo efectivamente cubierto en una empresa determinada*”,
 - o y el segundo, antigüedad, a “...*todo el tiempo de ejercicio de una determinada profesión*”.

De tal distinción, ciertamente discutible en la práctica, señala que sería relevante ya que el primero serviría para calcular el importe de la indemnización por despido y la antigüedad serviría para el cálculo del complemento de antigüedad y otros.

Sin embargo, el hecho que considera relevante es el de la fecha de ingreso de España en la CE, 1 de enero de 1986, considerando que la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas solo sería de aplicación a transmisiones llevadas a cabo en momento posterior al que la Directiva produjo efectos en el ordenamiento español. Sin embargo, y a pesar de ello, si tiene en cuenta las subrogaciones realizadas con posterioridad al 19 de mayo de 1978 (paso de un empresario persona física a un empresario persona jurídica), alegando que tales transmisiones si venían reconocidas por la legislación española.

Finalmente propone contestar al Juzgado de lo Social en los siguientes términos:

«Un trabajador no puede invocar la protección prevista por las disposiciones de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de

⁴⁵³ Tribunal Supremo 31 de octubre de 1983 y de 17 diciembre de 1985.

1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos (léase "transmisiones") de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, cuando la transmisión de la empresa se haya producido en un momento en el cual la Directiva no había empezado a producir plenos efectos en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate.»

g. Sentencia del TJU

En fecha 17 de abril de 1997 se dicta Sentencia por el TJUE asumiendo la propuesta del Abogado General.

Es de resaltar que en la Sentencia se hace mención específica a las alegaciones realizadas por la Comisión⁴⁵⁴ en el sentido de que, con independencia de la aplicabilidad de la Directiva sobre transmisiones al caso concreto, lo cierto es que el “...cómputo de la antigüedad del trabajador para el cálculo de las indemnizaciones por despido no debe verse afectado por las posibles transmisiones que hubieran podido tener lugar en la empresa en que el trabajador prestaba servicios”.

Después de referir las alegaciones de las partes, entre ellas la del Gobierno Español, concluye con el único razonamiento de que la Directiva “...no puede ser válidamente invocada por los trabajadores interesados, toda vez que la transmisión de empresa controversia se produjo en una fecha anterior a aquella en que comenzó a surtir efectos jurídicos en el Estado de que se trata”.

“Las disposiciones de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, 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, 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”.

h. La sentencia del Tribunal Español

Como se refirió al inicio del análisis, no ha sido posible localizar la Sentencia dictada por el Juzgado de lo social. No obstante ello es, razonable considerar que la

⁴⁵⁴ Junto a las partes comparecieron la Comisión y el Gobierno Español.

Sentencia final fue desestimatoria para las pretensiones de los actores, no reconociéndole antigüedad mayor a la inicialmente reconocida por el Fogasa.

i. Breve valoración

Se ha de resaltar quizá que el propio planteamiento de la cuestión prejudicial condicionó, innecesariamente, la resolución del TJUE. Así dado que se habían reconocido las transmisiones realizadas con posterioridad al año 1978, pero antes de la entrada de España en la CE, uno de enero de 1986, posiblemente la cuestión podría haberse encauzado por el principio de igualdad y por tanto preguntar si existían razones objetivas para que no se admitieran unas subrogaciones y si otras, a pesar de que ambas fueran anteriores al año 1986.

Lo referido anteriormente es una posibilidad recordada en el reciente ATJUE de 3 de Marzo de 2021 (C-841/19), en cuyo apartado 30º señala que “...*Con carácter preliminar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, aunque, en el plano formal, el tribunal remitente haya limitado sus cuestiones prejudiciales a la interpretación de determinados aspectos del Derecho de la Unión, esta circunstancia no impide que el Tribunal de Justicia le facilite todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que el tribunal remitente haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de sus cuestiones prejudiciales (sentencia de 9 de julio de 2020, Santen, C-673/18, EU:C:2020:531, apartado 35 y jurisprudencia citada).*”

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La STJ de Andalucía de 1 del 06 de abril de 2011 (ROJ: STSJ AND 2567/2011 - ECLI:ES:TSJAND:2011:2567), la cita tangencialmente.

Así señaló que “...*el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha interpretado en numerosas ocasiones la Directiva 77/187. Derivadas de cuestiones prejudiciales interpuestas por órganos jurisdiccionales españoles se generaron ante el TJUE los asuntos C-336/95, Arturo y otros contra Fondo Garantía Salarial, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Nicolas, C-173/96 y C-247/96, Carolina y Otros C-313/07, Kirtruna SL, C-151/09, Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) y C-463/09, Clece SA recientemente sentenciado (Sentencia TJUE de 20-01-2010).*”

22. *La multitud de sentencias del Tribunal de Justicia fue precisamente uno de los motivos principales por los que el legislador comunitario la sustituyó,*

modificándola en gran medida, por la Directiva 98/50, que tiene en cuenta la citada jurisprudencia, siendo luego codificada la Directiva 77/187 mediante la Directiva 2001/23, en aras de la claridad, sin realizar modificaciones de contenido.”

En análogos términos se cita en la STSJ 13 de abril de 2011 (ROJ: STSJ AND 2069/2011 - ECLI:ES:TSJAND:2011:2069)-

2.2. Elementos determinantes para la apreciación de la existencia de sucesión

✓ STJUE 10 de diciembre de 1998, Caso Hernández Vidal. C-127/96, C-229/96 y C-74/97

a. Identificación de la sentencia

La primera ocasión en la que el TJUE responde a las dudas suscitadas desde España, respecto del alcance de la protección a los trabajadores en caso de traspaso de empresas, surge con la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998⁴⁵⁵, que trae origen en Autos planteados por el TSJ de la Comunidad de Murcia, de fecha 22 de febrero de 1996 y del J. Social Uno de Pontevedra, que finalmente se acumularon a otra planteada por órgano judicial alemán C-127/96, C-229/96 y C-74/97).

b. Problema suscitado

Los hechos, en el caso Hernández Vidal y Gómez Montaña, cabe resumirlos de la siguiente forma:

A) El supuesto de hecho del caso Hernández Vidal:

- Dos trabajadoras de la empresa “Contratas y Limpiezas S.L.”, prestaban servicios limpiando las instalaciones de la empresa Hernández Vidal S.A., dedicada a la fabricación de caramelos, en virtud de contrato mercantil suscrito entre dichas empresas.
- Al cabo de tres años la empresa Hernández Vidal decide poner fin al contrato y llevar a cabo directamente la limpieza de sus instalaciones con trabajadores contratados por ella.

⁴⁵⁵ Asunto Francisco Hernández Vidal SA contra Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez y Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner contra Hoechst AG (C-229/96), y Mercedes Gómez Montaña contra Claro Sol SA y Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97). Identificación: ECLI:EU:C:1998:594. Ponente: J.-P. Puissochet.

- A las dos trabajadoras se les comunica que no continuarían con la actividad realizada, no asumiendo ninguna de las empresas su continuidad.
- Deciden plantear demanda por despido frente a las dos empresas.
- El Juzgado de lo Social dictó sentencia por la que se estimó la demanda, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la empresa Hernández Vidal S.A., y condenando a la misma a la readmisión o abono de indemnización, y en todo caso condenándole a salarios de tramitación.
- Absolvió a la empresa Contratas y Limpiezas S.L.

B) En el caso Gómez Montaña los hechos tienen elementos comunes con los anteriores:

- Trabajadores que prestan servicios en una empresa, Claro Sol S.A., y que lleva a cabo su actividad en RENFE, limpiando distintos locales de esta.
- En un momento determinado RENFE decide dar por extinguida la contrata y proceder a realizar la limpieza con su propio personal.
- Los trabajadores son despedidos y formulan demanda por tal motivo.

Así pues, el supuesto se asemeja al caso Hernández Vidal, tanto en lo que se refiere a la actividad de limpieza de la empresa en la que prestaba servicios la trabajadora, como el hecho de que se extingue el contrato que unía a esta con RENFE. La diferencia viene dada por el hecho de que las actoras habían prestado servicios para Renfe, pero en distintas empresas que las habían ido subrogando conforme cesaban en la contrata. Es al final de la contrata con Claro Sol S.A., cuando Renfe decide asumir directamente el servicio de limpieza. Por el contrario, en el caso Hernández Vidal las trabajadoras solamente habían prestado servicios con una única empresa.

En este caso es el Juzgado de lo Social el que plantea la cuestión, mientras que en el caso Hernández Vidal fue el TSJ de Murcia, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social, como se señaló, que condenó a la empresa Hernández Vidal y absolvió a la anterior empresa.

c. Marco normativo coetáneo

En la fecha que se dictó el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, el art. 44 del E.T., 22 de febrero de 1996, regulaba la sucesión de empresas con el siguiente tenor literal:

“Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo 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.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

...

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad...”.

La redacción del mentado art. 44 del E.T. habría sufrido modificaciones desde su redacción original que decía: *“Uno. El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos ínter vivos, el cedente, y en su defecto el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.*

Dos. El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.”.

El tema controvertido, como señalaba el Auto y después se referirá, se mantenía con los cambios habidos.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto de planteamiento no hace mención alguna al criterio jurisprudencial al que se vería compelido para formular la cuestión prejudicial.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Como se refirió con anterioridad, la primera vez que se interpeló al TJUE por un órgano español en relación con la problemática de la sucesión de empresas en el ámbito laboral fue por Auto del TSJ de Murcia de fecha 22 de febrero de 1996, en caso conocido con el nombre de la empresa Hernández Vidal y que giraba sobre la interpretación de la citada Directiva. Es de resaltar que el caso se acumuló a otros autos de planteamientos (Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, Auto de 28 de enero de 1997 y el Órgano judicial alemán (el *Arbeitsgericht Frankfurt am Main*), con el denominador común de la referencia de la Directiva 77/187/CEE.

El Auto de planteamiento de la Sala de lo social del TSJ de Murcia centra la duda de interpretación que suscita la delimitación del concepto de “*unidad productiva autónoma*” o “*unidad económica*” y si cabría considerar como tal el “*servicio*” de limpieza. Y para ello se remite a lo dispuesto en la Directiva 77/187 del Consejo y a sus arts. 1º y 2º.

- El 1º en cuanto que indica que la Directiva es de aplicación a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.
- El 2º en cuanto define las nociones de “*cedente*”, como cualquier persona física o jurídica, que a causa de un traspaso pierde la condición de empresario con respecto a la “*...empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad*”, y “*cesionario*” el que como consecuencia de un traspaso adquiere la “*...calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de centro de actividad*”.

Igualmente, la Sala informa al TJUE sobre la regulación española que vendría dada por el art. 44 del E.T., en la redacción dada por el RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, y que englobaba dentro del traspaso los cambios de titularidad de “*empresa*”, “*centro de trabajo*” o “*unidad productiva de la misma*”, de tal manera que el mismo no conllevaba la extinción de la relación laboral y sí la responsabilidad solidaria, durante tres años, de deudas nacidas con anterioridad a la transmisión.

A partir de la consideración de la Directiva y de la regulación española y con ocasión del recurso de suplicación formulado por la empresa condenada, la que asumió la continuidad de la actividad, Hernández Vidal S.A., la Sala refiere tener dudas sobre la interpretación de la normativa europea y en concreto plantea las siguientes interrogantes:

- si “*la actividad de limpieza*” de una empresa cuya función principal es la fabricación de chicles y caramelos, pero que tiene la necesidad permanente de dicha limpieza, se puede considerar que es “*...parte de un centro de actividad*”.
- si el concepto de “*cesión contractual*”, comprendería la resolución de un contrato mercantil por decisión de la empresa arrendataria de los servicios que continuaría realizando directamente el servicio de limpieza.
- si incidiría en algo que la continuación del servicio de limpieza lo hiciera con sus trabajadores o con otros de nueva contratación.

En el caso Gómez Montaña que plantea el Juzgado de lo Social 1 de Pontevedra, mediante Auto de 28 de enero de 1997, se pregunta si: *¿En un supuesto de extinción de la subcontrata (de limpieza) con asunción de la actividad por la empresa principal (actividad diferente), el despido de una trabajadora motivado por la extinción de la contrata, estaría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE?*.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴⁵⁶

Más de dos años después, en concreto el 24 de septiembre de 1998, se emitieron conclusiones del Abogado General, habiéndose ya acumulado las distintas cuestiones planteadas por el TSJ de Murcia y el Juzgado Social de Pontevedra, así como la del órgano judicial alemán.

⁴⁵⁶ Sr. G. Cosmas.

El Abogado General resaltó que era la primera vez que se sometía al TJUE la cuestión específica del caso Hernández Vidal, es decir supuesto de empresa “...*que ha encomendado a otra la limpieza de sus instalaciones, decide rescindir dicho contrato y encargarse ella misma de los trabajos de limpieza (reinternalisation).*”, resaltando que el objetivo de la Directiva 77/197 era la de “...*proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos*”.

El Abogado General señala que el hecho de que sea una actividad secundaria, la limpieza de los locales de la empresa principal no incide en que pueda existir o no traspaso de empresa. E igualmente resalta que tampoco es relevante que la cesión afecte solo a una parte de sus actividades, poniendo como ejemplo el también frecuente de la cesión de la actividad accesoria de una cantina instalada en la empresa. Lo importante, a efectos de considerar si existe traspaso y por ende serle de aplicación la Directiva, sería que exista un conjunto de trabajadores, organizado de forma estable, que persiga un determinado objetivo, aunque no exista transmisión de elementos materiales o inmateriales. En definitiva, ha de existir la trasmisión de “...*una entidad económica y que dicha entidad conserve su identidad con posterioridad a la transmisión...*”.

También señala que tendría escasa incidencia la forma contractual en que se produjera la trasmisión, y por lo tanto no lo tendría en el caso concreto de resolución de contrato de prestación de servicios. Posteriormente se centra en la cuestión principal, refiriendo que no existiría problema de considerar aplicable la Directiva si lo que se produjera fuera una transmisión de la empresa de limpieza en general, y que el problema surge cuando lo que se trasmite es “una parte de su actividad”, y más aún cuando es referida exclusivamente a uno de sus clientes. A tales efectos señala que en general para determinar si ha habido o no trasmisión se ha de tener en cuenta diversas circunstancias tales como:

- si existe transmisión de activos materiales e inmateriales,
- el valor de estos,
- la transmisión de clientela,
- el que el nuevo empresario se haga cargo, o no, de la mayoría de los trabajadores etc.

g. La sentencia del TJUE

El 10 de diciembre de 1998 se dictó Sentencia del TJUE, dando respuesta tanto a la cuestión planteada por el TSJ de Murcia, como la planteada por el Juzgado social 1 de Pontevedra y por el órgano alemán.

Comienza recordando que la Directiva 77/187 tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica organizada de forma estable, con independencia del cambio de propietario, resaltando que no necesariamente se requieren elementos significativos de activo material o inmaterial, ya que puede limitarse a un conjunto de trabajadores organizados destinados específicamente a la realización de forma duradera de una actividad en común.

Continúa analizando los aspectos esenciales de la Directiva 77/187/CEE, resaltando que se aplica a las transmisiones de empresa, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión, teniendo como objetivo garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes, por lo que el criterio decisivo es si la entidad que se transmite mantiene su identidad o lo que es lo mismo que continúe efectivamente su explotación.

A partir de ello señala que la Directiva se aplicaría a todos los supuestos de cambio, con independencia del modo de producirse la transmisión, por lo que resultaría aplicable a un supuesto como el planteado de resolución del contrato entre la empresa Hernández Vidal y la empresa Contratas y Limpiezas S.L. y la asunción por la primera de la ejecución de los trabajos que realizaba la segunda, en este caso la limpieza de los locales.

Y de la misma forma que hacia el Abogado General procede a analizar lo que considera es el tema esencial, cual sea el concepto de entidad económica organizada de forma estable, que concreta, remitiéndose a sentencia anterior, a “..conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”, sin que ello conlleve necesariamente que disponga de elementos significativos a nivel material o inmaterial, ya que sería suficiente que sea un conjunto organizado de trabajadores cuando no existen otros factores destacables de producción, cual sucede en el caso de la limpieza de local. Desentrañando la noción de entidad económica y transmisión, resalta que no es suficiente con el hecho de que sean

las mismas las tareas, en este caso limpieza, realizadas por la primera y segunda empresa. Hace falta algo más, resaltando que ello no precisa elementos materiales significativos y sí un grupo organizado de trabajadores, poniendo el énfasis en el hecho de que la empresa que continúa realizando la actividad asuma “...una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”. A partir de tales criterios interpretativos remite al órgano judicial nacional para determinar si en el caso concreto se ha producido una transmisión o no.

h. La sentencia del Tribunal Español

A) El Tribunal Superior de Justicia de Murcia dictó sentencia⁴⁵⁷ un mes y medio más tarde, en concreto en fecha 13 de enero de 1999, estimando el recurso de suplicación planteado por la empresa “Francisco Hernández Vidal”, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social y declarando la improcedencia del despido con condena únicamente a la empresa “Contratas y Limpiezas SL”.

Se ha de recordar, porque resulta relevante, que el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial es de fecha 22 de febrero de 1996.

Se resaltan las fechas porque la Sentencia del TSJ se hace eco de la STS de 27 de diciembre de 1997 en la que se analiza supuesto ciertamente análogo. Empresa RENFE que tenía externalizada mediante contrata el servicio de limpieza de ciertos locales de la misma, asumiendo el servicio con su propio personal. En la Sentencia se sentó la doctrina de que para que exista la sucesión de empresa, regulada en el art. 44 del ET, hacía falta la transmisión de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial que son básicas de la explotación. Por ello la simple sucesión de la actividad, en el caso limpieza de los locales, no conllevaría subrogación alguna. Y tal criterio lo considera coincidente con el de la STJUE de 10 de diciembre de 1998, quien habría señalado, refiere la STSJ, que “...La mera circunstancia de que los trabajos de mantenimiento efectuados sucesivamente por la empresa de limpieza y por la empresa propietaria de los locales sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad”.

En función de ello y dado que la empresa Hernández Vidal habría continuado la realización del servicio de limpieza con su propio personal, considera que no se habría

⁴⁵⁷ Recurso suplicación nº 747/1995.

producido transmisión de unidad productiva y por ende subrogación de trabajadores. Entendió, interpretando la STJUE, que la resolución del contrato mercantil de arrendamiento del servicio de limpieza no constituye transmisión de empresa, centro de actividad o parte de esta, por lo que no “...*existe cesión ni subrogación empresarial, permaneciendo las actoras en la plantilla y organigrama de su empresa principal de limpieza*”, siendo esta la condenada por despido improcedente, con absolución de la recurrente Hernández Vidal.

B) En el caso de la Sentencia del Juzgado Social número 1 de Pontevedra de 15 de enero de 1999⁴⁵⁸, estima la demanda condenando únicamente a la empresa “Claro Sol SA”. Entendió, interpretando la STJUE, que la resolución del contrato mercantil de arrendamiento del servicio de limpieza no constituye transmisión de empresa, centro de actividad o parte de esta, ya que “...*no se acreditó, sin embargo, que la empresa principal hubiese asumido ningún elemento material o inmaterial de la empresa de limpiezas precedente...*”, siendo la empresa contratista la responsable y al no existir sucesión empresarial, absuelve a la empresa principal.

i. Breve valoración

La valoración se realiza de forma conjunta con la siguiente STJUE de la misma fecha, 10 de septiembre de 1998.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 27 de octubre 2004. ROJ: TS:2004:6892-ECLI:ES:TS:2004:6892, que desestima recurso frente a STJS de Canarias.

Se desestima RCUD interpuesto frente a la sentencia del TSJ de Canarias, donde se discutía el alcance de la sucesión de empresas a la luz de la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad en actividades que descansan fundamentalmente en mano de obra y por tanto en el mantenimiento de la identidad económica de la actividad ejercitada en supuestos donde no se transmiten elementos patrimoniales básicos. Se adhiere a la doctrina del TJUE a favor de considerar como criterio principal, aunque discutible, para determinar la existencia de una sucesión

⁴⁵⁸ Autos nº 839/96.

empresarial la asunción voluntaria por el nuevo empresario de las relaciones laborales de “...un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de «entidad económica».”

- La última STS que la cita es de 29 de enero de 2019, ROJ: STS 528/2019, ECLI: ECLI:ES:TS:2019:528, que desestima el recurso interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional.

Se presenta recurso de Casación por parte de los Sindicatos en materia de conflicto colectivo frente a la sentencia de la Audiencia Nacional. Se solicitaba con carácter principal la nulidad del acuerdo (firmado por empresa y representantes de los trabajadores) de transferencia de los trabajadores de una mercantil a otra y subsidiariamente la nulidad de transmisión de delegados sindicales.

La nulidad se fundamentaba en que el acuerdo de transmisión vulnera el artículo art. 44 del Estatuto de los trabajadores y la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, sobre 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 para lo que en primer lugar analiza si se ha producido o no un traspaso de empresa en base a la anterior normativa.

Para ello remite a la doctrina del TJUE en la materia de traspaso para resolver si en el presente supuesto estamos dentro del paraguas de la directiva: “3. *Conviene recordar que, según doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión, la Directiva incluye todos los supuestos de cambio de la persona responsable de la explotación de la actividad (entre otras, STJUE de 15 junio 1988, Bork, C-101/87 (TJCE 1988, 167); 2 diciembre 1999 (TJCE 1992, 283), Allen y et alia, C-234/98; y 10 diciembre 1998, Hernández Vidal et alia, C-127/96 (TJCE 1998, 308) y acum.). Por consiguiente, también la descentralización productiva, a través de la subcontratación, puede determinar la existencia de una sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET y de la Directiva. Precisamente, entender que la subcontratación pudiera implicar la exclusión de tales normas supondría una disminución de las garantías de los trabajadores. De ahí que la existencia de la sucesión no impide afirmar que entre cedente y cesionaria se siga manteniendo el vínculo ordinario de cualquier contrata cuando aquel traspaso de la primera a la segunda se produce como consecuencia de la descentralización. Ello nos obliga a recordar que no puede servir de elemento*

determinante, para la apreciación de la existencia de sucesión, el que entre la cedente/principal y la cesionaria/prestataria del servicio se den circunstancias como las que se han descrito, consistentes en la necesaria coordinación de la actividad objeto de la contrata desde los responsables de esa área en el seno de Vodafone ONO, o en la imprescindible utilización por parte de Huawei de herramientas informáticas de la primera, con las que enlazar y conectar el resultado de esa actividad objeto de la descentralización.”

De igual forma desestima el otro motivo y consecuentemente se confirma en su totalidad la sentencia recurrida.

2.3. Reversión del servicio a la Administración y posterior nueva concesión con contratación del mismo personal

✓ STJUE 10 diciembre de 1998, Caso Sánchez Hidalgo.C-173/96 y C-247/96

a. Identificación de la sentencia

Se ha de resaltar, desde un principio, que se dicta la sentencia en la misma fecha que la analizada anteriormente y que también se acumularon distintos procesos, con mismas conclusiones del Abogado General. La Sentencia fue dictada por el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) el 10 de diciembre de 1998⁴⁵⁹.

b. Problema suscitado

Se señaló con anterioridad que en la tramitación del caso Hernández Vidal, se produjo una sucesión de cuestiones planteadas por órganos judiciales de distintos países. Una de ellas fue la del caso Sánchez Hidalgo que tiene su origen en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de fecha 25 de abril de 1996.

El supuesto de hecho cabe resumirlo en los siguientes términos:

- Servicio de ayuda a domicilio que había implantado el Ayuntamiento de Guadalajara, habiendo adjudicado la prestación de este a una Cooperativa (Minerva), que empleaba a la trabajadora Sra. Sánchez Hidalgo y cuatro personas más.
- En un momento determinado la concesión finaliza y se lleva a cabo un nuevo concurso y adjudicación a una nueva empresa (ASER).

⁴⁵⁹ Asunto Francisca Sánchez Hidalgo y otros y Asociación de Servicios Aser, Sociedad Cooperativa Minerva (asunto C-173/96), Horst Ziemann, Ziemann Sicherheit GmbH, Horst Bohn Sicherheitsdienst (asunto C-247/96). Identificación: ECLI:EU:C:1998:595. Ponente: J.-P. Puissochet.

- Esta nueva empresa procedió a realizar nueva contratación a la Sra. Sánchez Hidalgo y a sus 4 compañeras, pero sin reconocerles la antigüedad.
- La Sra. Hidalgo y sus 4 compañeras formularon demanda de reconocimiento de antigüedad, alegando que se habría producido una transmisión de empresa y por ende una subrogación de la nueva empresa en los derechos y obligaciones de la anterior.

Existían, por tanto, coincidencias con el supuesto de hecho del caso Hernández Vidal, pero existían algunas peculiaridades:

- En primer lugar, que se encontraba afectado un Ayuntamiento.
- En segundo lugar, que sucede una nueva empresa que mantiene a los mismos trabajadores, pero sin reconocimiento de antigüedad.

El Juzgado de lo Social de Guadalajara desestimó la demanda por considerar que no se habría producido transmisión de empresa y por ende subrogación de la nueva empresa, al no haberse producido transmisión de bienes materiales o inmateriales.

c. Marco normativo coetáneo y d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Se dan por reproducidos los de los casos Hernández Vidal y Gómez Montaña.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Formulado el correspondiente recurso de suplicación frente a la Sentencia de instancia, la Sala de Castilla la Mancha dictó Auto el 25 de abril de 1996 dirigido al TJUE por el que le interpelaba sobre la interpretación de la Directiva 77/187, adelantando su opinión de que, efectivamente, se habría producido traspaso en el supuesto de hecho, aun cuando no se hubiera producido transferencia de elementos materiales, ni en el convenio colectivo se regulara, ni el pliego de condiciones del Ayuntamiento hubiera establecido la obligación de subrogación.

El Auto justifica el planteamiento en base a la jurisprudencia del TS⁴⁶⁰ que establecía que la protección del art. 44 del E.T., solamente se daba cuando concurría alguna de las circunstancias que refería: a) transmisión de elementos materiales de una a

⁴⁶⁰ STS 23 de enero de 1995, RCU 2155/1994.

otra empresa contratista; b) que así lo estableciera el convenio colectivo, o c) cuando así lo exprese el pliego de condiciones de la concesión.

A partir de ello pregunta si dentro de la Directiva se debe incluir el supuesto “...de una empresa que cesa en la prestación, por cuenta de un Ayuntamiento que se lo había adjudicado, del servicio de ayuda a domicilio en favor de determinadas personas en situación de necesidad, realizándose una nueva adjudicación de tal servicio a otra empresa distinta, sin que exista transferencia de elementos materiales, y sin que, ni en el convenio colectivo ni en el pliego de condiciones, se indique nada respecto a la obligación de subrogación en la relación laboral con los trabajadores de la anterior empresa concesionaria por parte de la nueva empresa adjudicataria del servicio”.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴⁶¹

Las Conclusiones del Abogado General, se emitieron conjuntamente con las de los casos Hernández Vidal y Gómez Montaña, si bien haciendo matizaciones en función de cada caso concreto.

Así reitera, como en el caso Hernández Vidal, que se trata de una actividad en que el factor humano es lo más característico, señalando que lo fundamental es el criterio de la unidad de trabajadores en el sentido de un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, remitiendo al órgano judicial nacional a la hora de determinar si en el caso concreto cabe considerar que existe “...dicho conjunto organizado” y por ende si se ha producido una transmisión de una parte de un centro de actividad, analizando si el servicio de ayuda a domicilio se realiza de análoga forma, con un mismo horario, mismas personas asistidas etc. No obstante ello, adelanta que la circunstancia específica de que el conjunto de trabajadores sea empleado por la nueva empresa podría constituir un elemento característico, determinante para concluir que se ha producido una transmisión a efectos de la Directiva.

En cuanto a que se trate de una nueva adjudicación de concesión, señala que es un dato irrelevante a efectos de la Directiva que tiene por objeto proteger a los trabajadores, siempre que no exista un lapsus temporal especialmente prolongado. Tampoco tendría relevancia, a juicio del Abogado General, el hecho de que ni el convenio ni el nuevo pliego de la concesión prevean la subrogación, dado el carácter imperativo de la protección que da la Directiva.

⁴⁶¹ Sr. G. Cosma.

g. Sentencia del TJUE

El 10 de diciembre de 1998, mismo día que el de la Sentencia dictada en el caso Hernández Vidal, se dictó la STJUE, coincidiendo con lo referido por el Abogado General, resaltando:

- Que no era relevante que se trate de una actividad adjudicada por un organismo de Derecho público, lo que no podría excluir la aplicación de la Directiva 77/187, dado que la actividad de ayuda a domicilio no es propia del ejercicio del poder público.
- Tampoco tendría relevancia, a efectos de la Directiva, que el Ayuntamiento estableciera algunas directrices en el funcionamiento, ya que no se trataría de una mera puesta a disposición de personal y la empresa dispondría de un margen de libertad de organización.

La cuestión fundamental sería, como en el caso Hernández Vidal, si estamos ante una “*entidad económica organizada de forma estable*”, concepto que remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad, resaltando que, en algunos sectores, limpieza o vigilancia, los elementos de activo material o inmaterial se reducen a la mínima expresión y la actividad fundamental descansa en la mano de obra.

A partir de ello remite al órgano judicial nacional a la hora de determinar si en el caso concreto existe una transmisión de una entidad de tal índole, para lo cual habría de tener en cuenta aspectos concretos como el tipo de empresa o centro de actividad, la transmisión o no de elementos materiales, el hecho de que se haga cargo el nuevo empresario de los trabajadores y la clientela, la duración de una eventual suspensión de las actividades, etc.

A tenor de tales consideraciones concluye refiriendo que el art. 1, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, “...*se aplica a una situación en la que un organismo público, que había adjudicado a una primera empresa la gestión de su servicio de ayuda a domicilio en favor de determinadas personas en situación de necesidad o la contrata de vigilancia de algunos de sus locales, decide, al expirar la concesión o al finalizar el contrato que lo vinculaba a tal empresa, conceder la gestión de dicho servicio o adjudicar dicha contrata a una segunda empresa, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión*

entre ambas empresas de una entidad económica. El concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. La mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y por el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares, no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad”.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 30 de enero de 1999 se dictó finalmente la Sentencia⁴⁶² por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha que estimó el recurso de suplicación formulado y declaró la “...*existencia de subrogación empresarial de la codemandada ...respecto de las relaciones laborales que los demandantes tenían concertadas con la otra codemandada ...debiendo reconocerles la citada empleadora Sociedad Cooperativa Minerva la antigüedad de procedencia señalada en las demandas...*”, absolviendo a la demandada transmitente.

La Sentencia se atiene a la STJUE, y parte de que se habría producido la transmisión de una entidad económica, entendida como conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, refiriendo que la adjudicataria habría asumido lo básico de la actividad, que serían los trabajadores que venían prestando las funciones de asistencia a domicilio y los destinatarios de la prestación, siendo secundarias las demás circunstancias. Por todo lo anterior entiende que la nueva concesionaria habría asumido la entidad económica y los destinatarios de la prestación, y consecuentemente, aplica el artículo 44 ET que vino a trasponer al ordenamiento interno la Directiva 77/187.

i. Breve valoración

Se trata, como se indicó con anterioridad, de la primera sentencia, en la que el TJUE afronta el tema de la transmisión de empresas, centros de trabajo o unidades productivas con autonomía, siendo tema especialmente delicado por su clara incidencia tanto a nivel de derechos de los trabajadores como de intereses empresariales y que en la práctica da lugar a problemas complejos de asesoramientos por la necesidad de tener en cuenta la singularidad de cada caso concreto.

⁴⁶² Recurso suplicación nº 1043/95.

Aun siendo la primera sentencia con origen en interpelación española, el TJUE confirma el criterio anterior de la “*Sentencia Ayse Süzen, recordando que una actividad puede ser objeto de transmisión a efectos de la Directiva sin que existan elementos significativos del activo material o inmaterial, incluso en supuestos en que la actividad sea accesoria, pero requiere que se trate de «una transmisión de entidad económica», debiendo valorarse todas las características de la operación por los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar la existencia o no de dicha transmisión.*”⁴⁶³

Con esa Sentencia de deja en manos del nuevo concesionario o contratista si se aplica, o no, la Directiva en supuestos donde la actividad descansa fundamentalmente en mano de otro, puesto que dependerá de si asume una parte esencial en termino de número y competencia, del personal que venía anteriormente realizándola.⁴⁶⁴

El Tribunal apuesta por una noción “no patrimonialista” de empresa a efectos de transmisión en contraste con el criterio hasta ese momento del TS.⁴⁶⁵

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 22 mayo 2000. ROJ: STS 4146/2000/2000, ECLI:ES:TS:2000:4146, que estima recurso frente a TSJ de Cataluña y confirma la de instancia.

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la demanda y declaraba la improcedencia del despido condenando a la empresa con la que mantenía relación laboral y absolviendo a la mercantil principal. Se trata de un servicio

⁴⁶³ Hernández Martín, Ángel. “Las contrata de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencias Cristel Schmidt a la Sentencia Hernández Vidal.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 1999.

⁴⁶⁴ Perez de los Cobos Orihuel, Francisco. “Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contratos constituye sucesión de empresas”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 95-100.

⁴⁶⁵ Baylos Grau, Antonio y Castelli Yunzia. “Sucesión de plantillas en actividades desmaterializadas y controvertida finalidad tuitiva de la normativa europea en materia de sucesión de empresas, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 101-108.

de comedor que se prestaba a través de una contrata que es extinguida por decisión de la empresa cliente al tomar la decisión de suprimir el servicio.

En definitiva, se trata de analizar si estamos dentro de los supuestos del artículo 44 del ET y del convenio colectivo de aplicación. La sentencia se remite a su propia jurisprudencia en cuanto a que la transmisión de empresa regulada en el artículo 44 ET requiere la concurrencia de dos elementos o requisitos: elemento subjetivo, consistente en el cambio de titularidad de la empresa o de elementos significativos de la misma, como el centro de trabajo o la unidad productiva autónoma, del antiguo al nuevo empresario, señalando que «la subrogación consiste en sustituir al titular de la empresa por otro para continuar el mismo tráfico mercantil o industrial del cedente») y, por otro lado, un elemento objetivo de la transmisión, representado por la entrega o transmisión al cesionario de los elementos necesarios y suficientes, configuradores de la infraestructura y organización empresarial básica, que permiten la continuidad de la actividad empresarial con el nuevo titular (entre muchas, SSTS 11 abril 2000 [RJ 2000, 3946], 16 y 22 mayo 2000 [RJ 2000, 4619 y RJ 2000, 4624]).⁴⁶⁶

Concluye la sentencia afirmando que *“El mero cese al finalizar la contrata en el uso de las instalaciones y de los enseres de una cafetería no es por sí mismo un acto «inter vivos» constitutivo de la transmisión de una empresa (o de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma), sino un mero hecho jurídico, consecuencia necesaria de la terminación de la relación contractual entre comitente y contratista. No se ha producido en el presente caso transmisión alguna de activos patrimoniales, de la empleadora de la actora, la empresa de colectividades, a la empresa cliente –la hoy recurrente– por lo que la única vía de una subrogación obligatoria sería la que pudiera imponer un convenio colectivo en cuyo ámbito estuviera la empresa supuestamente obligada, lo que, como ya concluyó la sentencia de instancia, no es el caso de autos, en el que tal obligación aparece recogida en el convenio de hostelería y la empresa cliente lo es del metal, y por tanto regida por diferente convenio colectivo.”*

La anterior conclusión, según la propia Sentencia, es coincidente con las que se extraen de la Directiva Comunitaria 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresa, de centros de actividad o de partes de

⁴⁶⁶ Sempere Navarro Antonio V. y Cavas Martínez, Faustino. “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001.

centros de actividad: *“Establece esta Directiva en su artículo 1.1 que se aplicará a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión. Mandatos que han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el mismo sentido que venía haciéndolo esta Sala del Tribunal Supremo. Así la Sentencia Sützen de 17 marzo 1997, resolvió en tema de sucesión de contratistas de limpieza señalando que el artículo 1.1 de la Directiva no es aplicable en un cambio de contratista si la cesión no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de la contrata. La Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-173/1996 y 247/1996) resuelve que la Directiva sería aplicable siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica.”*

- La última STS que la cita es de 19 septiembre. De 2017 ROJ: STS 3669/2017, ECLI:ES:TS:2017:3669, que desestimó recurso formulado por el Ministerio de Defensa frente a STSJ Castilla y León, sede Burgos.

Supuesto en el que el Ministerio de Defensa asume el servicio de cocina y restauración que tenía externalizado. Lo realiza con su propio personal y con los equipos e instrumentos entregados a la contratista para realizar el servicio que son devueltos tras la finalización; no asume a los trabajadores, quienes plantean demanda por despido.

En instancia y suplicación se declara la improcedencia condenando al Ministerio de Defensa al sostener que *“el servicio contratado y, después, revertido no está fundamentado exclusivamente en la mano de obra, pues para su desarrollo son necesarios unos medios materiales "patrimoniales" (mobiliario, cocinas, frigoríficos y demás utensilios y enseres necesarios) que el Ministerio de Defensa puso a disposición de la empresa y que, de no existir, la contrata no se hubiera podido desarrollar. Elementos, que, por otra parte, son valorados como relevantes en términos de cuantificación económica. Por otra parte, se valora que ha revertido la actividad objeto del contrato administrativo de Servicio, se ha transmitido una unidad productiva y el Ministerio realiza la misma actividad con los mismos medios y para los mismos*

destinatarios, si bien con su propio personal, concluyendo que debió haber subrogado a la demandante”.

Se desestima recurso interpuesto fundamentándose la Sentencia en la doctrina del TJUE, que cita señalando que “...*Así se pone de relieve en la STJUE de 26 de Noviembre de 2014, C-509/2014 (TJCE 2015, 283) , Asunto Aira Pascual, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español. El problema se planteó a raíz de la decisión de la empresa pública ADIF de prestar directamente y con su propio personal la actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal. Hasta entonces, dicha actividad se venía realizando por una empresa privada en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos. Dicha empresa desarrollaba la actividad contratada en las instalaciones de ADIF y con las infraestructuras y equipamiento necesario propiedad también de ADIF. Al terminar el plazo previsto en el contrato, ADIF puso fin al mismo para explotar dicha actividad con su propio personal. La cuestión que se suscitó al TJUE fue si el concepto de transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 2001/23 comprende los supuestos en que una empresa titular de un servicio público asume la gestión directa de dicho servicio y en los que, por una parte, esa empresa decide recurrir a su propio personal para realizar esa gestión, sin hacerse cargo del personal del contratista al que había encomendado anteriormente la gestión y, por otra parte, los medios materiales utilizados, esenciales para la realización del servicio, han pertenecido siempre a dicha empresa, que imponía su uso al contratista. El TJUE consideró perfectamente aplicable la Directiva en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa 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.*

Para el TJUE no hay duda de la aplicación de la Directiva cuando en un supuesto de reversión de contrata la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para desarrollar la actividad, entendidos tales elementos en un sentido amplio, de manera

que incluya los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrollada. Además, 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 la Directiva.”

Sin embargo se emite un voto particular entendiendo que procedía la estimación del recurso puesto “...*que no nos encontramos ante una auténtica transmisión en los términos establecidos en la Directiva 2001/23 ni ante una sucesión empresarial del art. 44 ET , estimando que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste, acorde con la consolidada de esta Sala IV/TS, declarando la responsabilidad de la empresa saliente, y exonerando al Ministerio de Defensa recurrente, pues atendiendo a tales circunstancias, no se da el supuesto de obligación de asumir o incorporar a la trabajadora demandante en su plantilla.”* , remitiéndose a STS de 12 de Julio de 2016 (rcud. 349/2015) que cita, entre otras, en supuesto, que entiende, similar al presente: “(...)En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (véanse las sentencias Süzen, antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 309) , Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002 (TJCE 2002, 29) , Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP, antes citada, apartado 29). A este respecto ... poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas».

2.4. Reversión a la Administración del servicio sin asunción de la plantilla

✓ STJUE 20 enero 2011, Caso Clece y Ayuntamiento de Cobisa. C-463/09

a. Identificación de la sentencia

En fecha 20 de octubre de 2009 se volvió a plantear cuestión prejudicial en materia de transmisión de empresas que motivó la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de enero de 2011⁴⁶⁷.

b. Problema suscitado

Nuevamente la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha dictó Auto en fecha 20 de octubre de 2009, planteando cuestión prejudicial, en esta ocasión sobre transmisión, en supuesto análogo al del caso Hernández Vidal, al tratarse de servicio de limpieza realizado por empresa privada que es asumido por Ayuntamiento.

Así los hechos cabe resumirlos en los siguientes:

- Personal de limpieza de empresa Clece S.A., que había contratado el servicio de limpieza con un Ayuntamiento.
- Finalizada la contrata la empresa comunica a los trabajadores que pasarían al Ayuntamiento, en virtud de previsión convencional.
- El Ayuntamiento asume el servicio de limpieza con personal que contrata directamente, y no admite la subrogación.
- La empresa no recoloca a los trabajadores que formulan demanda frente al Ayuntamiento y frente a la empresa.
- La Sentencia del Juzgado de lo social declara falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento y declara la improcedencia del despido con condena a la empresa.
- Frente a la sentencia formula recurso la empresa.

Así pues, y en definitiva, el supuesto de hecho es análogo al de Hernández Vidal, con la matización de que se trata de un Ayuntamiento, siendo así que el servicio de limpieza lo realiza directamente el mismo con personal de nueva contratación.

⁴⁶⁷ Asunto CLECE, S.A., y María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de Cobisa, Identificación: ECLI:EU:C:2011:24. Ponente: J. Malenovský.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo venía dado por el art. 44 del E.T., que regula en nuestro Derecho interno la transmisión de empresas, si bien no permitía, por sí solo, dar contestación a la controversia planteada.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto justifica el planteamiento de la cuestión en la jurisprudencia del T.S.⁴⁶⁸. Efectivamente, un dato relevante, que no se daba en los supuestos anteriores, era que el convenio del sector de limpieza preveía el supuesto, imponiendo la subrogación empresarial en caso de cambio por finalización de contrata.

Sin embargo, la Sentencia del TS refería que el convenio del sector de limpieza no sería de aplicación al Ayuntamiento demandado, por no estar representado por las asociaciones empresariales negociadoras del mismo y tener convenio propio. En función de ello y no siendo de aplicación el convenio no cabría considerar que existiera transmisión a tenor de la doctrina derivada del caso Hernández Vidal.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto de 20 de octubre de 2009, considera que sería de aplicación la Directiva 2001/23 y el art. 44 del E.T., que habría llevado a cabo la transposición de aquella, a pesar de que el Ayuntamiento no había procedido a contratar a trabajadores de la empresa concesionaria.

El Auto se hace eco del articulado de la Directiva, art. 1.1.c, en el sentido de que la misma es aplicable “...a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro” y en relación a “...los traspasos de empresa, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión”.

A partir de ello trae a colación distintos pronunciamientos del propio TJCE que refieren la aplicabilidad de la Directiva a supuesto de reversión de un servicio de índole público, sin necesidad de que exista transmisión de elementos patrimoniales, siendo suficiente la transmisión de un conjunto organizado de trabajadores que se hallan destinados de forma duradera a una actividad común que puede constituir una unidad económica.

⁴⁶⁸ STS 10 de diciembre de 2008. RCU 2731/2007.

El Auto plantea la cuestión prejudicial en los siguientes términos: “*Si debe de considerarse incluido dentro, del ámbito de aplicación de la Directiva, contenido en el artículo 1,1,a) y b), un supuesto de reversión o asunción por parte de un Ayuntamiento, de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que antes venía siendo prestada por una empresa contratista, para lo que contrata nuevo personal*”.

f. Conclusiones de la Abogada General

En fecha 26 de octubre de 2010 se emiten conclusiones por la Abogada General⁴⁶⁹, en las que, desde el principio reitera los objetivos de la Directiva 2001/23 (y su antecesora 77/187/CEE) que no serían otros que:

“...*alcanzar el objetivo de mantener, en la medida de lo posible, la relación laboral con el adquirente en las mismas condiciones para evitar que los trabajadores afectados por la transmisión de la empresa resulten perjudicados por el mero hecho de la transmisión*”,

aparte de “...*garantizar el funcionamiento del mercado común*...”, no estableciéndose distintas cargas para las empresas de los distintos Estados miembros.

Posteriormente lleva a cabo un breve repaso de la jurisprudencia del TJUE en materia de transmisiones de empresa, resaltando que la Directiva 2001/23 está supeditada a la concurrencia de tres requisitos:

1. la transmisión debe ir acompañada de un cambio de empresario;
2. debe referirse a una empresa, centro de actividad o parte de una empresa o centro de actividad;
3. debe ser resultado de un contrato.

Tales requisitos los analiza y relaciona con el caso planteado por el Auto del TSJ de Castilla La Mancha.

Resalta la intrascendencia de que se tratara de una entidad pública, y también del hecho de que se produjera como consecuencia de la rescisión unilateral del contrato de limpieza, ya que la Directiva es aplicable a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica que asume las obligaciones de empresario frente a los trabajadores de esta.

⁴⁶⁹ V. Trstenjak.

Señala posteriormente la gran similitud del supuesto con el analizado en el caso Hernández Vidal, entendiendo que la cuestión esencial es si existe una entidad económica, y que para ello habría de tener en cuenta distintos elementos, repasando la jurisprudencia comunitaria que destaca, como más relevantes:

- la naturaleza de la empresa o centro de actividad afectado;
- la eventual transmisión de elementos materiales de la empresa;
- el valor de los inmateriales;
- la eventual cesión de parte de la plantilla;
- la cesión de la cartera de clientes;
- la duración de la interrupción de la actividad.

Tales criterios, señala, sólo son aspectos parciales de una valoración general que debe llevar a cabo el juzgador nacional.

Se centra posteriormente en aquellos supuestos en los que la entidad económica, por pertenecer a determinados sectores, no cuenta con activo material o inmaterial o es poco significativo, y la actividad, como en el caso Hernández Vidal y otros, descansa en la mano de obra, que suficientemente organizada y estructurada puede conformar dicha entidad económica.

Sin embargo, a la hora de considerar el criterio de asunción de una parte considerable de la plantilla las conclusiones afrontan una paradoja, que viene dada por el hecho de que se considere que la asunción o no de un cierto número de trabajadores puede ser el criterio determinante para entender si existe transmisión o no, lo que, en principio y a su juicio, sería una interpretación errónea de la jurisprudencia existente del TJUE, ya que su admisión sin reparos supondría tanto como dejar la aplicación, o no, de la Directiva en manos del nuevo empresario, que con la asunción, o no, del personal provocaría la consideración de la existencia, o no, de transmisión, lo que, señala, “...constituye un despropósito”.

A pesar de ello inmediatamente después señala que no cabe hacer una interpretación extensa del concepto de entidad económica, imponiendo la obligación de hacerse cargo de los trabajadores, ya que ello violaría el principio de libre competencia,

y en concreto la libertad del empresario de contratar a los que considere van a realizar el trabajo de forma más adecuada (a tales efectos pone el ejemplo de la restauración).

Es por ello por lo que señala, consciente de la relevancia que se había puesto por la jurisprudencia al criterio de la asunción o no de parte esencial de la plantilla, que se debería aclarar el alcance de dicho criterio, recordando que se había señalado no solo el número de trabajadores asumidos sino también su “*competencia*”, de tal manera que se habrá de analizar conjuntamente el número y la competencia para determinar la existencia de transmisión de una entidad económica. En definitiva, considera que tomar exclusivamente como base el número de trabajadores asumidos es “...*fruto de una visión superficial*”.

En el caso concreto resalta que el Ayuntamiento no se hizo cargo de ninguno de los trabajadores y por otro lado que al tratarse del sector de limpieza no se habría acreditado la existencia de competencias especiales de formación, capacidad o métodos de trabajo especial, por lo que no cabría considerar que se produjo un traspaso de entidad, aun cuando las funciones de limpieza continuaran realizándose.

En cuanto a las circunstancias de que el Ayuntamiento hubiera tenido que proceder a la contratación de nuevo personal para continuar con las funciones de la actividad de limpieza, refiere que ni la Directiva 2001/23 ni la jurisprudencia del TJUE dan relevancia jurídica alguna a ello. Y el hecho de que el convenio del sector imponga la obligación de asumir a los trabajadores es una mejora de la propia Directiva, incumbiendo al tribunal nacional determinar si es aplicable dicho convenio al caso concreto.

En definitiva, la Abogada General concluye que no sería aplicable la Directiva 2001/23 al caso analizado.

g. Sentencia del TJUE

El 20 de enero de 2011 se dictó la STJUE que comparte plenamente las consideraciones de la Abogada General, en el sentido de que no sería aplicable la Directiva al caso planteado de Ayuntamiento que extingue la contrata de limpieza de sus dependencias y decide llevar a cabo tales trabajos contratando nuevo personal directamente.

La Sentencia resalta igualmente el tema relativo a la trascendencia de la asunción de personal, señalando que no puede quedar en manos del propio empresario la aplicación, o no, de la Directiva mediante su decisión de asumir o no el personal, ya que ello le permitiría fácilmente eludir la aplicación de esta. Pero resalta que en aquellos casos en que la mano de obra es un elemento fundamental, no puede considerarse que exista transmisión de entidad económica si no se asume la mayor parte de su plantilla. De otro lado resalta, al igual que la Abogada General, que resulta indiferente si la asunción de personal es motivada por normativa convencional o no.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 8 de marzo de 2011 se dictó Sentencia por el TSJ de Castilla La Mancha⁴⁷⁰. La sentencia de instancia había declarado la improcedencia del despido y condenado exclusivamente a la empresa CLECE S.A. La Sentencia de la Sala repasa la del TJUE, refiriendo que la conclusión de esta sería “*discutible*”, haciéndose eco de las propias consideraciones de las Conclusiones del Abogado General y de la propia STJUE, de que finalmente se estaría dejando en la decisión de la empresa principal el asumir, o no, a una parte significativa de la plantilla y por tanto la propia aplicabilidad de la norma comunitaria y, por, ende la subrogación. Sin embargo y como no podía ser de otra forma, declara que habrá de estar a dicha decisión por resultar vinculante.

Ya al margen de la propia aplicabilidad de la Directiva 2001/23, analiza la aplicabilidad de convenio de limpieza, en el que se establecía la obligatoria subrogación en relación al personal que viniera prestando servicios en la empresa, siempre que la nueva adjudicataria procediera a nueva contratación de personal, pero no si cuenta con personal que es quien realizaría el servicio. Al respecto recuerda doctrina del TS⁴⁷¹ que declara que si la empresa que externaliza el servicio no se dedica a dicha actividad no le resulta de aplicación el convenio que la regula, ya que no puede aplicarse a quien no ha intervenido en su negociación, salvo cuando la empleadora pública no tiene convenio que regule las relaciones de su personal⁴⁷².

No obstante ello, resalta que hipotéticamente dicho convenio sería de aplicación al personal al que fuera de aplicación el mismo, siendo así que el Ayuntamiento no

⁴⁷⁰ Recurso suplicación nº 1427/2008. ROJ: STSJ CLM 796/2011 - ECLI:ES:TSJCLM:2011:796.

⁴⁷¹ STS 10 de diciembre de 2008. RCUUD 2731/2007.

⁴⁷² STS 7 de octubre de 2004. RCUUD 4466/2003.

procedió a incorporarlos sino que procedió a contratar a personal de una bolsa de trabajo, por lo que no le sería de aplicación el convenio que obliga a la subrogación.

En función de ello desestima el recurso y confirma la Sentencia de instancia que, como se refirió, declara la improcedencia del despido y condena exclusivamente a la empresa CLECE, absolviendo al Ayuntamiento demandado.

i. Breve valoración

El caso pone de manifiesto la dificultad de establecer criterios generales a la hora de determinar la existencia o no de subrogación, ya que se habrá de estar al caso concreto y determinar las cuestiones más relevantes del mismo. Lo esencial no es la continuidad de la actividad, sino la transmisión de la entidad económica (identificada con la plantilla) que resulta voluntaria, con carácter general, cuando hablamos de administraciones a las que no se les aplica el Convenio Colectivo que puede establecer la subrogación como obligatoria.

El TJUE da una respuesta diametralmente distinta a la dada en su sentencia de 29 de julio de 2010, caso Vecino Uribe, asunto C-151/09, aunque ambas “...se ajustan a la interpretación comunitaria, de tal forma que siendo la actividad traspasada intensiva de mano de obra, la transmisión de personal en un caso y la ausencia de la misma en el otro, llevan a estimar la sucesión en el primer supuesto y denegarla en el segundo. Por lo tanto, el argumento diferenciador en una y otra resolución se encuentra en la transmisión de personal, siendo este indicio fundamental en la valoración global.”⁴⁷³.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 11 de julio cd2011. RJ 2011\5667 ECLI: ECLI:ES:TS:2011:5449. ROJ 5449/2011 que estima recurso frente a STSJ de Castilla la Mancha.

Se interpone por el Ayuntamiento recurso de casación para la unificación de doctrina siendo la cuestión debatida la siguiente:

” Determinar quién debe soportar las consecuencias del despido improcedente sufrido por la actora. No se discute sobre la calificación del despido ni sobre su

⁴⁷³ Gil Plana, Juan. “La aplicación del principio de prioridad del convenio de empresa instaurado por la Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156, 2021, págs. 231-240.

realidad. El problema estriba exclusivamente en decidir quién debe cumplir las previsiones legales de dicha calificación:

- a) si ha de ser la que denominaremos "empresa principal", es decir, el Ayuntamiento de Yunquera de Henares (Guadalajara) que, pese a haber decidido hacerse cargo directamente, con sus propios medios técnicos y personales, del servicio de limpieza viaria del municipio, no ha mantenido la relación laboral con la demandante; o*
- b) si debe ser la empresa Urbaser SA que, hasta entonces, había tenido encomendado dicho servicio de limpieza, mediante la correspondiente contrata, y que, al perderla por reversión o rescate de la concesión municipal, tampoco mantuvo la relación con la actora.”*

Se estima el recurso al entender que no puede ser de aplicación el Convenio Sectorial y que la asunción de la actividad de limpieza viaria, sin transmisión de medios material ni sucesión de plantilla no acarrea sucesión de empresa.

Cita la STJUE en cuanto a la finalidad de la propia directiva, diferenciando los supuestos de sucesión empresarial por reversión o rescate de actividad sin transmisión de medios materiales o trabajadores, de aquellos en los que se produce sucesión de plantilla.

- La última STS que la cita es de 12 marzo de 2020. ROJ 1137/2020, ECLI: ECLI:ES:TS:2020:1137 que estima recurso formulado por los trabajadores frente al Ayuntamiento de Murcia.

Se estima RCUD presentado por los trabajadores frente a la sentencia del TSJ de Murcia y consecuentemente se declara la improcedencia del despido condenando al Ayuntamiento a las consecuencias legales inherentes.

La cuestión se centra en determinar si hay sucesión empresarial en supuesto de reversión de un servicio de comedor de escuelas infantiles desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que decide recuperar el servicio “...*para realizarlo con sus propios medios en las mismas instalaciones y con los mismos medios materiales que fueron utilizando, sucesivamente, las anteriores contratistas; instalaciones y medios materiales, propiedad del propio Ayuntamiento.*”

En la fundamentación se remite directamente a la STJUE de 20 de enero de 2011, Asunto CLECE (C-463/09) que aborda una decisión prejudicial para un supuesto de un Ayuntamiento español que decide extinguir la contrata de limpieza y asumirla con sus propios medios contratando nuevo personal.

Concluye finalmente que *“La aplicación de la expuesta doctrina debe conllevar la estimación del recurso. Como se ha visto, estamos en presencia de una actividad externalizada, primero, y recuperada, después, que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra, tal como pone de relieve la propia sentencia recurrida y que nadie discute en esta sede. Antes al contrario, para prestar el servicio encomendado hacen falta -son absolutamente imprescindibles- unas instalaciones que tengan un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales es imposible la realización del servicio encomendado. La buena doctrina está, por tanto, en la sentencia referencial”*.

✓ **STJUE de 7 agosto de 2018, Caso Luis Colino Sigüenza. C-472/16**

a. Identificación de la sentencia

Por la Sala de lo social del TSJ de Castilla León se volvió a plantear cuestión prejudicial en fecha 12 de mayo de 2016 en materia de transmisión de empresas, en la que de nuevo está implicado un Ayuntamiento, que motivó la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de agosto de 2018⁴⁷⁴.

b. Problema suscitado

Por el TSJ de Castilla y León se planteaban dudas prejudiciales que ciertamente eran peculiares y que finalmente dieron lugar a que se dictara Sentencia por dicho TSJ en fecha 19 de noviembre de 2018, por la que se estimó parcialmente el recurso, reconociendo “algo” que inicialmente no se había pedido en la demanda.

El supuesto de hecho que analizó el Auto del TSJ de Castilla León gira igualmente sobre la existencia o no de transmisión de empresa y aparece implicada en los hechos una Administración Pública. Así el resumen de hechos cabe concretarlos en los siguientes:

- Ayuntamiento de Valladolid que en su día creó una escuela de música contratando a trabajadores-profesores, entre ellos el actor.
- Con posterioridad adjudica la gestión, en sucesivos concursos, a una asociación determinada, a la que facilita los instrumentos y los locales.

⁴⁷⁴ Asunto Jorge Luis Colino Sigüenza y Ayuntamiento de Valladolid, IN-PULSO MUSICAL, Sociedad Cooperativa, Miguel del Real Llorente, administrador concursal de Músicos y Escuela, S.L., Músicos y Escuela, S.L., Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Identificación: ECLI:EU:C:2018:646. Ponente: A. Borg Barthet.

- La nueva empresa gestora, una asociación, procede a realizar contrataciones de personal, entre ellos el actor.
- Como consecuencia de la crisis económica el Ayuntamiento tiene dificultades que dan lugar a retrasos en los pagos a la asociación que finalmente decide resolver el contrato con el Ayuntamiento y llevar a cabo un despido colectivo de los trabajadores cuando faltaban dos meses para la finalización del curso. (27 de marzo).
- Dicho despido colectivo es cuestionado por los trabajadores y finalmente se dicta Sentencia por el mismo TSJ que confirma la Sentencia de instancia que declaró procedente el despido colectivo, lo que fue ratificado en casación por STS de 17 de noviembre de 2014.
- En septiembre del mismo año el Ayuntamiento procede a formalizar nueva contrata con otra empresa de música para gestionar idéntico servicio, facilitándole los mismos instrumentos y locales.
- Dicha empresa no procede a la contratación de ninguno de los profesores despedidos.

Paralelamente y como consecuencia de la comunicación de los despidos individuales, los trabajadores formulan demanda impugnando el mismo, iniciándose proceso que se suspende hasta que se resolviera definitivamente el proceso del despido colectivo. Una vez continúa el proceso de despido se introduce, como hecho nuevo, que dado el tiempo transcurrido el Ayuntamiento había procedió en septiembre a licitar de nuevo la gestión de la escuela, siendo adjudicataria una nueva empresa que no contrató a los trabajadores ya despedidos, frente a la que se amplía la demanda.

Así pues y, en definitiva, contrata del Ayuntamiento sobre escuela de música; resolución de esta y despido colectivo que se declara procedente; posterior contratación con nueva asociación que no contrata a los despedidos, lo que motiva la ampliación de la demanda a nivel individual.

c. Marco normativo coetáneo

La normativa española que considerar venía dada por la regulación vigente del Estatuto de los Trabajadores y de la ley reguladora de la jurisdicción social.

Así en cuanto al Estatuto, en la redacción dada por la Ley 12/2001, el art. 44 regula la transmisión de empresa, centro de trabajo o de unidad productiva, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social. Por su parte el art. 51 del mismo E.T., regula el denominado Despido colectivo, caracterizado por la causa que lo motivó, económica, técnica, organizativa o de producción, y por el número de trabajadores afectados.

Por lo que respecta a la ley de jurisdicción social refiere el art. 124 que posibilita demanda de los representantes legales de los trabajadores frente a la decisión empresarial y ello a través de proceso específico, por las causas previstas (inexistencia de causa, falta de periodo de consultas o incorrecta tramitación del mismo, acuerdo adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, o vulnerando derechos fundamentales), y los efectos de cosa juzgada de la sentencia sobre los procesos individuales pendientes de resolución y en relación al mismo objeto, lo que no obvia las demandas individuales en relación a preferencias.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto no hace referencia a criterio judicial nacional alguno.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Con tales hechos y al margen de problemas procesales colaterales (existencia o no de cosa juzgada por la sentencia de despido colectivo), el TSJ se plantea la duda de si se habría producido una transmisión de empresa, al continuar el “servicio” de la escuela de música, en los mismos locales y con los mismos instrumentos y si tal transmisión entraría dentro del ámbito de protección de la Directiva 2001/23/CE que habría actualizado la Directiva 77/187/CEE del Consejo, adelantando su criterio afirmativo en relación a la existencia de traspaso, dada la misma actividad, instrumentos, locales, alumnos, a salvo de la trascendencia que pudiera tener la propia interrupción temporal, ya que el despido se habría producido a principios de abril, y la actividad continuó al iniciarse el curso escolar en septiembre, preguntándose precisamente la relevancia de ello y el hecho mismo de que el despido colectivo llevado a cabo por la empresa tuvo como justificación, reconocida judicialmente, que el Ayuntamiento no abonaba económicamente lo acordado en la contrata formalizada.

Plantea igualmente la duda sobre la compatibilidad con el art. 47 de la carta de los DDFF de la Unión Europea una interpretación de la legislación nacional que impide

a los órganos jurisdiccionales, por el hecho de existir una sentencia firme declarando la licitud del despido colectivo, resolver sobre el fondo de las alegaciones realizadas por el trabajador que no es ni puede ser parte en ese procedimiento.⁴⁷⁵

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴⁷⁶

En fecha 6 de diciembre de 2017 se emitieron las Conclusiones del Abogado General, refiriendo que “...se plantea nuevamente la cuestión de en qué circunstancias la pérdida de un contrato de servicios frente a un competidor ha de considerarse una transmisión de una entidad económica en el sentido de la Directiva 2001/23/CE....que imponga al nuevo contratista hacerse cargo del personal del anterior contratista”, resaltando las peculiaridades del caso:

- que la concesión, que vencía el 31 de agosto del mismo año, expiró el 1 de abril, por tanto, antes de que el nuevo concesionario asumiera la actividad el 1 de septiembre, existiendo un intervalo de cinco meses,
- y el hecho de que ninguno de los trabajadores de la primera empresa fuera contratado por la segunda.

En el relato fáctico que realiza el Abogado General se resalta que existió un procedimiento contencioso administrativo entre la primera empresa y el Ayuntamiento, reclamando la misma al Ayuntamiento la devolución de la fianza y también daños y perjuicios, estimándose parcialmente en el sentido de la fianza y negativamente en cuanto a la indemnización, por no haber esperado a la terminación del procedimiento judicial y haber abandonado unilateralmente la prestación del servicio.

El Abogado General concluye considerando que no habría existido una transmisión de empresa de la primera asociación a la segunda que habría contratado a su propio personal. Resalta que la primera asociación llevó a cabo un despido colectivo por causas económicas ante el impago por parte del Ayuntamiento. Por último, y resulta relevante, señala que el hecho de que hubiera sentencia firme sobre el despido colectivo

⁴⁷⁵ Garate Castro, Javier. “Sobre las condiciones bajo las cuales la reversión o el cambio de adjudicatario de un contrato de servicios constituyen una transmisión de empresa que no afecta a la licitud del despido colectivo total decidido por el adjudicatario saliente”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 159-170.

⁴⁷⁶ Sr. E. Tanchev.

no afectaba a la demanda individual posterior planteada por los trabajadores, ya que el objeto del primer proceso era distinto al del segundo, el primero la existencia de causa económica, y el segundo existencia o no de transmisión.

g. Sentencia del TJUE

La STJUE se dictó en fecha 7 de agosto de 2018, declarando, con carácter preliminar, que la Directiva 2001/23 abarca a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa y que por ello asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa traspasada, sin que sea trascendente el hecho de que se produzca variación en la propiedad de los elementos materiales.

Reiteró el objetivo de la Directiva, garantizar la continuidad de las relaciones laborales en el marco de una entidad económica, señalando que lo determinante es si se mantiene la identidad de la entidad o, lo que es lo mismo, si continúa, efectivamente, su explotación o que se reanude tras un breve lapsus.

Como se ve son criterios que ya había dicho en anteriores sentencias y que reitera en cuanto a que se ha de estar:

- al tipo de empresa o de centro de actividad,
- si se transmiten o no elementos materiales y el valor de los inmateriales,
- el que el nuevo empresario se haga cargo, o no, de la mayoría de los trabajadores,
- la transmisión o no de la clientela,
- la analogía de las actividades ejercidas antes y después,
- la duración de una eventual suspensión de actividades, etc.
- y que todo ello tiene mayor o menor relevancia en función de la actividad ejercida.

Tales criterios, reitera, se han de considerar en los supuestos concretos, dada la variedad de situaciones y no ser determinante, por sí solo, ninguno de los aspectos. Así recuerda que:

- En un sector que se basa esencialmente en la mano de obra, no se produce transmisión si no hay asunción de parte importante de la misma.

- Sin embargo, en sectores en donde el equipamiento es esencial y es el que se transmite, el que no se haga cargo de la plantilla no significa que no se produzca transmisión de la entidad que mantenga su identidad y que por ende no le sea de aplicación la Directiva.

Con tales antecedentes analiza el supuesto de hecho planteado por el Auto del TSJ de Castilla León, resaltando que los instrumentos de música, las instalaciones, los locales y la clientela son elementos esenciales para el ejercicio de la actividad, y que se pusieron a disposición de la nueva empresa por el Ayuntamiento, por lo que no resultaría relevante que la nueva empresa no hubiera asumido a los trabajadores de la anterior.

En cuanto al elemento temporal, lapsus de tiempo entre el despido, abril, y la continuación de la actividad, septiembre, no lo considera relevante, citando precedentes judiciales, resaltando que habría de tenerse en cuenta que de los cinco meses estarían incluidos los del verano escolar.

Tales circunstancias son las que habría de considerar, señala el TJUE, el órgano judicial remitente, a la hora de determinar si se había producido una transmisión de empresa, indicándole que el supuesto de hecho referido en el Auto podría estar incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva.

La segunda cuestión que responde el TJUE es si el despido de los trabajadores habría de considerarse como un despido por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo, o por el contrario habría de entenderse que estos cambios se habrían producido como consecuencia de la transmisión de la empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o centro de actividad. A dicha interrogante, despido por causas objetivas o despido por transmisión, responde recordando el objetivo de la Directiva, que es lograr la continuidad de los contratos para impedir que los trabajadores tuvieran situación menos favorable como consecuencia de la transmisión.

Y de ahí concluye que la Directiva se aplica a los contratos vigentes en la fecha de la transmisión, vigencia que se habría de apreciar con arreglo a la normativa nacional y a salvo de que se hubiera adoptado la medida de forma deliberada con anterioridad a la transmisión y precisamente para privar a los trabajadores de los derechos que le reconoce la Directiva.

En el caso concreto, adelanta el TJUE que de los hechos parece deducirse que el despido se llevó a cabo por circunstancias económicas, los impagos del Ayuntamiento a la empresa, y que fue ese el motivo económico del despido, por lo que las relaciones laborales no estarían vigentes en la fecha de la reanudación de la actividad que es cuando se habría de analizar si se había producido una transmisión de la entidad económica.

Por último y en relación con el efecto de cosa juzgada que podría tener la Sentencia dictada por el propio TSJ de Castilla León, y ratificada por STS, que declaró procedente el despido colectivo de los trabajadores, el TJUE refiere que no se habrían aportado elementos suficientes para pronunciarse sobre ello.

h. La sentencia del Tribunal Español

Con tal pronunciamiento llegamos a la Sentencia del TSJ de Castilla y León⁴⁷⁷ de fecha 19 de noviembre de 2018 que finalmente estima parcialmente el recurso de suplicación. Recordemos que la sentencia de instancia había sido desestimatoria de la pretensión de declaración de improcedencia del despido y estimatoria respecto a la cantidad con condena exclusivamente de la primera empresa, MUSICOS ESCUELA S.L.

La Sentencia tiene un fallo peculiar, ya que si bien declara la procedencia del despido, procede a extender solidariamente la responsabilidad del pago de la liquidación final del contrato (2.420,41€).

En el relato fáctico de la sentencia se hace referencia a que a la fecha del despido se le adeudaría a la actora la cantidad de 2.320,41€ (hay variación de 100€), y de otro lado en el encabezamiento de la demanda se indica que la acción era de despido, pero en el hecho vigésimo quinto hace referencia a despido y cantidad, lo que elimina que pudiera considerarse que existiera en el fallo una incongruencia extra petitum. Por último, considera que, habiéndose producido una sucesión o transmisión de empresas, existiría la responsabilidad solidaria en relación con las deudas salariales a favor del actor, condenando solidariamente al Ayuntamiento y no haciéndolo a la nueva concesionaria por no haberse alegado correctamente su procedencia, “*no planteándose en este recurso la solidaridad por las deudas salariales derivadas de la aplicación del art. 44 del E.T. y de la Directiva 2001/23/CE, nos hemos de quedar con la derivada de la aplicación del art. 42*”.

⁴⁷⁷ Recurso suplicación nº 231/2016.

La Sentencia de suplicación parte, como no podía ser de otra forma, de las consideraciones realizadas por la STJUE para llegar a la conclusión de que, efectivamente, se había producido una transmisión de empresas de la primera empresa al Ayuntamiento y de este finalmente a la nueva adjudicataria. Y ello por los mismos motivos referidos por la STJUE, a saber: importancia de los elementos materiales, instrumentos y locales, importancia de la clientela, alumnos, no trascendencia del lapso temporal habido entre el despido y la continuidad, e irrelevancia del hecho de no haber sido contratados por la nueva concesionaria.

Sin embargo, obviando la existencia o no de transmisión, lo que había sido el objeto de la propia cuestión prejudicial planteada, analiza la procedencia o no del despido, que considera procedente en base a distintas razones:

- fundamentalmente el hecho de existir causas económicas dadas, por un lado, por los impagos realizados por el Ayuntamiento y
- de otro lado, por el posterior descenso del número de matriculaciones de alumnos, sin que se aprecie que tales causas hubieran sido buscadas a propósito para evitar la aplicación de la protección derivada de la Directiva 2001/23.

i. Breve valoración

Se trata de Sentencia que aporta un nuevo aspecto en el difícil y complicado campo de las transmisiones de empresa, centros de trabajo o unidades productivas. Dicho aspecto es el relativo a las secuencias temporales, de tal manera que un lapso entre el cese del trabajo y la posterior transmisión (en este caso más de tres meses), no impide que pueda considerarse existe transmisión de empresa. En este caso finalmente se considera existe causa económica para el despido, pero ello no impide estimar que al darse posterior transmisión se es responsable de las deudas salariales anteriores a la misma, condenándose a la primera empresa y al Ayuntamiento y no haciéndolo a la teóricamente sucesora, ya que no se había demandado correctamente a la misma. Se vuelve a declarar por el TJUE la existencia de sucesión patrimonial sin asunción de personal.

Se trata de Sentencia, la del TSJ de Castilla León, ciertamente peculiar ya que, de un lado, se reconoce la procedencia del despido colectivo y, de otro lado, no se produce reversión alguna al Ayuntamiento y sí, al cabo de tres meses, a nueva empresa,

frente a la que se amplió la demanda y que finalmente es absuelta de toda responsabilidad. Por último, es de destacar que a pesar de la declaración de procedencia del despido se condena al Ayuntamiento al abono de la indemnización de forma solidaria en base al art. 42 ET, lo que había hecho innecesario el planteamiento de la propia cuestión prejudicial.

En definitiva y en palabras del propio TJUE no puede valorarse ni apreciarse individualmente los elementos existentes sino que *“para determinar si concurre este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en 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”*⁴⁷⁸.

En cuanto a la posibilidad de que la norma interna (124.13.b.2 LRJS) pueda ser incompatible con la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 de la Carta, comparto lo referido por Javier Garate Castro⁴⁷⁹, de que sería aconsejable el planteamiento de una cuestión prejudicial para despejar sus dudas y de una cuestión de inconstitucionalidad que permitiera conocer si es respetuoso con el art. 24 CE que consagra, como es sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ es de Castilla y León, Valladolid de 11 octubre de 2018. Roj: STSJ CL 3641/2018. ECLI:ES:TSJCL:2018:3641, que estima recurso del trabajador.

⁴⁷⁸ Cruz Villalón, Jesús y Sepúlveda Gómez, María. “El empresario”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, Parte Crónicas*, núm. 219, 2019, págs. 57-84.

⁴⁷⁹ Garate Castro, Javier. “Sobre las condiciones bajo las cuales la reversión o el cambio de adjudicatario de un contrato de servicios constituyen una transmisión de empresa que no afecta a la licitud del despido colectivo total decidido por el adjudicatario saliente”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 159-170.

Trabajador que impugna el despido individual, acordado en el marco de un ERE que finalizó con acuerdo. Entiende que existe una sucesión de empresa y consecuentemente demanda a ambas. El núcleo de la controversia es precisamente ese, si existe o no sucesión de empresas. El Juzgado de lo Social desestima la demanda al considerar que no estamos ante una sucesión de empresa por sucesión de plantilla “...ya que la nueva titular del servicio ICISA asumió un servicio una vez extinguidos los contratos de trabajo de la empresa CTC mediante un ERE con acuerdo, no habiéndose acreditado la presencia de fraude; y no habiendo quedado acreditada la transmisión de unidad productiva alguna, o la presencia de un fenómeno de sucesión de plantilla, pues tan sólo ha contratado a 5 de los 9 trabajadores que prestaban sus servicios para CTC con nuevos contratos y nuevas antigüedades”.

Sin embargo, el TSJ estima el recurso del trabajador. Argumenta que no influye que la empresa saliente extinguiera válidamente la totalidad de los contratos por concurrencia de causa objetiva puesto que es la actuación de la empresa que reanuda la actividad, asumiendo voluntariamente la mayor parte de los trabajadores, la que actúa de forma contraria a la normativa, haciéndose eco de los fundamentos contenidos en STS, entre ellas, la de 18 de febrero de 2014, dictada en Pleno en (rcud. 108/2013) y de 28 de abril de 2009 (rcud. 4614/2007) y de la reciente Sentencia de 7 de agosto de 2018 del TJUE en Asunto C-472/16 que “viene a recordar la doctrina del alto Tribunal al efecto indicando que el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 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 (sentencia de 26 de Noviembre de 2015, Aira Pascual y Algeposa Terminales Ferroviarios, C509/14, EU:C:2015:781, apartado 28 y jurisprudencia citada”.

- Posterior es la STSJ de Castilla La Mancha, de 1 junio de 2020, ROJ: STSJ CLM 1112/2020 - ECLI:ES:TSJCLM:2020:1112 que desestima recurso de los trabajadores.

Se trata de vigilantes de seguridad que interponen recurso de suplicación frente a la sentencia que desestima sus demandas de despido, y en cuanto al objeto de este comentario, al descartar que exista obligación de subrogación respecto de la contrata

entrante “...por no poderse inferir dicha obligación ni del pliego de condiciones de la contrata, ni de la normativa convencional aplicable, ni del art. 44 del E.T”.

EL TSJ desestima igualmente el recurso y se remite a lo declarado por el TS en sentencias de 28 de febrero de 2013⁴⁸⁰ y 5 de marzo de 2013⁴⁸¹, al considerar que la teoría de la sucesión de plantillas consiste en aplicar las consecuencias jurídicas de la sucesión de empresa, en función de que se den las circunstancias siguientes:

“1. Una empresa contratista de servicios -empresa entrante- sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades -empresa saliente- por cuenta de un tercero -empresa principal.

2. Se produce la sucesión de contratas cuando la empresa principal decide dar por terminada su relación contractual con la empresa saliente, encargando a la empresa entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; y sin importar el lapso temporal de cese de actividad que puede haber entre un adjudicatario y otro (TJUE 7-8-18, C-472/16).

3. La empresa entrante incorpora al desempeño de los servicios objeto de la contrata de forma voluntaria a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la saliente

4. El activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la mano de obra organizada u organización de trabajo.”

Consecuentemente, dado que no se acredita que la empresa entrante asumiera a alguno de los trabajadores y exista causa legal para extinguir los contratos temporales, se desestima el recurso.

2.5. Reversión a la Administración del servicio con infraestructura de esta

✓ STJUE 29 julio de 2010, Caso UGT y Ayuntamiento de La Línea. C-151/09

a. Identificación de la sentencia

En el año 2010 el TJUE se pronunció de nuevo sobre la Directiva comunitaria a través de Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio⁴⁸² que

⁴⁸⁰ RCU 542/2012.

⁴⁸¹ RCU 3974/2011.

⁴⁸² Caso Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, María del Rosario Vecino Uribe, Ministerio Fiscal. Identificación: ECLI:EU:C:2010:452. Ponente: J. Malenovský.

respondía a Auto planteado por el Juzgado de lo social Único de Algeciras en fecha 18 de septiembre de 2010.

b. Problema suscitado

El supuesto tiene características propias respecto a los anteriormente planteados. Así, se produce una reversión del servicio, pero resalta la infraestructura utilizada, de gran envergadura y que era titularidad del propio organismo público.

Cabe resumir el supuesto fáctico en los siguientes términos:

- Ayuntamiento que presta servicios municipales (limpieza de locales, consejería, limpieza viaria y mantenimiento de parques y jardines), a través de cuatro empresas privadas.
- En un momento determinado el Ayuntamiento acordó el rescate de las concesiones, subrogándose en los derechos y obligaciones de las empresas frente a los trabajadores de sus plantillas, quienes se integraron en el Ayuntamiento, continuando desarrollando las mismas funciones que antes del rescate, en los mismos centros y bajo las órdenes de los mismos encargados inmediatos, sin cambios sustanciales en las condiciones de trabajo.
- La única diferencia es que los superiores últimos de los trabajadores son los concejales y el propio alcalde. En cada una de las empresas concesionarias existían representantes unitarios de los trabajadores.

A partir de tales hechos la controversia surgió cuando los representantes de los trabajadores en las cuatro empresas, una vez ya en el Ayuntamiento, solicitan el disfrute del crédito horario, lo que le es negado por el Ayuntamiento por entender que han cesado sus funciones representativas al pertenecer a la plantilla municipal.

Tal actuación del Ayuntamiento motivó que se formulara por UGT demanda ante el Juzgado de lo Social, en acción sobre tutela de libertad sindical, al considerar que el no reconocimiento de las horas sindicales suponía vulneración de tal derecho al perturbar la actividad sindical de los representantes y por ende del sindicato al que algunos estarían afiliados, solicitando condena por la que se declarara nulo el cese en la representación acordada por la empresa, se reconociera el derecho al crédito horario y se condenara al Ayuntamiento a abonar al sindicato la indemnización de 3.000€. En el acto

de juicio celebrado el Ministerio Fiscal interesó la estimación de la demanda, salvo la indemnización solicitada, si bien solicitó el reconocimiento a los representantes de todas las horas que no habrían disfrutado desde la subrogación, incrementadas en un 50%.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo venía dado por el mismo artículo 44 del E.T., si bien lo delimita en el apartado quinto que dispone, como es sabido, que *“Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.”*.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto, como sucede en muchas de las cuestiones prejudiciales planteadas sobre el tema de traspaso, no hace referencia a criterios jurisprudenciales coetáneos que le plantearan dudas de interpretación. Directamente dicha dudas le surgirían del propio tenor normativo interno en su relación con la Directiva comunitaria.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Tras la celebración del juicio el Juzgado Social único de Algeciras dictó el Auto de planteamiento de cuestión prejudicial en fecha 26 de marzo de 2009, a tenor de la previsión contenida en el art. 6.1 de la Directiva 2001/23/CE que prevé la continuidad de la condición de representantes en los supuestos de traspaso de empresas, si se reúnen las condiciones necesarias para la formación de representación, lo que tendría transposición en el art. 44.5 del E.T.

El Auto refiere las dudas que le surgen de la redacción del art. 6.1. de la Directiva y art. 44.5 del E.T., que indica que la no extinción del mandato representativo se daría cuando las empresa, centro o parte, conserven su “autonomía”, señalando la conveniencia de interpretarse, a la luz de la normativa comunitaria, el alcance de dicho término, partiendo del no cuestionamiento de que se habría producido una transmisión y subrogación de trabajadores.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴⁸³

En fecha 6 de mayo de 2010 se emitieron las conclusiones de la Abogada General, quien recuerda que el TJUE se habría pronunciado en diversas ocasiones sobre la interpretación de 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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, si bien no lo habría hecho sobre este concreto supuesto en donde lo relevante sería el significado de la expresión “*conserve su autonomía*” que se indica por la Directiva.

La Abogada General muestra su disconformidad con las alegaciones formuladas por las partes comparecientes, entre ellas el Gobierno Español, en el sentido de que el significado de “*...con autonomía*”, debía equipararse con el término “*identidad*” del artículo 1, apartado 1, letra b) de la Directiva 2001/13, término que a su vez es el que determina si se produce, o no, la transmisión de la empresa, centro de actividad o parte de empresa, en cuyo caso el tema se habría de centrar exclusivamente en si se ha producido o no la correspondiente transmisión y subrogación de derechos y obligaciones.

Después de analizar profusamente la jurisprudencia del TJUE en materia de transmisión de empresas y determinar los distintos aspectos que habrían de analizar para llegar a la conclusión de la existencia o no de transmisión, y también del hecho de que en determinados sectores cobra especial relevancia la mano de obra, considera que son términos que representan distintos conceptos, ya que caso contrario, resalta, no se hubieran distinguido.

Así insiste en que la noción de “*identidad*” se refiere a si existe una entidad que ha sido objeto de transmisión, mientras que el concepto de “*autonomía*” hace referencia a cuál sea la organización y funcionamiento tras realizarse la transmisión. Resalta que a tenor de la Directiva se ha de intentar que tras la transmisión se consigan los objetivos de esta, que no son otros que se respeten las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos y entre ellos las de sus representantes. Sin embargo, considera que puede suceder, en función de la libertad de empresa que, una vez llevada a cabo la transmisión, se decida proceder a realizar cambios organizativos tales que no resulte lógico mantener

⁴⁸³ Sra E. Sharpston.

la representación. Así el que se produjeran modificaciones en la distribución de los trabajadores, o sistema de trabajo etc.

Y sería en este sentido en el que habría de interpretarse, según la Abogada General, el término “autonomía”, en definitiva, si la entidad transmitida mantiene la estructura organizativa específica que tenían antes de la misma o si se lleva a cabo una nueva estructura organizativa diferente, de forma tal que los trabajadores afectados se diluirían con los de la empresa absorbente que ya tenía sus representantes y por ende no sería necesario el mantenimiento de la actividad representativa por los anteriores.

En función de ello y en relación al supuesto de hecho considera que se habría de contestar a la cuestión planteada en los términos de que:

“...en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, una empresa, un centro de actividad o una parte de una empresa o de un centro de actividad conserva su autonomía si, después de la transmisión, mantiene la estructura organizativa específica, establecida por el cedente de los diversos elementos de producción transmitidos.

Al contrario, una entidad no conserva su autonomía cuando, a pesar del mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y complementariedad entre los elementos de producción transmitidos, esos elementos se integran después de la transmisión en una estructura organizativa nueva y diferente. Al aplicar ese criterio es necesario tener en cuenta la realidad organizativa de la entidad considerada”.

g. Sentencia del TJUE

En fecha 29 de julio de 2010 se dictó la correspondiente Sentencia por el TJUE, coincidiendo con las consideraciones realizadas por la Abogada General, en el sentido de diferenciar los conceptos de “*identidad*” y “*autonomía*”, señalando que se da esta última cuando con posterioridad a la transmisión se mantiene la misma estructura organizativa, resultando irrelevante la variación de los últimos responsables de la misma. Igualmente coincide en referir que en tales casos no se han de ver afectados, por el objetivo mismo de la Directiva, las condiciones de los trabajadores subrogados, entre las que se encontrarían el mantenimiento de los representantes que tuvieran con anterioridad.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 18 de septiembre de 2010 se dictó finalmente Sentencia por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras⁴⁸⁴, por la que se estimó parcialmente la demanda, declarando:

- El derecho que le asistía a los representantes de los trabajadores de continuar el mandato representativo que en su día les fue otorgado, “...hasta que por el transcurso del tiempo, o cualquier otra causa legal, dicho mandato se extinga”, y por tanto el derecho al crédito horario denegado.
- Igualmente considera que la actuación de la demandada al impedir la actividad sindical habría vulnerado el derecho a la libertad sindical del sindicato demandante.

La Sentencia, partiendo del pronunciamiento del TJUE, constata que una vez subrogados por el Ayuntamiento los trabajadores de las distintas empresas, lo único que se habría producido sería un mero cambio de los máximos responsables jerárquicos de cada una de las entidades transmitidas, concejal y alcalde, manteniéndose la misma estructura organizativa, ya que la libertad de organización y reestructuración que tendría el Ayuntamiento tras la transmisión, no se habría producido.

i. Breve valoración

Así pues y en definitiva ante controversias análogas, lo esencial será determinar si la entidad transmitida, empresa o centro de trabajo, mantienen la misma organización o si se producen cambios significativos que justifiquen el no mantenimiento de la representación existente con anterioridad.

En palabras del profesor Sempere Navarro el TJUE entiende que existe esa “unidad autónoma transmitida” *cuando las facultades conferidas a los responsables de la entidad en la organización cedente permanecen, en lo esencial, en la organización del cesionario (por referencia a organización de actividad, impartición de órdenes e instrucciones, distribución de tareas, decisión sobre medios materiales puestos en juego, etc.).*⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Sentencia nº 411/10, autos 1207/08.

⁴⁸⁵ Sempere Navarro, Antonio V. “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera Sentencia es del TSJ de Cataluña de fecha 11 de mayo de 2015. ROJ: STSJ CAT 4312/2015, ECLI: ECLI:ES:TSJCAT:2015:4312 que estima recurso formulado por el trabajador.

Trabajador que no es subrogado y presenta recursos frente a la sentencia de instancia que declara la improcedencia de la extinción acordada por la empresa con la que mantenía la relación laboral, interesando la extensión de la condena de improcedencia a la empresa entrante al considerar que la sucesión en la contrata de servicios de mantenimiento de telefonía fija y móvil entre ambas empresas debe entenderse como una auténtica subrogación de contratas, motivándolo en tres puntos:

- “1) el objeto de los contratos es idéntico, el mantenimiento general de las instalaciones de telefonía fija y móvil de la UAB;
2) la actividad objeto de transmisión es intensiva en mano de obra;
3) el número en porcentajes de personal transferido, que en este caso es 3 de 6 trabajadores.”*

Se estima el recurso, al considerarse que se transmiten todos los elementos necesarios para que continúe la actividad conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2002, 19 de Junio de 2002, 12 de Diciembre de 2002, 14 de Abril de 2003, y haciéndose eco de lo declarado en cuanto a sectores cuya actividad recae fundamentalmente en mano de obra, indicando que *“...una entidad económica puede funcionar en determinados sectores productivos, sin elementos significativos de activo material o inmaterial (TJCE 11-3-97, C-13/95 29-7-10, C-151/09; 20-1-11, C-463/09; 6-9-11 C-108/10) constituyéndose la mano de obra en elemento esencial, en términos de número y calidad cualquiera que sea la naturaleza o modalidad del contrato de trabajo (TSJ Cantabria 16-5-06 , EDJ 87113).”*

- La última STSJ es de Galicia de 2 junio 2020. ROJ: STSJ GAL 2460/2020. ECLI:ES:TSJGAL:2020:2460 que desestima los recursos formulados y confirma la resolución de instancia.

El juzgado de lo social estima parcialmente la demanda declarando la existencia de sucesión de empresa y condenando a la empresa al abono de parte de las diferencias salariales solicitadas.

Se recurre por ambas partes, y en lo concerniente al presente trabajo, es de interés el motivo alegado por la empresa en cuanto a la inexistencia de sucesión empresarial *“...por la necesidad de adquisición de material (y radicar la contrata en él) y, también, en que no concurre una sucesión de plantilla”*. Sin embargo, es desestimado

en primer lugar porque la anterior afirmación no tiene “...*encaje factico en la sentencia de instancia*”.

Aun así, recuerda cuales son los requisitos para apreciar la subrogación de plantillas, remitiéndose a las sentencias de la propia Sala y del TS, al artículo 44 ET que constituye la transposición al derecho español de la Directiva 77/1987 de la CEE (actual 2001/23/ CE), y a multitud de sentencias del TJUE (Sentencias 65/1986, de 18/marzo y Asunto Spijkers; 54/1994, de 14/abril y Asunto Schmidt; y 83/1999, de 02/diciembre y Asunto Allen y otros).

Por último recuerda que para aquellos sectores donde la actividad descansa principalmente en mano de obra, “... *el conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad, cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de la que se trata, sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior; y viceversa, de tal modo que si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad (STJUE 26/11/15, asunto Aira Pascual y Algeposa Terminales Ferroviarios, C-509/14). Sin embargo, únicamente el equipamiento que se utilice en realidad para prestar los servicios de vigilancia, excluidas las instalaciones objeto de tales servicios, debe, en su caso, tenerse en cuenta para acreditar la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23 (LCEur2001, 1026) (SSTJUE 19/10/17, asunto Resendes y otros, C-200/16, y 29/07/10 asunto UGT-FSP, C-151/09).*”

✓ **STJUE de 26 de noviembre de 2015, Caso ADIF. C-509/14**

a. Identificación de la sentencia

Nueva Sentencia sobre transmisión de empresas se dictó por el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) en fecha 11 de noviembre de 2015⁴⁸⁶, con ocasión de Auto planteado por el TSJ del País Vasco en fecha 9 de septiembre de 2014 en recurso de suplicación formulado frente a Sentencia del juzgado de lo social núm. 10 de Bilbao que declaró improcedente el despido de trabajador de la empresa Algeposa.

b. Problema suscitado

Los hechos que dio por acreditados la Sentencia del Juzgado de lo Social cabe resumirlos en los siguientes:

- Trabajador de empresa que habría formalizado contrata con ADIF a fin de realizar determinados trabajos en el centro de trabajo de ADIF y con grúas de esta.
- En un momento determinado se decide poner fin a la contrata por parte de ADIF y asumir las funciones con su propio personal.
- Se tramita despido colectivo (causas productivas) por la empresa Algeposa, comunicándosele al trabajador con abono de la correspondiente indemnización.
- El trabajador demanda a la empresa con la que estaba dado de alta, que es la que despide, y a ADIF.
- Se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social que declaró se habría producido una transmisión de empresa y por tanto que hubo un despido que calificó como improcedente, condenando a ADIF a la readmisión o abono de indemnización y con la obligación del trabajador de devolver a la empresa transmitente la indemnización que se le había abonado.
- Se recurre en suplicación por Adif, impugnándose por el trabajador y por la empresa codemandada.

⁴⁸⁶ Asunto Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra Luis Aira Pascual, Algeposa Terminales Ferroviarios, S.L., Fondo de Garantía Salarial. Identificación: ECLI:EU:C:2015:781. Ponente: F. Biltgen.

c. Marco normativo coetáneo

La normativa nacional que considerar venía dada por el reiterado art. 44 del E.T., en versión resultante de la Ley 12/2001, cuyo tenor literal era el siguiente:

«1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo 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.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.»

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto de planteamiento da noticia al TJUE de la doctrina de TS⁴⁸⁷, en supuestos de reversión del servicio al titular del mismo, estableciendo que habría, o no, sucesión de empresa en función de que concurrieran o no los supuestos propios en sus dos vertientes, patrimonial y de plantillas si bien resalta que tal doctrina no estaba clarificada suficientemente, hasta el punto de que existía discrepancia entre distintos TTSSJ en el sentido de que en unos casos se consideraba existía subrogación en supuesto de revisión de servicio de gestión⁴⁸⁸.

Por ello el Auto señala que la razón del planteamiento es que “...no creemos que exista uno –pronunciamiento- que directamente resuelva si quedan comprendido en la noción de traspaso de una entidad económica que mantiene su identidad, contemplada en dicho precepto, los casos de reversión de una contrato a la empresa pública titular del servicio por haber decidido ésta no prorrogarla y realizarla con sus propios medios personales, no subrogándose en los que empleaba la última contratista, cuando para la prestación del servicio son relevantes los medios materiales...y éstos nunca los ha puesto la contratista sino el propio titular del servicio, que imponía su uso, de tal forma que con la revisión, el servicio se sigue realizando en las mismas condiciones y con los mismos medios materiales que antes, variando únicamente los personales...”.

⁴⁸⁷ STS 30 de mayo de 2011, RCUD 2192/2010 y STS 26 de enero de 2012, RCUD 2192/2010.

⁴⁸⁸ STSJ Castilla León 21 de febrero de 2007, Recurso suplicación nº 2385/2006.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Juzgado de lo Social consideró que se habría producido una transmisión de empresa, a tenor del art. 44 del E.T., en interpretación conforme de la Directiva 2001/23/CE, al producirse una reversión de contrata en la que existía un solo cliente y unas infraestructuras, grúas y locales, afectas a la explotación.

En el recurso de suplicación ADIF alegó que no había existido subrogación al no haber existido transmisión de medios materiales, además de la realización del servicio por sus propios trabajadores, y que ello era acorde con la doctrina del T.S.

El Auto de fecha 9 de septiembre de 2014 del TSJ del País Vasco, repasa la jurisprudencia del TJUE, en la que se destacaba que no es necesario la transmisión de los bienes, siendo relevante que se utilicen antes y después elementos activos materiales importantes, aun cuando el segundo empresario no se haga cargo de los trabajadores.

Igualmente analiza, como se refirió, la jurisprudencia española que establecía que cabía la sucesión en dos vertientes, la patrimonial y de plantillas, y en relación a la primera si existía transmisión de la propiedad. Igualmente destaca la divergencia de los pronunciamientos de distintos TTSSJ, por lo que era una cuestión necesaria de clarificar, y en concreto si era contrario al art. 1.b de la Directiva, en relación con el art. 4.1., una interpretación de la legislación española que excluya el deber de subrogación en caso de reversión de contrata en donde se utilizan importantes medios materiales, pero no existe transmisión de la propiedad y no se asumen los trabajadores de la primera.

En concreto la pregunta que formula es la siguiente: *“El art. 1.b) de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, en relación con su art. 4.1, ¿se opone a una interpretación de la legislación española destinada a darle efectividad, que excluya del deber de subrogación por el hecho de que una empresa del sector público, titular de un servicio inherente a su propia actividad y que precisa relevantes medios materiales, que ha venido realizando mediante contrata, imponiendo al contratista el uso de esos medios de su propiedad, decide no prorrogar la contrata y asumir directamente su realización, valiéndose de personal propio, excluyendo al que la contratista empleaba, de tal modo que el servicio se sigue llevando a cabo sin más cambio que el que proviene de la sustitución de los trabajadores que desarrollan la actividad y su sujeción a un empresario diferente?”.*

*f. Conclusiones del Abogado General*⁴⁸⁹

En la Sentencia se señala que fue oída la Abogada General, adoptándose la decisión de que el caso “...sea juzgado sin conclusiones”.

g. Sentencia del TJUE

Catorce meses más tarde, el 26 de noviembre de 2015, se dictó la STJUE. Comienza la Sentencia por reformular la cuestión, posiblemente a fin de hacer un planteamiento genérico que sirviera para todos los países miembros de la UE. Así la cuestión queda reformulada en los siguientes términos: “*El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa 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 hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal*”.

Como es habitual en las SSTJUE, la Sentencia hace un repaso de criterios establecidos en Sentencias anteriores. Así resalta:

- Que la Directiva es aplicable a las empresas públicas que ejerzan actividad económica, con o sin ánimo de lucro, por lo que el que el cesionario sea un organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de transmisión.
- Igualmente recuerda que la Directiva se aplica a las transmisiones, de empresa, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad como resultado de una cesión contractual.
- Del mismo modo destaca que lo importante es el cambio de la responsable de la explotación, sin que importe si se tramite, o no, la propiedad de los elementos materiales⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Sra E. Sharpston.

⁴⁹⁰ “39 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado 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

- Reitera que la transmisión ha de tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad, como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, sea esencial o accesorio.

A partir de tales criterios reitera también que en un caso concreto se habrá de tener en cuenta el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, la actividad ejercida, los métodos de producción, recordando que existiría Sentencia (caso Clece, C-463/09), en la que se había resaltado que cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, si no se asume la plantilla, no se produciría la transmisión de esta.

Posteriormente aplica todos los criterios anteriores al caso planteado por el Auto del TSJ del País Vasco, resaltando que un dato esencial era que la actividad realizada por ambas empresas requería de importantes medios materiales puestos a disposición por ADIF, grúas y local, y que ello obligaba a considerar que la actividad se basaba esencialmente en el equipamiento, y que el hecho de que la empresa cesionaria no fuera propietaria de los mismos resultaría irrelevante y también el hecho de que se continuara la actividad con personal de la propia ADIF.

Es por ello por lo que finalmente se responde a la cuestión planteada en los siguientes términos: “...debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa 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.”.

El fallo no deja sobra de duda respecto de la aplicación de la normativa sucesora. Al órgano jurisdiccional remitente le resta la tarea, nada difícil, de comprobar si ha existido o no transmisión de empresa a la luz de los elementos interpretativos que le ofrece el propio TJUE.⁴⁹¹

transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 42)”.

⁴⁹¹ Monereo Pérez, José Luis. “Reversión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política*

h. La sentencia del Tribunal Español

La Sentencia del TSJ País Vasco de 22 de diciembre de 2015⁴⁹², desestima el recurso confirmando la sentencia del Juzgado que estimaba la demanda declarando la improcedencia del despido, condenando a ADIF, aplicando el principio de interpretación conforme y considerando que se había producido sucesión empresarial en virtud del artículo 44 ET, aclarando que no existe convenio colectivo ni pliego de condiciones que imponga la subrogación.

La sentencia, como es normal, tiene en cuenta el pronunciamiento del TJUE, señalando que tal y como habría referido la Sentencia del Juzgado de lo Social no se había producido una sucesión de plantillas por ser esencial en el desarrollo de la actividad los medios patrimoniales y no haber asumido ADIF a los trabajadores de Algeposa. Sin embargo, sí se habría producido una sucesión patrimonial, al ser decisivos los medios, grúas y locales, puestos a disposición de ALGEPOS por ADIF, por lo que a tenor de los criterios establecidos por el TJUE y específicamente por la Sentencia dictada con ocasión de la cuestión prejudicial formulada por el propio TSJ, se habría de concluir en que se produjo transmisión de empresa o centro de actividad y por ende despido por parte de ADIF al no haber asumido a los trabajadores.

i. Breve valoración

Se trata de cuestión que, como se ha reiterado en anteriores ocasiones, puede producir la patología, muchas veces no deseada por los trabajadores, de que se entienda que se produce la subrogación y que inmediatamente después de ello se lleve a cabo un despido colectivo. Así, en el caso analizado, ADIF podría haberlo planteado acreditando que tenía personal suficiente para continuar realizando directamente la actividad conforme está previsto en el artículo 4 de la Directiva⁴⁹³.

social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 147-158.

⁴⁹² Recurso suplicación nº 1285/2014. ROJ: STSPV 365/2015. ECLI:ES: TSJPV: 2015:3615.

⁴⁹³ Cuyo tenor literal es: "...1. El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo.

Los Estados miembros podrán establecer que no se aplique el párrafo primero a determinadas categorías concretas de trabajadores que no estén cubiertas por la legislación o la práctica de los Estados miembros en materia de protección contra el despido”.

Aunque se podría pensar que la sentencia es innovadora, no lo es, pues se limita a extraer las consecuencias de la normativa sucesoria al supuesto de hecho:

- a) Transmisión de una entidad económica materializada.
- b) Irrelevancia de la propiedad o titularidad de los bienes “*para calificar una actividad como “materializada”, esto es, requerida de equipamiento, instalaciones o medios importantes indispensables para llevar a cabo la actividad de que se trata, no es relevante si existió transmisión efectiva de los elementos materiales, ni a quién pertenecían en el momento del cambio de empresario: el hecho de que los equipamientos no sean propiedad del contratista y que no hayan sido aportados por él para la ejecución del contrato no elude la aplicación de la Directiva (STJUE de 26 de noviembre de 2015 , Asunto C-509/2014, Aira Pascual y ADIF; y STJUE de 19 de octubre de 2017 , Asunto C-200/16, Securitas).*”⁴⁹⁴
- c) La normativa sucesoria se aplica en el supuesto de que el cesionario sea administración pública o entre público en conexión con empresas o entes privados con los cuales se contrate la gestión de un servicio público.⁴⁹⁵

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STSJ es de Galicia de 11 de febrero de 2020 - ROJ: STSJ GAL 173/2020 ECLI:ES:TSJGAL:2020:173 que estima recurso del actor.

Trabajador que presenta recurso de suplicación frente a la sentencia que desestima, en proceso de despido y cantidad, la pretensión de existencia de sucesión de empresa en un supuesto donde se dan las siguientes circunstancias:

- la nueva empresa ha subrogado a cinco trabajadoras,

2. Si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde, como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación substancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario”.

⁴⁹⁴ García Pérez, Marta. “Cuestiones laborales en la internalización de servicios. De la directiva 2001/23 CE a la Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019. Asunto C-317/18”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 203, 2020, pág. 49-94.

⁴⁹⁵ Monereo Pérez, José Luis. “Reversión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 147-158.

- los tres centros de trabajo han sido vendidos a la nueva empresa,
- se han incluido en la venta los elementos necesarios para continuar la actividad,

En definitiva, en palabras del propio TSJ “*se ha transmitido una unidad económica identificable y en funcionamiento, siendo incluso la fecha de la compraventa anterior al despido de la trabajadora*”.

Para llegar a la anterior conclusión, transmisión de una unidad económica identificable se remite a sentencias anteriores de la propia Sala, del TS ya sentencias del TJUE⁴⁹⁶ que analizan, de forma conjunta, los siguientes extremos para determinar si existe transmisión de una unidad económica identificable:

- Tipo de empresa o centro de actividad.
- Transmisión, o no, de elementos materiales (edificios, bienes muebles...)
- Valor de los elementos inmateriales al momento de la transmisión.
- Trabajadores asumidos.
- Clientela asumida.
- Analogía de actividades.
- Duración, en su caso, de la suspensión de la actividad.

Criterios que varían en función de la actividad ejercida. Así, en sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra, el conjunto de trabajadores puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad. Sin embargo no se considerara que haya sucesión, aun cuando se continúe la actividad y asuma a un número significativo de trabajadores, si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de actividad cuando ésta no descansa fundamentalmente en mano de obra sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, remitiéndose a la sentencia del TJUE en el Asunto Aire Pascual y Algeposa Terminales Ferroviarios(STJUE 26 de Noviembre de 2015, C-509/14).

Estima el recurso declarando responsable solidaria de los pronunciamos contemplados en el fallo a la empresa sucesora.

- La última Sentencia es de Galicia, de 02 de junio de 2020 - ROJ: STSJ GAL 2460/2020 ECLI:ES:TSJGAL:2020:2460, que ya se referenció con anterioridad en C-151/09.

⁴⁹⁶ STJUE 19 de octubre de 2017, C-200/16.

2.6. La aplicación de la directiva en la sucesión convencional

✓ STJUE 11 julio de 2018, Caso Somoza Hermo. C-60/17

a. Identificación de la sentencia

Relativamente reciente, el 11 de julio de 2018, se dictó, nuevamente, Sentencia por el Tribunal de Justicia (Sala Decima)⁴⁹⁷ en materia de traspaso, si bien en el caso analizado, como después se referirá, la aplicabilidad de la Directiva es desde una perspectiva diferente. La STJUE responde a cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León en fecha 30 de diciembre de 2016.

b. Problema suscitado

La Directiva sobre traspaso es analizada, en este caso, desde perspectiva distinta ya que es un supuesto de sucesión convencional, por tanto, no se dan los requisitos para considerar producida una subrogación por traspaso, sino impuesta por la propia negociación colectiva.

Así el supuesto de hecho cabe resumirlo de la siguiente forma.

- Trabajador de empresa de vigilancia y seguridad.
- Se produce un cambio de contrata y por imposición del convenio de aplicación pasa a prestar servicios para la nueva empresa.
- Se reclaman deudas anteriores al traspaso (salarios y mejora de seguridad social).
- Se presenta demanda frente a las dos empresas y el Juzgado de lo Social las condena solidariamente.
- Por la empresa entrante se formula recurso de suplicación.

c. Marco normativo coetáneo

El auto da cuenta de que la Directiva 2001/23 se traspuso al Derecho Español mediante la modificación del art. 44 del E.T. por el Real Decreto Legislativo 1/1995. Da cuenta igualmente del art. 82 del mismo E.T., que regula el contenido de la negociación colectiva entre los agentes sociales.

⁴⁹⁷ Asunto Ángel Somoza Hermo, Ilunión Seguridad, S.A., y Esabe Vigilancia, S.A., Fondo de Garantía Salarial (Fogasa). Identificación: ECLI:EU:C:2018:559 . Ponente. A. Borg Barthet.

A nivel de sector refiere que el convenio de empresas de seguridad, con vigencia 2012-2014, disponía que *“Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo,...siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicios objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca....”*.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 7 de abril 2016⁴⁹⁸, había analizado supuesto análogo, concluyendo mayoritariamente que, si no se han transmitido los medios materiales y personales propios de una entidad económica organizada, ni se ha producido propiamente sucesión de plantillas, aunque el empresario entrante se subrogara en los contratos de la saliente por imperativo convencional, no estaríamos propiamente ante una sucesión de empresa a la que le sería de aplicación la previsión contenida en el artículo 44.3 del ET, sino ante una subrogación convencional. De tal forma que, si el empresario saliente no abonó los salarios de los trabajadores, el entrante no está obligado a su abono, al no preverse así en el convenio colectivo de empresas de seguridad, ni ser de aplicación el artículo 44.3 ET.

De otro lado, el Auto también da cuenta de la referida STS que interpretó la previsión del convenio aplicable, refiriendo que *“...no estemos ante la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores...”*, por lo que *“...la nueva empresa adjudicataria del servicio de seguridad que tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa por mandato del artículo 14 del Convenio, lo debe hacer con los requisitos y límites que el mismo establece, de manera especial, sin responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa...”*.

Así pues, la empresa entrante y recurrente se amparaba en dicha doctrina a la hora de formular el recurso de suplicación por su condena solidaria en la instancia.

⁴⁹⁸ RCU 2269/2014.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

La empresa entrante, Vinsa, formula recurso de suplicación alegando que el art. 44 del E.T. no sería de aplicación, sino que lo sería el art. 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada, que si bien obliga a la subrogación exime a la entrante de las obligaciones anteriores a la misma. Existía, por tanto, una peculiaridad que le diferenciaba de los supuestos sometidos al TJUE con anterioridad en materia de traspaso de empresas.

El TSJ de Galicia Sala (de lo Social), dicta Auto de planteamiento el 30 de diciembre de 2016.

En primer lugar centra la cuestión controvertida en determinar si, en un supuesto de subrogación empresarial por sucesión de contratas operada por mandato del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad, la nueva empresa concesionaria debía responder de deudas salariales anteriores, a tenor de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o si, por el contrario, la misma debía quedar exonerada de dicha responsabilidad, por tratarse de una subrogación convencional.

En esencia el TSJ de Galicia plantea la cuestión de si, en contra de la doctrina del Tribunal Supremo, se habría de entender que las dos empresas serían responsables solidarias. La justificación esencial vendría dada por el hecho de que, dándose la sucesión de plantilla, aunque fuera por mandato convencional, se daría uno de los elementos esenciales que hasta entonces venían considerándose como determinantes en las Sentencias del TJUE. Es por ello por lo que las dudas que plantea fueron las siguientes:

«1) ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 [...] cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo [de las empresas de seguridad]?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la Directiva [2001/23], que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de

trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?»

f. Conclusiones del Abogado General⁴⁹⁹

El Abogado General, interesó que el caso fuera resuelto sin emisión escrita de conclusiones.

g. Sentencia del TJUE

El 11 de julio de 2018 se dicta sentencia por el TJUE declarando que la Directiva es de aplicación a la situación referida en el auto de planteamiento, asentando el criterio de que la misma (y con ella la responsabilidad solidaria) debe aplicarse a aquellas situaciones en las que se produce un cambio en la titularidad de un contrato para la prestación de servicios de vigilancia cuando concurren dos requisitos, que son

- que la nueva empresa se haga cargo de una parte esencial del personal que la primera destinaba al servicio de que se trate,
- y que la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

Este segundo requisito es el que, en la práctica, puede plantear más dificultades, a la hora de determinar cuándo se entiende que se ha producido la transmisión de una entidad económica entre dos empresas que se dedican a actividades de servicios, en las que no son los elementos patrimoniales, sino la mano de obra, la parte esencial de su actividad.

La propia sentencia trata de dar respuesta a esta cuestión citando otros precedentes del tribunal. Así, se recuerda, que, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, para que esta Directiva sea aplicable, la transmisión debe tener por objeto 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 accesoria*», y que el Tribunal de Justicia ha considerado que, para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta

⁴⁹⁹ Sr. E. Tanchev.

- el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate;
- *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 que el nuevo empresario se haga cargo, o no, de la mayoría de los trabajadores;*
- *la transmisión o no de la clientela;*
- *el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después...*⁵⁰⁰

Asimismo, se afirma que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable⁵⁰¹.

Finalmente, razona el Tribunal que una actividad de vigilancia, que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate.

Refiere la sentencia el hecho de que no resulta relevante que no exista relación jurídica entre las dos empresas, la que venía prestando servicios y la sucesora, remitiendo a su sentencia de 19 de octubre de 2017.

⁵⁰⁰ STJUE 26 de noviembre de 2015, C-509/14 y STJUE 19 de octubre de 2017, C-200/16.

⁵⁰¹ STJUE 20 de enero de 2011, C-463/09 y jurisprudencia citada.

Por último, analiza la cuestión más relevante, ya que las anteriores se habían concretado en reiteradas Sentencia del propio TJUE, cual era que la circunstancia que había provocado la sucesión de plantilla era la imposición del convenio colectivo. Tal circunstancia es la que se alegó por el Gobierno Español a la hora de considerar que no existiría verdadera transmisión a efectos de la directiva y por ende posibilidad de responsabilidad solidaria. Ante ello contesta el TJUE señalando que la finalidad del convenio era la misma que la Directiva, y que en todo caso lo relevante era el hecho en sí de que se había producido una transmisión de una entidad económica y por ende era de aplicación la Directiva 2001/23.

h. La sentencia de Tribunal Español

Apenas 15 días más tarde, el 26 de julio de 2018, se dicta Sentencia⁵⁰² por el TSJ de Galicia, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Ángel Somoza Hermo así como el de Ilusión Seguridad S.A. (antes VINSÁ), confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela de fecha 30 de septiembre de 2015⁵⁰³.

Y es que el pronunciamiento del TJUE no dejaba más opciones posibles que la desestimación del recurso, por considerar que, producida la transmisión de una entidad económica, en este caso por la vertiente de sucesión de plantilla, resultaba de aplicación la Directiva, con independencia de que la sucesión viniera impuesta por la normativa convencional. A ello añadía la previsión contenida en el art. 3.1 de la Directiva en el sentido de que los derechos y obligaciones “...serán transferidos como consecuencia de tal traspaso, y que “*Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existente en la fecha del traspaso*”. Sin embargo tal posibilidad no impide que el cesionario sea siempre responsable, se añada o no legal o convencionalmente la responsabilidad del cedente.

i. Breve valoración

Cabe resaltar lo complejo de dar una solución general para todas las situaciones que se producen en la realidad cotidiana.

⁵⁰² Recurso suplicación nº 2310/2016.

⁵⁰³ Autos nº 1043/2012.

Así hemos visto como el hecho de poner énfasis en la asunción de plantilla voluntariamente puede dar lugar a un repliegue empresarial en el sentido de que, aun cuando pudiera resultar más interesante para el propio trabajador, se lleven a cabo nuevas contrataciones para evitar precisamente la aplicación de la Directiva.

En el lado de la negociación colectiva cabe considerar que lo que quisieron hacer los agentes sociales era, precisamente, evitar que la nueva empresa asuma las deudas de la anterior, obligándose al mantenimiento de la plantilla. Eso, sin embargo, podría provocar el efecto patológico de que empresas creadas ex profeso para la contrata en cuestión dejaran créditos sin abonar a los trabajadores y que los mismos, al no ser asumidos por la nueva empresa, quedaran sin abonar, cuestión, sin embargo, que siempre cabría solucionar con alternativas distintas, como sería la propia responsabilidad de los administradores de dichas sociedades.

A la vista de la nueva doctrina cabe concluir que cuando hay una subrogación ésta es total, careciendo de validez lo contrario que al respecto puede prever el convenio.⁵⁰⁴

En la misma línea apunta Sánchez-Urán Azaña al afirmar que “ *La transmisión de empresa por sucesión de plantilla ex art. 44 ET requiere que la asunción de la plantilla refiera a la «parte esencial» de la misma; expresión que cabe entender como concepto jurídico indeterminado y que, ante la ausencia de reglas legales al respecto, impone ahora más que nunca –tras la STJUE de 11 de julio de 2018– que se fijen pautas clarificadoras que aporten seguridad y certeza en la aplicación de este factor. ¿Qué margen tendría el legislador a estos efectos para, sin contravenir lo previsto en la norma comunitaria y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la UE, incorporar una regla que no solo respondiera a las necesidades racionales del mercado de trabajo, sino a los intereses de los propios trabajadores, y en consecuencia aportara certeza y seguridad?*”⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Sempere Navarro. Antonio V. “La subrogación convencional”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 171-182.

⁵⁰⁵ Sánchez-Urán Azaña, M.^a Yolanda. “Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018.

Dos cuestiones finales importantísimas apuntan el profesor Navarro Sempere en el libro homenaje a M.^a Emilia Casas y citado repetidamente. Por un lado quienes cuestionan el mecanismo de la interpretación conforme en el presente supuesto y ello al ser sabido que no puede utilizarse “contra legem”. El convenio colectivo es norma interna cuya eficacia está constitucionalmente garantizada y tendría la fuerza de neutralizar el mecanismo anterior. Por otro lado, incluso, hay quienes consideran que debería declararse ilegal toda la cláusula de la subrogación y no mantener como vigente una parte sola que desequilibra la voluntad en la negociación del precepto convencional.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera del STS es de 27 de septiembre de 2018 - ROJ: STS 3545/2018, ECLI:ES:TS:2018:3545 que desestima recurso de la demandada frente a STJS de Castilla-León, Valladolid.

El Tribunal Supremo se pronuncia en Pleno a raíz de un recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por una de las mercantiles condenadas solidariamente en proceso de reclamación de cantidad. Ambas partes reconocían la existencia de sucesión en la contrata de limpieza operada por mandato convencional pero la mercantil mantenía que al tratarse de imposición de convenio colectivo no era encuadrable en el artículo 44 del ET.

Aunque el mismo supuesto ya había sido resuelto por el TS, en sentencias anteriores, se ve en la necesidad de precisar y rectificar su doctrina, al verse afectada directamente por la Sentencia de TJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17). El fallo desestima el RCUUD interpuesto por la mercantil y cuenta con un Voto Particular.

V. EXTINCIÓN CONTRACTUAL

1. Materias relacionadas con los despidos colectivos

En relación con los despidos colectivos el TJUE se ha pronunciado en cuatro ocasiones, siendo una de ellas el caso Jessica Porras frente Bankia y otros (C-103/16), que se analiza en relación con despido de embarazada y que por ello no se analiza en este apartado, pero que se ha de tener en cuenta a la hora de una visión completa del despido colectivo.

Tres de Sentencias (C-392/13, C-422/14 y C-300/19) se han pronunciado sobre el umbral numérico que se ha de considerar a efectos de determinar si estamos ante un despido colectivo o un despido objetivo y teniendo como referencia la interpretación de

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 refiere a los despidos colectivos, en relación con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.

1.1. Campo de referencia, umbral numérico y cómputo de las extinciones

✓ STJUE 13 mayo 2015, Caso Rabal Cabañas. C-392/13

a. Identificación de la sentencia

La primera ocasión en la que el TJUE responde a las dudas suscitadas desde España respecto a despidos colectivos, exceptuando la sentencia Rodríguez Mayor, vino dada por la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en fecha 13 de mayo de 2015 (Sala Quinta)⁵⁰⁶, y que tenía causa en Auto planteado por el juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona en fecha 9 de julio de 2013.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho que plantea las dudas al Juzgador de Instancia es el siguiente:

- Trabajador que presta servicios en un centro de trabajo, de los dos con los que cuenta la empresa, (Madrid con 164 trabajadores y Barcelona con 20 trabajadores)
- Antes del despido objetivo se había producido una disminución de plantilla por distintos motivos y que afectó a ambos centros, quedando en el de Barcelona 13 trabajadores, entre ellos el actor. Así, en el de Madrid se despidió a 14 personas alegando motivo objetivo, descenso de facturación durante tres trimestres consecutivos, siendo recurrida la decisión y desestimándose judicialmente.
- Posteriormente la empresa procedió a extinguir cinco relaciones laborales, 3 en Madrid y 2 en Barcelona, por finalización de contratos eventuales que habían sido suscritos por aumento coyuntural de la producción.

⁵⁰⁶ Asunto Andrés Rabal Cabañas contra Nexea gestión documental S.A., Fondo Garantía Salarial. Identificación ECLI:EU:C:2015:318. Ponente E. Juhász.

- Al mes siguiente se procede al despido objetivo de 12 trabajadores del centro de Barcelona, alegándose igualmente descenso de facturación, procediéndose al cierre del centro.
- Frente a su despido el actor demandó solicitando declaración de nulidad del despido, por considerar que se debería haber tramitado como despido colectivo y no como objetivo.

El trabajador cuestionaba por un lado el marco de referencia, si la empresa o centro de trabajo, para determinar el umbral de trabajadores a partir del cual se ha de considerar existe despido colectivo; de otro lado qué tipo de ceses se habrían de computar en el periodo de referencia de 90 días, si solo los despidos objetivos por la misma causa, o también el resto de los ceses, incluyendo las extinciones de relaciones laborales por finalización de contratos temporales.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo nacional venía dado por los arts. 49 y 51 del E.T. y 122.2.b de la LRJS.

El art. 49 que disponía que el contrato se extingue por despido colectivo y el 51 en el que se regula la delimitación de los umbrales numéricos a tener en cuenta a efectos de diferenciar entre los despidos colectivos y los objetivos individuales, imponiendo a los primeros una tramitación especial de negociación con los representantes de los trabajadores, de tal forma que la omisión de la misma conlleva la nulidad del despido, a tenor de la previsión contenida en el art. 122.2.b de la LRJS.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial de nuestro TS son varias sentencias las que menciona⁵⁰⁷.

Por lo demás, como posteriormente se referirá, el Juzgador considera que ni la normativa ni la doctrina sobre los despidos colectivos eliminaban las dudas que le surgían a la hora de delimitar el marco de referencia (empresa o centro), los umbrales y el cómputo de las extinciones laborales existentes para distinguir entre despidos individuales y colectivos.

⁵⁰⁷ STS 18 de marzo de 2009, RCU 1878/2008 y STS 8 de julio de 2012, RCU 2341/2011.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

A partir de tales hechos y de la normativa comunitaria y nacional que establece determinados trámites a los denominados despidos colectivos, aquellos que afectan a más de un número de trabajadores, el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial pregunta al TJUE:

- En primer lugar, si el marco de referencia que se ha de considerar para computar el número es el del centro de trabajo o el de la empresa,
- y en segundo lugar qué ceses se han de tomar en cuenta a la hora de determinar si se supera el número de trabajadores para ser considerado despido colectivo y por ende serle de aplicación la normativa comunitaria, si solo los despidos objetivos por la misma causa, o también los demás despidos objetivos, los despidos disciplinarios e incluso los ceses por finalización de contratos temporales.

Las tesis mantenidas al respecto por las partes en el litigio habían sido claramente divergentes. Así, el trabajador alegó que la Directiva, art. 1.a, hace referencia a centros de trabajo y no a empresa.

El segundo motivo vendría dado por el hecho de que en los 90 días anteriores y posterior a que haría referencia el art. 51.1 E.T., se habrían producido ceses respecto de los cuales se discrepaba si se habrían de computar a la hora de considerar el número que determina que se trate de despido colectivo u objetivo.

Por su parte la empresa, defendida por el Abogado del Estado, al tratarse de empresa pública, alegó que se trataría de despido objetivo y que se habría llevado a cabo respetando lo establecido en el art. 51 del E.T., cuya adecuación a la normativa comunitaria, la reiterada Directiva 98/59, ya se habría declarado por el Supremo.

El Auto acoge la tesis del actor, analizando posteriormente la normativa comunitaria, así como la normativa nacional y la jurisprudencia del T.S., que sería aplicable, y refiere que precisamente lo relevante era determinar si la normativa española, Art. 51.1 del E.T., se adecúa a la norma comunitaria, Directiva 98/59, terminando por plantear tres cuestiones.

- La primera es la del concepto de despido colectivo del art. 1.a de la Directiva, esto es si comprende en su ámbito a todos los despidos que se

lleven a cabo por la empresa (al señalar la Directiva “...*motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*”), o si solamente se refieren a los que se hayan basado en causas “*económicas, técnicas, organizativas o productivas*”, como señala el art. 51.1 del E.T.

- La segunda cuestión y relacionada con la anterior es si cabe considerar otros ceses producidos en el umbral temporal, y en concreto la finalización de contratos temporales y despidos por otras causas.
- Por último, la tercera cuestión que plantea es la referida a cual sea el marco de referencia, si el centro de trabajo o la empresa en su conjunto.

Para justificar las cuestiones prejudiciales que plantea, parte de cuál sea el objetivo de la Directiva 98/59 que vendría dado por las dos caras de una misma moneda. Así de un lado garantizar una protección comparable a los trabajadores de los distintos Estados en caso de despidos colectivos; y de otro equiparar las cargas que ello supone para las empresas. Y para ello se establecen unas obligaciones mínimas a las empresas en materia de información y consulta a los trabajadores, sin perjuicio de que los respectivos Estados puedan mejorarlo, pero teniendo en cuenta que si se obstaculiza dicha protección se vulnera el derecho comunitario (STJUE de 12 de octubre de 2004, C-55/02).

De otro lado en el Auto se sostiene que no definiéndose por la Directiva el concepto de “*despido colectivo*”, se habría de interpretar como toda extinción no pretendida por el trabajador, amparándose en la referida STJUE de 12 de Octubre de 2004 en la que consideró incumplimiento del Estado Portugués una ley que había limitado el concepto de despido colectivo a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural, sin incluir otros despidos por razones no inherentes al trabajador. Por ello, considera que el concepto se define esencialmente por un elemento cuantitativo (el umbral numérico) y un elemento causal muy amplio, de tal forma que se excluyan solamente los despidos motivados en causas inherentes a la persona del trabajador o a los ceses periódicos en determinados sectores como en hostelería.

A partir de tal delimitación el Auto considera que la normativa española, art. 51.1., no se adecuaría a la comunitaria, al limitar el despido colectivo a “...*la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de*

producción”, y, por tanto, ser una delimitación más restrictiva al concepto de la Directiva, por lo que habría que incluir, a efectos de computar el umbral numérico, todas las extinciones de contratos por motivos no inherente a la persona del trabajador, incluidas las finalizaciones de contratos temporales. En este punto concreto la Sentencia se refiere a SSTS de 3 y 8 de julio de 2012, donde ya se incluían, al efecto del umbral numérico, las extinciones contractuales producidas “...*por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley*”, pero no los ceses por finalización de los contratos temporales a su vencimiento, lo que se considera discutible por el Auto.

Para justificar su discrepancia con la doctrina de las mentadas SSTS, recuerda el apartado 1.2.a) de la Directiva, que refiere que la inaplicación de ésta se restringe 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 estos contratos*”. Es decir, según el Auto de planteamiento solo cabría excluir las finalizaciones de contratos de los trabajadores de sectores de temporada como la hostelería. Por ello considera que la previsión del art. 51.1 del E.T., que incluye, para excluirlos, a las expiraciones del tiempo convenido o realización de la obra o servicio, es decir los contratos eventuales o de obra, no cabría estimarse a la hora de calcular el número de afectados para considerar, o no, que estamos ante un despido colectivo y por ende serles de aplicación los objetivos perseguidos por la Directiva, “...*reforzar la protección de los trabajadores...y de desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad*”, o lo que es lo mismo establecer las mismas cargas en tales despidos para las empresas con independencia del país en que se encuentren.

Respecto a si se ha de considerar el centro de trabajo o la empresa en su totalidad, como marco de referencia, cuestiona que la Directiva sea compatible con normativa nacional que únicamente considera como umbral de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando si se hubiera considerado el mismo se habría superado dicho umbral. Analiza el Auto la doctrina del TJUE que señalaba que efectivamente la utilización de los términos “*empresa*” o “*centro de trabajo*” se ha de interpretar según las circunstancias, admitiendo un tratamiento flexible, y resaltando que la propia Directiva establecía mínimos que podían ser mejorados por la normativa nacional. Ello es lo que habría llevado a nuestro T.S. a considerar que la normativa española, al tomar

como marco de referencia la empresa, habría supuesto una mejora, en beneficio del trabajador, lo que es cuestionado por quien formula el Auto.

Así, se señala que precisamente siendo el objeto de la Directiva el garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores de los distintos Estados miembros y equiparar las cargas para las empresas, la normativa nacional no podría establecer discrecionalmente los modos de cálculo de los umbrales, empresa o centro, señalando que precisamente el concepto de centro de trabajo sería un concepto comunitario y no nacional. Por ello considera que aun cuando pudiera estimarse que en algunos supuestos la consideración de la “empresa” como marco de referencia pudiera ser más beneficiosa para el trabajador, no siempre es así, por lo que estima que excluir el marco del “centro de trabajo” supondría vulnerar la Directiva, proponiendo, en definitiva, una interpretación que permita utilizar como marco de referencia a la empresa en su conjunto o al centro de trabajo en función del caso concreto y según resulte más favorable al trabajador.

Por último, se solicita la aplicación del procedimiento prejudicial acelerado, previsto en los arts. 105 y siguientes del Reglamento del TJUE, por considerar que en caso de estimación de la demanda y declaración de la nulidad del despido el retraso supondría un coste elevado para la empresa

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵⁰⁸

En fecha 5 de febrero de 2015 se emitieron las conclusiones del Abogado General y ello en relación a tres cuestiones prejudiciales formuladas por tribunales de Reino Unido y el planteado por el Juzgado social 33 de Barcelona.

Las propuestas que formula al TJUE son en parte coincidentes a las del Auto de planteamiento. Así:

- En relación al marco de referencia, comienza delimitando el propio concepto de “*centro de trabajo*”, señalando que se refiere a “...*la unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido...*”, si bien indica que ello se habría de determinar por el juez nacional en función del caso concreto. Ello suponía inclinarse por la tesis del Auto, en el sentido de que se habría de

⁵⁰⁸ Sr. NilsWahl.

considerar el centro, aunque refiere que sin perjuicio de que la normativa nacional pudiera mejorar ese criterio y optar por la empresa, siempre que no suponga disminuir el nivel mínimo de protección de la Directiva, que es el centro.

- De otro lado considera que a efectos de cómputo se habrían de considerar todos los ceses de relaciones laborales producidas en el umbral temporal, salvo la finalización de los contratos temporales por las causas que motivaron los mismos.

g. La sentencia del TJUE

Antes de la Sentencia definitiva, el Tribunal dictó Auto sobre la solicitud formulada por el Juzgado de lo Social de que se tramitara por el procedimiento acelerado a tenor del art. 105.1 del Reglamento de Procedimiento, refiriendo que el que se trate de un procedimiento urgente a nivel nacional no conlleva que lo sea a nivel comunitario, y que el que pudiera tener trascendencia económica para la empresa tampoco es motivo suficiente para la utilización del procedimiento acelerado, citando al efecto pronunciamientos anteriores del propio TJUE.

En fecha 13 de mayo de 2015 se dictó Sentencia por el TJUE.

En relación a la unidad de referencia “centro” o “empresa” (cuarta cuestión planteada), es contundente al declarar que la Directiva 98/59/CE se opone a una normativa nacional que adopta como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, si la aplicación de tal criterio obstaculiza el procedimiento de información y consulta establecido en la propia Directiva.

Y tal declaración la realiza a pesar de que se había alegado por el Gobierno español que no cabía analizar la Directiva al no ser realmente aplicable al caso concreto, ya que la misma se refiere a centros de trabajo que ocupen habitualmente a más de 20 trabajadores, siendo así que en el centro donde prestaba servicios el trabajador lo hacían solo 13 trabajadores. Por tanto, se trataría, según el Gobierno español, de una cuestión hipotética que no era susceptible de planteamiento al TJUE a través de cuestión prejudicial. Sin embargo, tal alegación la desestima por considerar que no era una cuestión hipotética, recordando que el marco factico relatado por el juez nacional disfruta de presunción de pertinencia.

Comparte el criterio del Abogado General a la hora de determinar que era cuestión esencial delimitar el concepto de “centro de trabajo” a que hace referencia la Directiva, debiéndose considerar un concepto de la Unión, distinto de las legislaciones nacionales, señalando que sería “...*aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido...*”, no resultando esencial que en el mismo esté la dirección de la empresa facultada para decidir autónomamente el despido colectivo. Se remite a precedentes (asunto C-270/05) para señalar que se trataría de entidad diferenciada, con cierta permanencia y estabilidad, que ejecute una o varias tareas determinadas, con un conjunto de trabajadores, medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo las mismas.

Introduce la Sentencia una argumentación singular, para avalar la consideración del centro como unidad de referencia, y es el hecho de que uno de los fines perseguidos por la Directiva es el de contemplar las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos en el “centro de trabajo” puedan provocar en el contexto local, resaltando, por ello, que no hace falta que el centro tenga autonomía jurídica, ni autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica.

Concluye que, en el supuesto analizado, en donde existía el centro de Madrid y de Barcelona, si bien existía una contabilidad y gestión presupuestaria comunes y funciones idénticas, el de Barcelona disponía de un jefe de centro encargado de la coordinación y podía cumplir los requisitos jurisprudenciales para considerarlo “centro” a los efectos de la Directiva 98/59, y por tanto ser el marco de referencia para considerar si se produce un despido colectivo o no.

Es por ello por lo que, en definitiva, si la referencia de la legislación nacional es a “empresa” y no a “centro de trabajo”, se podrá considerar compatible con la normativa comunitaria si supone un plus de protección. En caso contrario se habrá de considerar el marco del “centro de trabajo”.

Por último y en relación a este punto resalta que la Directiva impone las obligaciones de información y consulta en supuesto de un mínimo de despidos, 10, en centros que empleen un mínimo de 20 trabajadores, supuesto que, cabe recordar, no se daba en el caso analizado por el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona, por lo que no sería de aplicación la Directiva 98/59 al caso concreto.

Respecto a las extinciones a considerar para determinar si estamos ante un despido colectivo o no (segunda cuestión planteada), declara que no se han de tener en cuenta las extinciones de contratos temporales, cuando la extinción es por haberse realizado la obra o tarea encomendada, ya que tales extinciones no se producen a iniciativa del empresario, por lo que no tendría justificación su inclusión para considerar que estamos ante un despido colectivo que conlleva un procedimiento de información y consulta tendente a evitar los propios despidos o buscar alternativas a sus consecuencias, no compartiendo la alegación del Auto de que la inclusión de tales ceses llevaría a un mejor control de la justificación de tales extinciones, ya que para ello existen otros textos legales, como la Directiva 2002/14/CE relativa a la información y consulta a los trabajadores, o la Directiva 1999/70 sobre el trabajo de duración determinada.

Y, por último, se refiere a la terminación de contrataciones colectivas y hace un pronunciamiento no fácilmente entendible, al señalar que “...no es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea”. Parte de que se ha de tener en cuenta un elemento cualitativo, que es el considerado por el legislador, de tal forma que la causa del despido debe ser “...no inherente a la persona de los trabajadores”, por lo que la exclusión de otros despidos no estaría justificada.

h. La sentencia Tribunal Español

h.1. De instancia

Un mes más tarde, el 10 de junio de 2015, se dictó la Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona⁵⁰⁹, que declaró que la empresa estaba obligada a haber tramitado despido colectivo y que al no hacerlo, el despido se declara nulo, con las consecuencias legales en cuanto a readmisión obligatoria y abono de salarios de tramitación, refiriendo, no obstante ello, que caso de considerarse no era necesaria dicha tramitación, el despido habría de declararse procedente por alegación y acreditación de causa que posibilitaba el despido objetivo.

A la conclusión de que se habría de haber tramitado despido colectivo llega por interpretación de la Sentencia dictada por el TJUE.

⁵⁰⁹ Autos nº 85/13.

Así, parte de que a tenor de la Sentencia el marco de referencia a considerar, en caso de ser más beneficioso, que estima que sí, sería el centro de trabajo de Barcelona en donde prestaba servicios el trabajador y ello por una interpretación conforme de la normativa interna, art. 51.1 E.T., debiéndose considerar que la referencia que hace a la “*empresa*”, como unidad física de referencia para el cálculo del umbral numérico, debe entenderse referido indistintamente a empresa o centro de trabajo, según beneficie al objetivo de la Directiva, que es favorecer la información y negociación con los representantes de los trabajadores, aparte de otros objetivos ya señalados con anterioridad.

La Sentencia da respuesta igualmente a la alegación de la no aplicabilidad de la Directiva al tratarse de “centro” con menos de 20 trabajadores, umbral numérico establecido por aquella, al considerar que el legislador nacional ha mejorado la Directiva al reducir el número a 10 trabajadores. Así resalta la paradoja que supondría exigirse la tramitación de despido colectivo por cierre de empresa de 6 trabajadores, y no hacerlo para el cierre de centro de trabajo de 13 trabajadores en una empresa con un total de 140 trabajadores. A mayor abundamiento resalta la evolución de la “morfología” empresarial en los últimos años (desde la Directiva 95/26, predecesora de la Directiva 98/5), al haber surgido el fenómeno de la externalización y de las empresas de servicios que tienen múltiples centros de trabajo con número reducido de trabajadores pero que en el conjunto tienen un volumen importante. Por ello el beneficio que en su día pudo suponer el que la legislación española utilizara el marco de referencia de la “*empresa*”, en vez del “centro” que refiere la Directiva, se puede considerar en la actualidad como un perjuicio más que un beneficio.

Como conclusión de todo ello la Sentencia considera que, dado que no se tramitó el oportuno procedimiento de despido colectivo para el cierre del centro de Barcelona, el despido llevado a cabo sería nulo, con las consecuencias legales inherentes a ello, readmisión y abono de salarios de tramitación.

h.2. De suplicación

Dicha Sentencia fue recurrida en Suplicación, dictándose finalmente Sentencia por el TSJ de Cataluña en fecha 22 de febrero de 2016⁵¹⁰. La Sentencia estimó el recurso de la empresa y declaró la procedencia del despido del trabajador. Censura la

⁵¹⁰ Recurso suplicación nº 5499/2015. ROJ: STSJ CAT 582/2016 - ECLI:ES:TSJCAT:2016:582.

Sala a la Sentencia de instancia por haber procedido a realizar un “espiguelo” normativo, aplicando una u otra normativa en función de distintos planos de la controversia. Así señala que no es posible utilizar como marco de referencia el centro de trabajo, a que hace referencia la Directiva, en vez del de empresa, recogido en la normativa nacional, y posteriormente pretender no aplicar la normativa comunitaria en cuanto al mínimo de 20 trabajadores del centro que serían necesarios para la aplicación de la propia Directiva.

En función de ello estima que, considerando el centro, el número de trabajadores era inferior al establecido en la Directiva, y por ende no era de aplicación la misma y no cabía considerar que la empresa tuviera que haber tramitado el procedimiento de despido colectivo. Dado que la propia Sentencia de instancia había declarado, subsidiariamente y para el caso de no necesidad de tramitación de despido colectivo como procedente el efectuado, la Sentencia revoca la de instancia y desestima la demanda planteada por el actor.

i. Breve valoración

La anterior Sentencia nos permite ver la propia trascendencia de las Sentencias del Tribunal de Justicia y el distinto enfoque que finalmente se puede dar por los tribunales nacionales. Así en un primer momento sirvió al Juzgado de lo Social para realizar una interpretación determinada y en suplicación se resalta que la misma es claramente incorrecta.

Se viene refiriendo que es necesario una revisión urgente de la norma para evitar la inseguridad jurídica que actualmente existe al obligar “...a realizar, para afirmar o descartar la presencia de un despido colectivo, un doble escrutinio alternativo en la empresas y centro de trabajo, siempre y cuando éste emplee “habitualmente” a veinte trabajadores”.⁵¹¹

De forma acertada, bajo mi punto de vista, la sentencia refiere las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos pueden provocar en determinados

⁵¹¹ Hernández Domínguez, Juan José. “Unidad de referencia para calcular los umbrales del despido colectivo en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 71-78.

contextos locales y ello avala la necesidad de procurar el efecto útil de la directiva calificando de centro de trabajo, a efectos de la misma, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido, estableciendo un criterio que de forma sintética se puede resumir del siguiente modo: *“El parámetro de ‘cómputo inferior’ (“centro de trabajo”) únicamente debe ser aplicado en el caso de que, una vez aplicado el parámetro de ‘cómputo superior’ (“empresa”), se entienda que no concurre un despido colectivo (y, por ende, si no se aplicara el criterio inferior, no se alcanzaría el efecto útil de la Directiva). El parámetro de cómputo inferior es aplicable sólo en el caso de que, como mínimo, cuente con 20 trabajadores”*.

Lo relevante de la sentencia del TJUE, según Lasa López, es *“que el término «centro de trabajo» ha de interpretarse del mismo modo en relación con los incisos i) e ii) del artículo 1.1. a) de la norma europea, es decir, la «unidad local de empleo», con independencia de que los EEMM puedan establecer umbrales que apliquen ambos métodos del inciso i) e ii), caso de regulación española, optando por incluir un menor número de despidos pertinentes a efectos de la Directiva por un período más largo. Más claramente, la unida física de referencia, el centro de trabajo en singular y no los centros de trabajo o empresa, constituye parámetro de referencia irrenunciable e ineludible a los efectos de aplicar cualquiera de los dos métodos previstos por la Directiva (apartados 67 y 68). Distinto es, por ser una cuestión de hecho, que el órgano jurisdiccional nacional valore en cada ocasión qué es exactamente «la unidad local de empleo» (apartado 70), si bien, atendiendo a los criterios consolidados por la jurisprudencia europea dada la vinculación de la noción al Derecho de la Unión. Tales criterios responden a una definición muy finalista del concepto de centro trabajo, como ya hemos advertido, en el sentido de que pretende limitar en la medida de lo posible los casos de despidos colectivos no sujetos a las disposiciones de la Directiva”*⁵¹².

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 14 de julio de 2016 - ROJ: STS 3915/2016- ECLI:ES:TS:2016:3915, que desestimó recurso de casación formulado por un sindicato frente Sentencia de la Audiencia Nacional.

⁵¹² Lasa López, Ainhoa. “El juez europeo matiza el significado y alcance de la normativa española del despido colectivo en materia de unidad especial de referencia (artículo 51.1 ET). Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13)”, *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2015, págs. 91-106.

Se presentó conflicto colectivo en materia de proceso de elecciones, solicitando la concreción de circunscripciones electorales en empresa con varios centros de trabajo y se admite la excepción de inadecuación de procedimiento al ser materia propia de la vía del arbitraje electoral dejando *“imprejuzgada la pretensión de fondo de la demanda”*. Se desestima el recurso de casación interpuesto frente a la SAN., pero se matiza en cuando a que no queda imprejuzgada la acción.

El recurso se fundamentaba en la propia literalidad del artículo 1.5 ET que en su primer párrafo establece *"A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral"*.

Sin embargo recuerda la sentencia que *“...Pese a la mención a los tres elementos que configuran el centro de trabajo (unidad productiva, organización específica y alta ante la autoridad laboral), la norma no contiene una definición cerrada del centro de trabajo, como evidencia el que a lo largo de su articulado el propio ET utilice con mayor o menor relevancia, en relación a cada una de las instituciones de que se trata, siendo frecuente que la acepción se contraponga al concepto más amplio de empresa, marcando, en suma, un límite cuantitativo. El alcance del concepto debe analizarse, pues, en relación con la concreta institución a la que se pretende aplicar -sirva de ejemplo, la específica configuración que del centro de trabajo se hace a los efectos del despido colectivo (STJUE de 30 abril 2015 (TJCE 2015, 25), Asunto USDAW y Wilson, C-80/14; y de 13 mayo 2015, Asunto Rabal Cañas, C-392/13), a los del tiempo de trabajo (STJUE de 10 septiembre 2015, Asunto Federación de Servicios Privados del sindicato CC.OO., C-266/14)-”*.

- Una de las últimas STS es de 20 de febrero de 2019 - ROJ: STS 873/2019 · ECLI:ES:TS:2019:873, confirmando Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana sobre despido objetivo.

Se presentó recurso de unificación de doctrina frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 7 de junio de 2016, que convalidó el despido por causa objetiva cuestionado por el trabajador, y ello con cuatro motivos de los cuales solo se aprecia la contradicción en lo relativo a la declaración de nulidad por lesión de la garantía de indemnidad, que es finalmente desestimado.

Entre los motivos, que no encuentran contradicción, se encuentra la alegación de nulidad por superar los umbrales del artículo 51.1 del ET y como contradictoria se presentó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13), que declaró que “... *la normativa española infringe la Directiva europea al utilizar la "empresa" como única unidad de referencia, concluyendo que: "el artículo 1.1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo (...) 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 (...)*”.

Sin embargo, como se refirió, concluye que no puede apreciar contradicción al no comparar resoluciones que contengan “*pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales*” y ello precisamente porque dicho debate no se planteó en suplicación.

✓ **STJUE 11 de noviembre de 2015, Caso Pujante Rivera. C-422/14**

a. Identificación de la sentencia

La siguiente sentencia del TJUE que analiza el tema de los despidos colectivos, tiene como circunstancias comunes con la anteriormente analizada de Rabal Cañas, el hecho de que el Auto de planteamiento es del mismo Juzgado de lo social núm. 33 de Barcelona. La Sentencia se dicta por el Tribunal de Justicia (Sala Primera) en fecha 11 de noviembre de 2015⁵¹³.

b. Problema suscitado

El Auto de planteamiento es de fecha 1 de septiembre de 2014 (Rabal Cañas fue en julio 2013), y parte de los siguientes hechos:

- El trabajador Sr. Pujante Rivera es despedido por la empresa mediante despido objetivo.
- La empresa en la que prestaba servicios, Gestora Clubs Dir. S.L., en los 90 días antes del despido objetivo de 10 trabajadores, entre ellos el actor

⁵¹³ Asunto Christian Pujante Rivera contra Gestora Clubs Dir, S.L., y Fondo de Garantía Salarial .Identificación. ECLI:EU:C:2015:743. Ponente. Sr. F. Biltgen.

Sr. Pujante, había visto reducido el número de trabajadores que prestaban servicios en los distintos centros de trabajo de que disponía, por distintos motivos:

- 17 por fin del servicio objeto del contrato (duración del contrato inferior a cuatro semanas);
- 1 por realización de la tarea prevista en el contrato de prestación de servicios;
- 2 bajas voluntarias;
- 1 despido disciplinario reconocido e indemnizado como «improcedente» a efectos del Estatuto de los Trabajadores;
- 1 extinción contractual a instancia de la trabajadora con arreglo al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores que se concretó a través de conciliación.

Pues bien, en demanda formulada por el Sr. Pujante se interesa la nulidad del despido por considerar que tales ceses habrían de computarse y con ello se superarían los umbrales numéricos para considerar el despido como nulo por no tramitación de despido colectivo.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo venía dado por la regulación del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. El art. 51 regulaba el despido objetivo, estableciendo los umbrales de referencia a tener en cuenta para distinguir los despidos individuales objetivos y los colectivos.

Igualmente se había de estar, como refiere el propio Auto, a la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social, art. 122.2.b) que disponía que: "*La decisión extintiva será nula...b) cuando se haya efectuado en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos de que se refiere el último párrafo*".

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto hizo mención de la STS de 23 de abril de 2012⁵¹⁴, y ello en relación al cómputo de períodos sucesivos de 90 días en aplicación de la regla anti-fraude. Refería la doctrina que señalaba que “...Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. Esta interpretación del precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acordó la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. (...)”.

Sin embargo, continúa señalando que dicha doctrina no sería de aplicación “...en los supuestos de obrar fraudulento contrario al artículo 6-4 del Código Civil como acaece cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo. Ello ha ocurrido en el presente caso en el que la proximidad entre las "nuevas extinciones" y la del actor es tan corta, dos días, que tan mínimo espacio de tiempo es revelador de un proceder intencionado por parte de la empresa que actuó sabiendo lo que haría dos días después y no acordó simultáneamente todas las extinciones con el fin de eludir la aplicación de la norma general del artículo 51-1 del ET. Tal proceder debe anularse por fraudulento conforme al artículo 6-4 del Código Civil, ya que, el corto periodo de tiempo existente entre las distintas extinciones, contractuales revela que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir". Igualmente citaba otras Sentencias del Tribunal Supremo⁵¹⁵.

⁵¹⁴ RCU 2724/2011.

⁵¹⁵ STS 8 de julio de 2012, RCU 234/2011 y STS 25 noviembre de 2013, RCU 52/2013.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

A partir de tales criterios normativos y jurisprudenciales habrían de realizarse los cálculos numéricos en dos planos bien distintos.

- En primer lugar, se habría de determinar el número de trabajadores de la empresa o centro a los que se ha de aplicar el correspondiente porcentaje.

Así se considera que el número de despidos ha de superar 10 en empresas que ocupen menos de 100 trabajadores, el 10% en las que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, y 30 en las que ocupen más de 300 trabajadores. La cuestión que suscita el Auto es cómo se computan esos 10 trabajadores, o 100 o 300 trabajadores, dado que según que se computen el número de trabajadores que se han de ver afectados el resultado es distinto. Así para considerar el primer tramo de 100 trabajadores, se incluyen todos los que prestan servicios en el momento del despido o los que han prestado servicios en los 90 días anteriores?. Lógicamente si se aumenta o disminuye el número de trabajadores podremos estar, en más o menos, de 100 trabajadores y por ende, y según los afectados, ante un despido colectivo, o no.

- En segundo lugar y paralelamente se habría de determinar los trabajadores afectados, de tal manera que según se consideren unos u otros, igualmente estaremos o no ante un despido colectivo.

Pues bien, el Auto relaciona esas dos perspectivas.

Así, respecto a la primera, pregunta si a la luz de la Directiva 98/59, y dado que, si se excluyen las contrataciones temporales a la hora de determinar los ceses habidos antes del despido del trabajador demandante, se habrían de excluir a la hora de calcular el número de trabajadores de la empresa. El Auto recuerda que se encontraba en tramitación la cuestión prejudicial C-392/13 (caso Rabal Cañas) en el que se planteaba la misma duda interpretativa pero referida a si los ceses de contrataciones temporales a su vencimiento se han de considerar, o no, para calcular el número de trabajadores afectados. Para el caso de que la respuesta a dicha cuestión C-392/13 fuera negativa, no consideración de los ceses de contratos temporales a su vencimiento, la cuestión sería precisamente si también se excluirían a la hora de considerar el número de trabajadores habitualmente empleados en el centro o en la empresa.

Desde la segunda perspectiva, trabajadores cesados que se han de considerar a efectos del número mínimo para determinar que estamos ante un despido colectivo, así

cuando la Directiva habla de “...al menos 5”, pregunta si solo se han de considerar los despidos en sentido estricto habidos o también las “extinciones asimiladas” a los mismos, como puede ser la extinción tras una previa modificación de condiciones de trabajo por crisis empresarial.

El sentido de la contestación a ambas interrogantes llevaría a que el despido del actor habría de considerarse procedente o no, dado que los cálculos conllevarían a considerar que estamos ante un despido colectivo o ante un despido individual.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵¹⁶

La sentencia refiere que las conclusiones del Abogado General no se presentaron por escrito si bien fueron “*presentadas en audiencia pública el 3 de septiembre de 2015*”.

Resulta interesante su razonamiento en cuanto a que “*La determinación del núm. de empleados de un centro de trabajo no puede hacerse depender de un día de referencia ni de un promedio. La expresión habitualmente sugiere, por el contrario, que ha de computarse el núm. de empleados durante el funcionamiento ordinario de la empresa*”.⁵¹⁷

g. La sentencia del TJUE

El 11 de noviembre, se dicta la STJUE, dando las siguientes interpretaciones de la Directiva 98/59/Ce del Consejo, de 20 de julio de 1998:

- En primer lugar, refiere que los contratados temporales se han de considerar incluidos entre los trabajadores habitualmente empleados en el centro o empresa, y ello a la hora de aplicar el tanto por ciento. Es de resaltar, sin embargo, que en la Sentencia Rabal Cañas se declaró, como se refirió, que los ceses de dichos contratos a su vencimiento no se habrían de considerar a la hora de considerar el umbral a partir del cual se habría de considerar despido colectivo. En definitiva, y por concretar

⁵¹⁶ Sra. J. Kokott.

⁵¹⁷ Maneiro Vázquez, Yolanda. “Del cómputo de los trabajadores despedidos y las extinciones asimilables a despidos en materia de despido colectivo”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 79-84.

un ejemplo, 10 trabajadores con contrato temporal se habrían de considerar a la hora de determinar el mínimo de 100 trabajadores. Por el contrario, el cese de esos mismos 10 trabajadores, por vencimiento del contrato, no se computaría a la hora de alcanzar el mínimo de diez trabajadores despedidos.

- De otro lado refiere que si bien la Directiva determina que para el cálculo de los despidos se asimilan a los mismos las extinciones de contratos de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, ello lo supedita a que “...*siempre y cuando los despidos sean al menos 5*”, lo que se ha de interpretar referido a los despidos en sentido estricto y no, como pretendía la empresa, a que cinco fueran, al menos, los ceses asimilados.
- Por último, analiza la última cuestión planteada, coincidiendo con la tesis del Auto, de que efectivamente se habría de computar la extinción de contrato producida por previa modificación sustancial de condiciones de trabajo debida a circunstancias económicas.

h. La sentencia del Tribunal Español

Con tal Sentencia el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona dicta su Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2015⁵¹⁸ por la que desestima la demanda llevada a cabo al concluir que no nos encontramos, dados los datos facticos, ante número de trabajadores de la empresa/centro y número de extinciones computables, que permitan considerar supondrían un despido colectivo y ello partiendo de las siguientes consideraciones que no deduce de la STJUE dictada.

- Así, en primer lugar, que para considerar el número de trabajadores habitualmente empleados en la empresa o centro al que aplicar el tanto por ciento correspondiente, se han de computar todos los trabajadores temporales sin distinción alguna. Por tanto, resalta que se habrían rechazado las distintas alternativas propuestas en el Auto de planteamiento de considerar que tales trabajadores se computaran como los habitualmente empleados, o por lo menos se aplicara un criterio ponderado parecido al establecido en los procesos electorales. La

⁵¹⁸ Autos nº 1094. ROJ: SJSO 104/2015 - ECLI:ES:JSO:2015:104.

Sentencia destaca la trascendencia de computar los trabajadores temporales en la forma referida por la STJUE, ya que ello suponía que, al elevarse el número de trabajadores computable, el umbral se incrementaba a 13 despidos/extinciones, y no los 12 que hubieran resultado de la tesis contraria, lo que habría conllevado que se hubiera tenido que tramitar el despido como colectivo.

- En segundo lugar, recuerda que la STJUE habría declarado que la referencia del art. 51.1 del E.T., de que las extinciones de contratos asimiladas al despido fueran al menos de 5, vulneraría la Directiva, dado que la referencia a 5 que hace el art. 1.a de la misma se ha de considerar respecto a despidos estricto sensu y no a asimilados. La trascendencia de ello era igualmente importante dado que se habrían de computar como despido las extinciones asimiladas, aun cuando fueran inferiores a 5, ya que los despidos estrictos sensu eran superiores a dicho número.

A partir de tales conclusiones, el tener que computar los contratos temporales para determinar el número de trabajadores habituales al que aplicar el tanto por ciento, y el no ser requisito que el número de extinciones asimiladas al despido fueran, como exigía el E.T., un mínimo de 5, la cuestión que le queda por analizar a la Sentencia de instancia es la referida al cómputo de otras extinciones, distintas al despido, habidas en la empresa.

Así en relación a las extinciones por vencimiento del contrato temporal, se refiere el pronunciamiento de la STJUE de 13 de mayo de 2015 (Caso Rabal Cañas), de que no han de computarse. Tampoco considera computables los ceses de los fijos discontinuos que prestaban servicios en una colonia de verano, resaltando que el despido se produciría al año siguiente si no fueran llamados al trabajo. Tampoco serían computables los ceses de los 9 contratos de interinidad, al no haberse cuestionado la realidad y legalidad del cese por finalizar la suplencia. Tampoco la finalización de un contrato de obra que se imputaba que sería en fraude de ley por falta de especificación de la misma, ni el cese por no superación del periodo de prueba.

Por el contrario, sí considera que se había de computar el cese llevado a cabo por extinción del contrato instado por la trabajadora por modificación sustancial de condiciones de trabajo, reducción de remuneración impuesta por razones económicas no

aceptada por la trabajadora, y al amparo del art. 41 ET., por considerar que ello habría de asimilarse al concepto de despido utilizado en el art. 1.1.1.a de la Directiva.

A partir de tales consideraciones y en resumen, llega a la conclusión de que el número de extinciones a considerar serían 12 (10 despidos por causas objetivas, 1 despido formalmente disciplinario, reconocido como improcedente y 1 extinción reactiva a una modificación de un elemento esencial del contrato), y que el umbral a superar sería 13 (10% de 126 trabajadores computables), por lo que no nos encontraríamos ante un despido colectivo, entrando posteriormente a analizar si se habría comunicado de forma correcta el despido y si se habían acreditado las causas alegadas, lo que contesta afirmativamente y es lo que lleva al fallo de la desestimación de la demanda.

i. Breve valoración

Las dos Sentencias anteriores, casos Andrés Rabal y Pujante Rivera, dictadas con ocasión de autos planteados por el mismo Juzgador, supusieron la clarificación de temas que habían motivado una importante litigiosidad, máxime en periodos de crisis económica en los que la normativa comunitaria compele a la negociación entre empresas y representantes de los trabajadores en los supuestos de despidos colectivos. La determinación de cuándo nos encontramos ante un despido colectivo y cuando ante despidos objetivos individuales era ciertamente importante, y para ello hacía falta clarificar aspectos tales como el umbral de referencia, si referido al centro o a la empresa, el umbral temporal de los ceses, y los tipos de ceses a computar.

Su indiscutida importancia e incidencia en la regulación de los despidos colectivos, como señala González González, a “*nadie se le escapa*” puesto que “*se trata de conocer en qué supuestos debe respetar la empresa el trámite legal que impone el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, cumpliendo el deber informativo y de consultas que resulta de la Directiva europea. Lo que exige, conocer, previamente, qué extinciones de contratos se deben incluir para considerar que estamos ante un despido colectivo. El art. 51 ET señala que se computan las extinciones motivadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero también «cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) » siempre que su número sea, al menos, de cinco. Aunque la doctrina judicial*

*española ha ido identificando qué extinciones deben computarse y cuáles no, hasta ahora no había establecido si deben computarse las extinciones decididas por el trabajador al amparo de los arts. 40 , 41 o 50*⁵¹⁹.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 18 de mayo de 2016 - ROJ: STS 2913/2016- CLI:ES:TS:2016:2913 que desestimó RCUUD formulado por el SPEE frente a STSJ de Andalucía.

Se solicita la reposición de la prestación por desempleo consumida que es denegada por el Servicio Público de Empleo Estatal al considerar no haber sido despedido al amparo del artículo 51 y 52 del ET. El trabajador se acogió a la baja incentivada dentro de un plan de reestructuración empresarial global donde podía optar entre la movilidad geográfica o la baja incentivada.

En instancia y en suplicación se reconoce el derecho del actor a la prestación, lo que es confirmado por la Sala IV razonando que se trata de una medida equiparable al despido por causa no imputable al trabajador. Justifica dicha equiparación en normativa comunitaria y la propia doctrina del TJUE, refiriendo que al interpretar los conceptos de despido y de extinciones de contrato asimiladas al despido. Cita la sentencia STJUE 11 de Noviembre de 2015 (C-422/14, Pujante Rivera vs. Gestora Clubs Dir, S.L. y FGS), que señala que se “incluye en el concepto de " despido " ex art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE ("se entenderá por despidos colectivos los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores... ") la extinción contractual derivada de una modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador...”

- La última STS que la cita es de 9 de diciembre de 2020, ROJ: STS 4267/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4267, que desestima recurso de casación interpuesto por Sindicato UGT frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia nacional el procedimiento de Despido Colectivo en el que se solicitaba “*la nulidad de los despidos efectuados por la demandada durante el mes de octubre de 2019*”.

La sentencia de la Audiencia Nacional entiende que no hay nulidad del despido porque” *«aplicando las reglas de cómputo establecidas por el Tribunal Supremo (por*

⁵¹⁹ González González, Carlos. “Modificaciones de las condiciones de trabajo y su incidencia en el cómputo de los umbrales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2018, págs. 131-146.

todas, STS 11-1-17, rec. 2270/2015), no ocurrieron en un mismo período de 90 días ni tampoco en los períodos sucesivos a que alude el art. 51.1 para referirse al conocido como ‘goteo sucesivo’ de extinciones que buscaría evadir la aplicación del trámite de despido colectivo».

Se recurre en base a los siguientes motivos⁵²⁰:

1.- No se superan los umbrales del despido colectivo en un periodo de 90 días a la luz de la doctrina Marclean: *“en el caso en los 90 días posteriores al despido cuestionado no consta que se haya efectuado ninguna extinción y en los 90 anteriores tampoco, pues las últimas (24) fueron el 12/04/2019, por lo tanto, ni en los 90 días consecutivos anteriores, ni en los posteriores se localiza un periodo de mayor número de despidos, pues solo existen los que tuvieron lugar el 18/10/2019, y tres más también en octubre, por lo tanto, no se alcanzan los umbrales previstos en el art. 51.1 ET para considerar que estamos ante un despido colectivo”.*

2.-No concurre despido colectivo tampoco a la luz de la Doctrina Rabal Cañas: *“Tampoco se ha alcanzado en ninguno de los centros de trabajo un número de al menos igual a 20 trabajadores a que se refiere el art. 1, ap. 1, pfo. primero, letra a), inciso II, de la Directiva 98/59, pues los 17 despidos producidos el 18 de octubre de 2019 fueron por causas objetivas en los centros de Madrid y Málaga; y hubo otros 3 despidos por causas objetivas, pero lo fueron en la empresa Oracle Global Services Spain S.L.U.”.*

3.- No consta que se haya producido un despido por goteo y, por tanto, una estrategia fraudulenta. No concurren las circunstancias para aplicar la norma antifraude (art. 51.1 último párrafo ET), aplicable a las extinciones producidas con posterioridad a las afectadas por la norma general, y que la empresa acuerde «en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas» en el precepto necesarias para apreciar la existencia de fraude.

✓ STJUE 11 noviembre de 2020, Caso Marclean. C-300/19

a. Identificación de la sentencia

La reciente e importante sentencia del TJUE es dictada por el Tribunal de Justicia (Sala Primera) el 11 de noviembre de 2020⁵²¹, y trae causa de la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona en auto de fecha 25 de marzo de 2019.

⁵²⁰ Beltrán de Heredia, I. “Despido colectivo: el cómputo de 90 días debe hacerse en cualquier dirección (según conclusiones del AG del TJUE)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/06/11/despido-colectivo-el-periodo-de-referencia-de-90-dias-debe-hacerse-en-cualquier-direccion-segun-conclusiones-del-ag-del-tjue/>.

⁵²¹ Asunto UQ contra Marclean Technologies, S. L. U., con intervención de Ministerio Fiscal, Fondo de Garantía Salarial. Identificación: ECLI:EU:C:2020:898. Ponente Sr. M. Safjan.

b. Problema suscitado

Se plantean los hechos probados de forma que al Juzgador le surge la duda sobre el cómputo de los 90 días previstos en el último apartado del artículo 51.1 del ET.

El resumen de la controversia se puede sintetizar en los siguientes hechos:

- Comunicación de despido el 31 de mayo de 2018 por disminución de volumen de negocios de la empresa y el incumplimiento de los objetivos marcados para la actividad del trabajador.
- Posterior al despido “cesaron en la empresa un total de 7 personas -4 por causas no imputables a la persona del trabajador, 2 por cese voluntario y 1 por finalización del contrato temporal- y el día 15.08.18 causaron baja 29 personas; todas ellas se tramitaron como bajas voluntarias, si bien el día 16.08.18 fueron dadas de alta en la empresa Risk Setward, SL”.
- La empresa Marclean Technologies, SLU, “cesó completamente en su actividad el día 15.08.18”.

Se acciona por parte del trabajador, solicitando sentencia que declare la nulidad del despido con carácter principal y subsidiariamente la improcedencia.

c. Marco normativo coetáneo

El marco nacional que considera de aplicación el Juzgador vendría dado por el art. 51.1 del E.T, que regula la superación de los umbrales que separan al despido colectivo del individual. Igualmente, el artículo 122 de la LRJS en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del trámite del procedimiento previsto para los despidos colectivos.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto de planteamiento refiere el criterio jurisprudencial del TS citando dos resoluciones como es la Sentencia de la Sala de Social del Tribunal Supremo de fecha 11 de enero de 2017, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina⁵²² y el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018⁵²³

⁵²² RCU 2270/2015.

⁵²³ RCU 4599/2017.

En ambas se mantiene el criterio de pronunciamientos anteriores, siendo este el de mantener el computo temporal de 90 días en las extinciones que se realicen a partir de la fecha del despido que se esté analizando.

Cita igualmente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y aun cuando indica que de forma casi unánime mantienen el mismo criterio que el TS, destaca la Sentencia del TJS de Catalunya de 6 de octubre de 2011 y 16 de diciembre de 2011⁵²⁴ “*que consideran que el cómputo de los 90 días se debe realizar bidireccionalmente, es decir, antes y después del despido del trabajador que impugna su despido y objeto de enjuiciamiento*”

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Con carácter previo al planteamiento se abrió el plazo de diez días para que las partes presentasen alegaciones sobre la idoneidad de la decisión. La parte demandante y el ministerio fiscal mostraron su conformidad. Por el contrario, la demandada presentó disconformidad con la misma.

Nuevamente se da la circunstancia que la tesis del Juzgado es opuesta al criterio del TS lo que haría caer en saco roto cualquier sentencia que considerara que el cómputo no debe realizarse únicamente hacia atrás. El juzgado sostiene que la interpretación literal de la norma acaba llevando a “*una restricción injustificada de los derechos de participación y consulta de los representantes de los trabajadores*”, que sí podrían ejercerse en despidos anteriores, pero no en los posteriores al impugnado en sede judicial.⁵²⁵

Se apoya el Auto de planteamiento en la Sentencia del TJUE “Rabal Cañas” que analizó la discrepancia entre la misma directiva 98/59/CE del Consejo y la norma española sobre la entidad a la que deben aplicarse los umbrales (centro de trabajo o empresa), siendo aquí necesario que se clarifique “si la forma en que se deben computar los períodos de 30 y 90 días, y más concretamente el de 90 días, se debe interpretar como lo hace la jurisprudencia española. Así, lo que es objeto de enjuiciamiento ahora es la interpretación correcta del apartado ii) del artículo 1.1 (para un período de 90 días,

⁵²⁴ Recurso suplicación nº 2354/2011 y 2492/2011.

⁵²⁵ Rojo Torrecilla, Eduardo. “Despidos colectivos. Computo bidireccional de los 90 días: ni hacia atrás, ni hacia delante, sino ambos. Examen del litigio que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19), disponible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2020/11/despidos-colectivos-computo.html>.

al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados), en tanto que, en el caso que nos ocupa, en los 90 días posteriores a la fecha del despido de la demandante hubieron 35 extinciones computables cesando finalmente la actividad empresarial”.

Son 3 las cuestiones que plantea, posiblemente excesivas, pero ciertamente cauteloso y metódico. Así, todas ellas bajo la mecánica de la interpretación conforme y referidas al artículo 1, apartados i y ii) de la directiva 98/59 pregunta si los periodos deben de computarse bien antes de la fecha de despido, después de la fecha del despido o el periodo debe ser ubicándose el despido dentro del periodo.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵²⁶

El Abogado General presentó conclusiones escritas el día 11 de junio de 2020. Analiza conjuntamente las tres cuestiones prejudiciales planteadas, sintetizándolas en la forma de computar el periodo de referencia de 30 o 90 días contemplado en el artículo 1, apartado 1, letra a), incisos i) y ii), de la Directiva 98/59.

Concluye que el precepto debe interpretarse en el sentido de que se refiere a cualquier período de 30 o de 90 días consecutivos que incluya el despido del trabajador objeto de enjuiciamiento. Y que el periodo de referencia podría, en función de cada caso, “ubicarse completamente antes, completamente después o parcialmente antes y parcialmente después del despido en cuestión. Las dos únicas condiciones son: 1) que esos 30 o 90 días sean consecutivos y 2) que el trabajador que invoca sus derechos al amparo de la Directiva haya sido despedido dentro del correspondiente período de referencia”.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 11 noviembre de 2020 se dictó la STJUE en la que examina conjuntamente todas las cuestiones, indicando textualmente que ni en el primero ni el segundo de los métodos son conformes con la directiva puesto irían en contra de su propia finalidad que consiste, recuerda la sentencia, en “reforzar la protección de los trabajadores en caso de despido colectivos”.

Acoge la consideración del Abogado General en cuanto a la exigencia de la directiva de que el periodo de referencia sea continuo, contestando que la interpretación

⁵²⁶ Sr. M. Bobek.

correcta implica computar todos los despidos durante el periodo de 30 o 90 días consecutivos durante el cual se haya producido el “*mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición*”.

La Sentencia coincide con las observaciones escritas presentadas por la Comisión Europea que se muestra partidaria de interpretar el precepto de modo que permita examinar el periodo que cubra el despido individual y durante el que se haya producido el mayor número de despidos.

h. Sentencia tribunal español

En fecha 21 de diciembre de 2020 se dicta finalmente sentencia por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona⁵²⁷, estimando la demanda de despido, declarando la nulidad de éste y condenando a la empresa al abono de una indemnización conforme al apartado 4 del artículo 123 LRJS.

Refiere que la resolución del Tribunal europeo ha “resuelto la duda y ha señalado de forma clara, que siempre y en todo caso, se deben computar las extinciones anteriores o posteriores dentro del total periodo de 30 o 90 días” no siendo necesario para ello que se aplique el artículo 51.1 del ET”.

En cuanto a las bajas voluntarias y si las mismas deben computar, considera que las mismas no se produjeron con una voluntad libre de extinguir el contrato “sino la seguridad de que seguían trabajando para otra empresa sin solución de continuidad”.

i. Breve valoración

Debido a la importancia práctica, para los que ejercemos la practica forense y a la incidencia que ha tenido en el marco de relaciones laborales de la sentencia que se analiza, se han de destacar las valoraciones exhaustivas realizadas por distintos autores, entre otros Ignasi Beltrán y Eduardo Rojo a los que, necesariamente, tengo reiteradamente que citar.

Nuevamente se da el supuesto de una transposición correcta de la Directiva comunitaria, incluso mejorando la norma interna la protección concedida por la directiva. Sin embargo, quizás esa mejora interna hizo que el TS descuidara una interpretación de la norma interna a la luz de la directiva comunitaria, o quizás, era

⁵²⁷ Sentencia nº 265/2020, autos 285/2018.

consciente de los problemas que en la práctica supondría una interpretación diferente. Sin embargo, incidiendo en la primera de las posibilidades, el TS debe de ser consciente, a raíz de las SSTJUE asuntos Rabal Cañas y Marclean, que aún cuando la norma interna sea más beneficiosa no puede ser excluyente de los términos que se fije en la directiva.

Así, y aún cuando pueda considerarse un acierto la sentencia en cuanto a la interpretación que hace del precepto comunitario, resulta en un plano práctico problemático y dificultoso su compatibilidad con la actual legislación nacional, puesto que abocaría, de permanecer intacta, que en cualquier despido, incluso en extinción fraudulentas de contrato temporal o modificación sustancial sometidas al plazo de caducidad de 20 días, que un precavido asesoramiento legal conlleve la presentación de la demanda de despido de forma ad cautelam que permitiera analizar en el acto de juicio las extinciones efectuadas, en su caso, en los 90 días posteriores al despido. Ello por un lado ahondaría más en la sobrecarga de los Juzgados de lo Social y al mismo tiempo se confrontaría con el cumplimiento de los plazos procesales establecidos para la citación al acto de juicio que, de ser anterior al cumplimiento de los 90 días, daría lugar a posibles suspensiones.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- Prácticamente un mes más tarde de la STJUE, su fundamentación es recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 2020- ROJ: STS 4267/2020, ECLI:ES: TS:2020:4267.

Trae causa de un recurso de casación presentado por el Sindicato UGT frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2020 (rec. 257/2019) que desestima demanda de despido colectivo nulo que presenta frente a las extinciones efectuadas el 18-10-19. El Tribunal Supremo desestima el recurso por 3 motivos⁵²⁸:

- Primero por no superarse los umbrales del despido colectivo en un período de 90 días a la luz de la Doctrina Marclean (en cualquier dirección – «regla del compás») por lo que ya analiza las extinciones bajo dicha regla.

⁵²⁸ Beltrán de Heredia, I. “Despido colectivo, cómputo de 90 días y doctrina Marclean: primera reacción del Tribunal Supremo (STS/Pleno 9/12/20)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2021/01/04/despido-colectivo-computo-de-90-dias-y-doctrina-marclean-primera-reaccion-del-tribunal-supremo-sts-pleno-9-12-20/>

- Segundo por no concurrir tampoco un despido colectivo en virtud de la doctrina *Rabal Cañas* al considerar que no se” ha alcanzado en ninguno de los centros de trabajo un número de al menos igual a 20 trabajadores a que se refiere el art. 1, ap. 1, pfo. primero, letra a), inciso II, de la Directiva 98/59, pues los 17 despidos producidos el 18 de octubre de 2019 fueron por causas objetivas en los centros de Madrid y Málaga; y hubo otros 3 despidos por causas objetivas, pero lo fueron en la empresa Oracle Global Services Spain S.L.U.».
- Tercero por no estar acreditado que se haya producido un despido por goteo y, por tanto, una estrategia fraudulenta.

1.2. Ayudas comunitarias y acuerdos colectivos

✓ STJUE 15 octubre de 2015, Caso Bankia. C-352/14 y C-353/14

a. Identificación de la sentencia

La segunda Sentencia del TJUE que analizó el tema relacionado con Despido colectivo es dictada por el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) en fecha 15 de octubre de 2015⁵²⁹, y trae causa en sendos Autos de fechas 7 y 8 de julio de 2014, dictados por el Juzgado de lo social núm. 2 de Terrasa.

b. Problema suscitado

El motivo por el que el titular del Juzgado 2 de Terrasa decide interrogar al TJUE, (dado que finalmente la Sentencia es estimatoria en cuanto a declaración de la improcedencia del despido por defectos de forma de la comunicación de este), hay que presuponer que es en relación a la indemnización acordada entre los representantes de los trabajadores y la empresa.

El supuesto de hecho viene dado por despido colectivo de la entidad financiera BANKIA, como consecuencia de la crisis económica que provocó la llamada “reestructuración bancaria” y conllevó la privatización del sector de Cajas de Ahorros, que suponía aproximadamente el 50% del sector financiero español, en el que se dan las circunstancias siguientes:

⁵²⁹ Asunto Juan Miguel Iglesias Gutiérrez (C-352/14), Elisabet Rion Bea (C-353/14) contra Bankia, S.A., Sección Sindical UGT, Sección Sindical CCOO, Sección Sindical ACCAM, Sección Sindical CSICA, Sección Sindical SATE, Fondo de Garantía Salarial. Identificación: ECLI:EU:C:2015:691. Ponente Sra. M. Berger.

- Se lleva a cabo con acuerdo con la representación unitaria de los trabajadores en 30 de noviembre de 2012, con un máximo de extinciones de hasta 4.500 empleos y periodo hasta el 31 de diciembre de 2015.
- En dicho acuerdo se fijaban distintas alternativas de extinción de relaciones laborales e indemnizaciones superiores a las legalmente fijadas para los despidos colectivos.
- Los demandantes a los que se había comunicado la extinción de sus relaciones laborales formulan demanda por considerar que la carta de despido no cumplía los requisitos formales requeridos.

c. Marco normativo coetáneo

El marco nacional que considera de aplicación el Juzgador vendría dado por los arts. 51 y 52 del E.T., que regulan los despidos colectivos e individuales por causas objetivas. Igualmente, la LRJS en cuanto a las consecuencias de la declaración de los despidos, y en concreto indemnización a percibir en caso de declaración de procedencia del despido, que, como sabemos, sería equivalente a 20 días por año de servicios con tope de una anualidad.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto de planteamiento no da cuenta de jurisprudencia que le compeliere a plantear la cuestión prejudicial.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

A pesar de que la demanda se había formulado interesando la improcedencia por defectos de forma en la comunicación por escrito del despido, el planteamiento de la cuestión no se sustenta en ese tema sino en uno que cabe considerarlo tangencial.

Nos encontramos en plena gran depresión económica⁵³⁰ y con unas entidades financieras, principalmente cajas de ahorros, a punto de hacer crack y con políticos internacionales que hablaban de la necesidad de refundar el sistema económico de occidente. En ese contexto una de las entidades más vulnerables fue BANKIA, que padecía un desequilibrio patrimonial y requirió ayudas por importe de 22.424 millones

⁵³⁰ Cuando se escriben estas letras estamos inmersos en plena crisis del coronavirus, que se dice y siente como de entidad mayor a la de los últimos cien años, no vislumbrándose todavía las consecuencias finales que pueda tener en todos los ámbitos de la vida de la humanidad, y entre ellos el del sistema productivo y de las relaciones laborales.

de euros que se concretaron finalmente en la aprobación por la Comisión Europea del Plan de Reestructuración, el 28 de noviembre de 2012, plan aprobado por la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Tales ayudas conllevaban una serie de requisitos, y eso es precisamente lo que analiza el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial. Así, en el plan, en el que se preveía la reestructuración de la propia entidad financiera, se señalaba que el gobierno español se “...encargará de supervisar que el proceso de reestructuración sea muy exigente, en busca de que el pago por despido se aproxime al mínimo legal, pero con cierta flexibilidad para evitar retrasar el proceso...”.

Y es esa exigencia en cuanto a las indemnizaciones, lo que es analizado por el Auto, al señalar que, a tenor del acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, la indemnización a percibir sería, de promedio, 30 días por año de servicio, cantidad que habría de percibir el trabajador si el despido era declarado procedente y se desestima la demandada. Pero añade que la normativa española preveía una indemnización aún mayor en el caso de que el despido fuera declarado improcedente.

Ante ello, en el Auto se pregunta si a tenor de la normativa europea el Juzgador habría de reducir la indemnización a percibir por el trabajador, tanto si el despido es declarado procedente, en cuyo caso habría de fijarse la indemnización mínima de 20 días, como si es declarado improcedente, en cuyo caso habría de fijarse la indemnización acordada entre empresa y representantes de los trabajadores.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵³¹

El Abogado General, interesó que se dictara resolución sin conclusiones escritas.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 15 octubre 2015 se dictó la STJUE en la que se recuerda las distintas funciones que corresponden al tribunal nacional y al TJUE, señalando que a éste corresponde facilitar al nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión para que el nacional pueda apreciar la compatibilidad de las normas del Derecho interno con el Derecho de la Unión.

⁵³¹ Sr. M. Wathelet.

En la Sentencia se relata el procedimiento de ayudas en el marco de la crisis bancaria ocurrida a partir del 2008, señalando que las mismas no podían adoptarse antes de que hubiera un pronunciamiento de la Comisión Europea sobre la compatibilidad de éstas con la normativa que regula el mercado interior. Posteriormente, refiere que en el caso analizado se habría dictado decisión positiva sobre las ayudas propuestas, y establecido los criterios y obligaciones que habría de asumir el Gobierno Español, resaltando que si bien se establece que las indemnizaciones habrían de ser tendentes a los mínimos legales, se preveía que ello fuera con cierta flexibilidad, lo que se considera que se da en el caso analizado, por lo que responde al Auto señalando que la “Decisión”, relativa a la ayuda concedida por las autoridades españolas para la reestructuración y recapitalización del grupo del BFA, y los artículos 107 y 108 del TFUE en que se basaría dicha Decisión, no se opone a normativa nacional que en caso de despido improcedente fija un importe de indemnización superior al mínimo legal.

Se ha de resaltar que la Sentencia del TJUE solo se pronuncia en relación al supuesto de declaración de improcedencia del despido y no en supuesto de declaración de la procedencia. Así en el Auto preguntaba igualmente sí se vería compelido a fijar indemnización inferior a la reconocida por la propia empresa.

h. La sentencia Tribunal Español

En el presente caso, como en alguna otra ocasión, se dictó Sentencia que fue recurrida en suplicación, por lo que se hace referencia a las dos.

h.1. Sentencia de instancia

El 26 de octubre de 2015, por el Juzgado de lo Social 2 de Terrasa se dictó Sentencia⁵³² por la que se declaró la improcedencia del despido por considerar que en la carta de comunicación del mismo no se habrían cumplido requisitos formales esenciales, en concreto respecto a la especificación de la causa del despido y las razones de la causa de elección del trabajador afectado, fijando, consecuentemente, las consecuencias legales en cuanto a opción entre readmisión con abono de salarios de tramitación o el abono de indemnización calculada con parámetros de 45 y 33 días por año de servicio en función de periodos anteriores y posteriores al 12-2-12, por tanto, sin verse compelido a fijar indemnización inferior a la establecida legalmente y ello en base a los razonamientos dados por la Sentencia dictada por el TJUE.

⁵³² Sentencia nº279/15, autos 17/2014. ROJ: SJSO103/2015. ECLI:ES:JSO:2015:103.

h.2. Sentencia de Suplicación

La Sentencia fue recurrida ante el TSJ de Cataluña quien en principio comparte el criterio de la Sentencia recurrida pero finalmente la revoca⁵³³ a tenor de Sentencia dictada por el TS en fecha 15 de marzo de 2016⁵³⁴ y en la que se analizaba precisamente la suficiencia, o no, de la información dada en carta de despido y criterios de selección tenidos en la empresa Bankia, por tanto, supuesto idéntico al que se analizaba. Ello le lleva a declarar la procedencia del despido, desestimando en su integridad la demanda del trabajador.

i. Breve valoración

Se trata de supuesto que surge, no de controversia entre las partes, ya que la habrían centrado en la procedencia, o no, del despido llevado a cabo tras la tramitación de despido colectivo, sino de una duda que plantea el Juzgador, lo que nos permite resaltar el propio ámbito de la cuestión prejudicial.

Así la duda consistía en “*si era conforme con el régimen de reestructuración, aprobado por la Comisión Europea, la previsión de abonar a cada trabajador despedido de Bankia una indemnización equivalente, por término medio, a 30 días de salario por año de servicio, es decir, superior al mínimo legal de 20 días pero inferior al máximo previsto de 45 días*” reformulando el TJUE la cuestión prejudicial y contestando que “*corresponde a las autoridades nacionales cumplir las exigencias de la decisión de la Comisión Europea que autorice un determinado régimen de ayudas públicas, en este caso, la decisión sobre la reestructuración del grupo Bankia que, no obstante, prevé que los importes que deban abonarse a los trabajadores despedidos se calculen con arreglo a la normativa laboral española y de acuerdo con un cierto margen de flexibilidad.*”⁵³⁵

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera que la cita fue el ATS de 4 de diciembre de 2018 - ROJ: ATS 14190/2018, ECLI:ES:TS:2018:14190^a, por el que se inadmitió RCUD formulado por la actora frente a STJ de Cataluña que había desestimada recurso de suplicación.

⁵³³ Recurso suplicación nº 912/2016. ROJ: STSJ CAT. 2451/2016. ECLI: ES: TSJCAY: 2016:2451.

⁵³⁴ RCUD 2507/2014.

⁵³⁵ Ordóñez Solís, David. “Enfoques y desenfoques en la aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado por los jueces españoles”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6, 2018.

Se presenta RUCD por trabajador frente a STSJ de Cataluña que confirmaba la sentencia de instancia desestimando la demanda de despido objetivo. La trabajadora denunciaba el incumplimiento de las condiciones dispuestas en la Resolución CE de 17 de diciembre de 2014, presentado como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2015, dictada en el asunto C-352/14 (y acumulado C- 353/14), “...en la que se planteaba por el tribunal remitente de la cuestión prejudicial si la decisión de reestructuración del grupo BFA y los artículos 107 y 108 TFUE , se oponen a la aplicación de una normativa nacional que fija un importe de indemnización superior al mínimo legal, en el marco de un litigio correspondiente a un despido colectivo, y si puede el órgano judicial en interpretación de aquellos preceptos modular las indemnizaciones.”

Y ello fundamentalmente apoyándose en los apartados 25 y 26 de dicha sentencia del TJUE al manifestar “...que la aplicación del control preventivo de los proyectos de ayudas de Estado, previstos en el Derecho de la Unión, incumbe por una parte a la Comisión y por otra a los órganos jurisdiccionales nacionales y que mientras la compatibilidad de las medidas con el mercado interior es competencia exclusiva de la Comisión Europea, que actúa bajo el control de los órganos jurisdiccionales de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales velan por la salvaguarda de los derechos de los justiciables frente a un posible incumplimiento por parte de las autoridades estatales de la prohibición, establecida en el art. 108 TFUE, apartado 3, de ejecutar un proyecto de ayuda antes de que la Comisión se pronuncie sobre la compatibilidad de éste”.

Por el TS se entiende que no se da la contradicción necesaria del apartado 1 del artículo 219 de la LRJS en ninguno de los motivos alegados y en cuanto a este último añade que: “...en la sentencia recurrida, y respecto del motivo de recurso en el que se denunciaba la infracción de la Resolución de 17 de diciembre de 2014 de la Comisión Europea, la sala manifestó que aunque aquella resolución formara parte del acervo comunitario, no constituía una norma jurídica del Derecho de la UE de cuya infracción correspondiera conocer a los Tribunales de los Estados miembros, sino que como resolución dirigida a garantizar la compatibilidad entre las "ayudas" al Estado y el mercado interno, su incumplimiento es recurrible ante el TJUE”.

- En cuanto a Sentencia la primera que la cita es del TSJ de Cataluña, a 27 de octubre de 2017 - ROJ: STSJ CAT 9781/2017 · ECLI:ES:TSJCAT:2017:9781 que desestimó recurso formulado por la actora.

Se presenta recurso de suplicación por la trabajadora frente a la sentencia que convalida el despido individual efectuado por una entidad bancaria por concurrir causas económicas, organizativas y productivas, debido a la existencia de pérdidas en los últimos ejercicios de la entidad bancaria.

Se fundamenta el recurso, a los efectos aquí interesados, en que la sentencia infringe la Resolución de 17 de diciembre de 2014 de la Comisión Europea y jurisprudencia concordante al entender que la resolución afecta a la reestructuración de la empresa demandada y que la misma se emitió para solventar la situación de crisis financiera de la entidad y “...*la obtención de ayudas públicas que establecía unas bases y obligaciones respecto a la compraventa, a las cuales están sometidas las partes y el Gobierno de España.*”

El recurso no prospera, y el motivo anterior en concreto es desestimado al entender que no se trata de “...*una norma jurídica del Derecho de la UE de cuya infracción corresponda conocer a los Tribunales de los Estados miembros, sino que como resolución dirigida a garantizar la compatibilidad entre las "ayudas" al Estado y el mercado interno, su incumplimiento es recurrible ante el TJUE (artículo 108 TFUE (RCL 2009, 2300) , antiguo artículo 88 TCE (RCL 1999, 1205)). En este sentido, recordábamos el FD 2 D) que el parágrafo 26. de la sentencia de 15-10-2015, caso Bankia, asunto C-352/14 (TJCE 2015, 243) establecía que la resolución de la Comisión en que se fundamenta la revisión está relacionada con la apreciación de la compatibilidad de las medidas de ayuda al Estado con el mercado interior cuyo control corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Unión.*”

2. Materias relacionadas con la protección de maternidad frente al despido

El TJUE se ha pronunciado en tres ocasiones, con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles y sobre temas relacionados con despido y trabajadora embarazada. Se trata de los casos JIMENEZ MELGAR, JESSICA PORRAS, y MINAYO LUQUE, la primera en 2001 y la última en 2018.

2.1. En supuestos de empleo público

✓ STJUE 4 octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. C-438/99

a. Identificación de la sentencia

La primera cuestión prejudicial formulada sobre despido de mujer embarazada fue por Auto del Juzgado de Algeciras de fecha 10 de noviembre de 1999, que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de fecha 4 de octubre de 2001⁵³⁶.

b. Problema suscitado

Es de resaltar que en la fecha del litigio no se había procedido a adaptar el ordenamiento español a la Directiva 92/85 (la incorporación de la Directiva se efectuó mediante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que en su artículo 26, modificado posteriormente por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y, posteriormente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla la práctica totalidad de las disposiciones de la Directiva).

El supuesto de hecho cabe resumirlo en los siguientes términos:

- Trabajadora contratada, desde el 3 de junio de 1998, por Ayuntamiento a través de sucesivos contratos temporales, que eran prorrogados sin solución de continuidad.
- Los contratos temporales formalizados se considera que no reunían los requisitos fácticos que permitirían la contratación temporal.
- Encontrándose vigente el último, suscrito el 3 de mayo de 1999, la actora quedó embarazada, indicándosele por el Ayuntamiento, a la finalización de este, su cese, lo que se le había comunicado en las anteriores ocasiones de finalización del contrato.
- No obstante, a los pocos días es llamada y se le ofrece la formalización de contrato temporal para cobertura de vacante por vacaciones a lo que se opone la actora por considerar que las anteriores contrataciones

⁵³⁶ Asunto María Luisa Jiménez Melgar contra Ayuntamiento de Los Barrios. Identificación ECLI:EU:C:2001:509. Ponente M. Wathelet.

habrían sido fraudulentas y que el último cese, conocida ya su situación de embarazo, habría de considerarlo como un despido nulo.

c. Marco normativo coetáneo

La normativa que considera de aplicación el Auto vendría dada por el art. 14 de la Constitución y los arts. 12.2 y 55.5 y 6 del E.T.

Así refiere el art. 14 de la CE que “...«*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”.

Igualmente noticia el Auto la normativa española referida a la contratación que podría celebrarse por tiempo indefinido o duración determinada si existe motivo de temporalidad, y la posibilidad de hacerlo a jornada parcial u ordinaria, adelantando que consideraría que la relación laboral de la actora se habría de considerar como indefinida.

Partiendo de tal consideración da cuenta de las previsiones contenidas en el E.T., art. 55.5 y 6, que disponían que “...«*5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.*»

Igualmente le noticia sobre la LPL que reproducía en lo esencial lo dispuesto en el E.T., y establecía el criterio constitucional del mecanismo de la inversión probatoria, señalando, art. 96, que “...*En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios 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 último, le hacía saber de las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 39/1999 para promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, de 5 de noviembre de 1999, dando nueva redacción a los apartados 5 y 6 del art. 55 del mentado Estatuto, en los siguientes términos:

“*Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*”

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) *El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, [...] o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período*
- b) *El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a) [...]. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo[...].»*

Si bien inmediatamente después resaltaba que se trataría de modificaciones que no se podrían aplicar al caso que se analizaba por el principio de irretroactividad de la ley.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto no hace referencia a jurisprudencia aplicable al caso concreto.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

En el detallado Auto el Juzgado expone las razones del planteamiento de la cuestión, analizando el supuesto de hecho desde distintas perspectivas.

Así, indica que si a tenor de la prueba practicada y con independencia de considerar que existía una contratación temporal lícita o una contratación fraudulenta, se llegara a la convicción de que se habría producido un despido, la controversia se podría resolver aplicando la normativa nacional, y en concreto el art. 14 de la Constitución que veda la discriminación por razón del sexo y los artículos 108 de la entonces vigente LPL (“*Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución...*”) y art. 55.5 del E.T., (“*...en aquellos procesos en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva, razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”), que acogió lo dispuesto en la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, el Auto se enfoca principalmente en relación a la Directiva 92/85 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 de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, a la que se habrían de haber adaptado las legislaciones nacionales y no lo había hecho la española. A partir de la no transposición en el periodo previsto en la misma, dos años, y del contenido de dicha Directiva, el Juzgador de Algeciras se plantea distintas interrogantes que culminan en las cuestiones prejudiciales que plantea.

Así, en primer lugar, parte de lo que dispone la Directiva al respecto de la protección particular para la mujer, estableciendo “...*las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, salvo los casos excepcionales no inherentes a su estado...*”, y que el despido requeriría “...*en su caso...que la autoridad competente haya dado su acuerdo*”.

De tales previsiones plantea distintas interrogantes.

- La primera, la propia aplicabilidad directa de la Directiva 92/85/CEE, al no haberse producido la transposición al derecho interno en el plazo de dos años, preguntándose si su art. 10 era “...*lo suficientemente claro, preciso, e incondicional, como para producir efecto directo*”.
- La segunda interrogante es si los Estados habrían de regular de forma excepcional las causas de despido de una trabajadora embarazada o que se encuentre en periodo de lactancia.
- La tercera interrogante tiene relación directa con la contratación temporal, preguntándose sobre la repercusión del art. 10 de la Directiva en relación con la no renovación del contrato de mujer embarazada o en periodo de lactancia.
- Por último, se pregunta si cuando el artículo 10 de la Directiva hace referencia a que el despido requerirá siempre, en estos casos, que “...*la autoridad competente haya dado su acuerdo*”, significaría que en todo despido de mujer embarazada sería necesaria dicha actuación de la autoridad laboral.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵³⁷

Año y medio más tarde, el 7 de junio de 2001 se emiten las Conclusiones del Abogado General, de forma amplia y exhaustiva. Tras la delimitación de los hechos, normativa a considerar y cuestiones prejudiciales planteadas por el Auto del Juzgado de Algeciras, comienza analizando la admisibilidad o no de las mismas, al haber sido cuestionado ello por el Gobierno Español, el Irlandés y la propia Comisión, que refirieron:

- De un lado, que la normativa nacional podía resolver directamente la controversia, al considerar que la relación laboral que refiere el auto, el Juzgador podría considerarla indefinida y por ende ser de aplicación la Constitución que veda el despido discriminatorio, entre otros motivos, por razón de sexo.
- De otro, por considerarla prematura al estimar que el Juez habría de haber determinado la legalidad del contrato y en su caso la existencia, o no, de despido.

El Abogado General reconoce que tales alegaciones tenían su fundamento. Sin embargo, considera que no sería causa suficiente para la inadmisibilidad, resaltando que el propio Auto de planteamiento había señalado la posible solución de la controversia aplicando el derecho nacional, dando razones suficientes del porqué no lo hacía. A partir de las justificaciones y razonamientos del Auto, señala que inadmitirlo supondría extralimitarse en sus propias funciones, ya que “...*corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional...apreciar, a la luz de las particularidades del caso, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia...*”. Así, señala que de forma excepcional puede el TJUE declinar su propia competencia “...*cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, 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*”.

A partir de ello va analizando las preguntas planteadas.

⁵³⁷ Sr. Antonio Tizzano.

- Respecto a la primera, aplicabilidad directa de la Directiva 92/85, recuerda la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que efectivamente pueden tener efecto directo cuando son “...*suficientemente claras, precisas e incondicionales...*” y no han sido adaptadas por el Derecho Nacional. En el caso concreto resalta que, efectivamente, el legislador español no había procedido a la transposición hasta la ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, por lo que se habría de aplicar el art. 10 de la mentada Directiva.
- Respecto a la segunda cuestión planteada, si la normativa nacional habría de regular de forma excepcional las causas de despido de trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia. La respuesta es negativa, en el sentido de que la empresa debe dar los motivos justificadores del despido por escrito, pero ello no significa que no puedan invocarse las causas que para cualquier trabajador se pueden invocar, entre ellas los motivos disciplinarios. Así pues, la Directiva no impone que el derecho interno concrete las causas específicas de despido en caso de embarazo o lactancia, sin perjuicio de que los Estados pudieran establecer una protección más elevada.
- Respecto a la tercera interrogante, en relación con la contratación temporal y la posibilidad de no renovación de contrato temporal en caso de embarazo o lactancia, la respuesta es igualmente negativa, señalando, no obstante ello, salvo que la no renovación pueda acreditarse que tiene por motivo el propio embarazo o la lactancia.
- Y por último y en relación con la necesidad de autorización de la autoridad laboral, la respuesta es igualmente negativa. No es preciso que la normativa interna establezca la necesidad de una autorización previa por parte de la autoridad laboral.

g. La sentencia del TJUE

Tres meses más tarde, el 4 de octubre de 2011 se dictó la correspondiente Sentencia por el TJUE, coincidiendo plenamente con las conclusiones del Abogado General. Es de resaltar que, en relación con la primera cuestión, la referida a la

aplicabilidad directa, señala, citando distintos pronunciamientos del propio TJUE, que las disposiciones del art. 10 de la Directiva 92/85 imponen a los Estados miembros “*fundamentalmente en su condición de empleadores*”, obligaciones concretas para cuyo cumplimiento no cuenta con margen de apreciación alguno. Así pues deja claro que se puede invocar la Directiva contra las “*autoridades de dicho Estado*”, por lo que sería de aplicación en el caso que se analiza dado que se trataba de un Ayuntamiento.

Respecto a la tercera cuestión se resalta que a la terminación de un contrato temporal válido no se le aplica la Directiva. Cuestión distinta sería la resolución de dicho contrato por causa de embarazo, o la no renovación de este por la misma causa, ya que “*...en la medida en que la falta de renovación de un contrato de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo contraria a los arts. 2, apart. 1 y 3 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*”.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 28 de enero de 2002 se dictó finalmente la Sentencia por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras⁵³⁸ por la que se estimó la demanda declarándose nulo el despido de que había sido objeto la actora, “*...al haberse privado a la Sra. Jiménez Melgar por nuestro ordenamiento de la protección particular, especial y específica que en el artículo 10 de la Directiva imponía a los Estados Miembros para adaptar sus ordenamientos internos antes del 19 de octubre de 1994 y haberse incurrido por la demandada en discriminación directa por razón de sexo, condenando a la parte demandada a que proceda a la inmediata readmisión de la actora en su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido el 2 de junio de 1999 hasta su obligada readmisión a razón de 2.538 pts. diarias, en una relación laboral indefinida con la categoría de asistenta domiciliaria, jornada de 20 horas semanales, con objeto de prestar asistencia social a ancianos y jubilados en el municipio de Los Barrios*”.

Se ha de resaltar que la Sentencia considera la contratación temporal realizada como fraudulenta (sucesivos contratos, unidad de vínculo, no trascendencia de finiquito,

⁵³⁸ Autos nº 449/99.

actividad permanente, no acreditación de finalización de obra alguna...), por lo que la relación laboral habría devenido en “*indefinida*”, y por ende, como ya se reiteraba por el propio Auto de planteamiento y conclusiones del Abogado General, el resultado del fallo hubiera sido el mismo por aplicación de normativa exclusivamente nacional.

A partir de ello y la declaración de no procedencia del despido, resalta la existencia de indicios de discriminación en la extinción del cuarto contrato formalizado, sin que el Ayuntamiento demandado hubiera superado la inversión de la carga de prueba en cuanto a la inexistencia de discriminación, por lo que habría de concluirse en la nulidad del despido.

i. Breve valoración

Cabe preguntarse si a partir de la valoración de los hechos que se hacía en el propio Auto inicial, era razonable el planteamiento de la cuestión prejudicial. Así, la propia parte actora, alegó que sería innecesario ya que partiendo del carácter fraudulento de la contratación que provocaría que la relación se considerara indefinida y de la consideración de que se le habría cesado por el hecho mismo del embarazo, la legislación española obligaba a la declaración de nulidad del despido por vulneración del principio de igualdad, sin necesidad de planteamiento alguno al TJUE.

Sin embargo se señala por Mazuelos Fernández-Figueroa que la sentencia del Juzgado concluye que “*las exigencias específicas y especiales que imponen el artículo 10 de la Directiva 92/85 no pueden considerarse atendidas con los principios y previsiones generales que nuestro ordenamiento preveía en la fecha de la extinción de la relación laboral (artículo 14 de la Constitución; A , 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 d) de la Ley de Procedimiento Laboral)*, constatándose así que el legislador español no tomó las medidas necesarias para atenerse al artículo 10 de la Directiva desde 1994 hasta la adopción de la Ley 39/1999 a finales de 1999, incumpliendo sus obligaciones derivadas del Tratado de la Comunidad Europea y privando así nuestro ordenamiento jurídico a la trabajadora despedida de la protección particular, especial y específica que el artículo 10 de la Directiva imponía adoptar a los Estados miembros antes del 19 de octubre de 1994”⁵³⁹.

⁵³⁹ Mazuelos Fernández-Figueroa, Manuel. “Alcance del efecto directo del artículo 10 de la directiva 92/85/CEE ante el incumplimiento de un Estado miembro: Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 520, 2002.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La única Sentencia del TS que se tiene constancia que la cita es de fecha 27 de mayo de 2015 - ROJ: STS 2628/2015· ECLI:ES:TS:2015:2628 que desestima recurso de casación frente a Sentencia de la AN.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa, contra la sentencia dictada por la AN de fecha 30-9-2013, en virtud de demanda formulada por el Sindicato sobre conflicto colectivo. Se solicitaba la declaración de práctica contraria a derecho considerar las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad, como "ausencias" o "permisos retribuidos" a los efectos del cobro de bonificaciones o remuneraciones variables del Plan Global de Bonificaciones de SAP.

La Audiencia Nacional primero y posteriormente el TS, tras efectuar un amplio recorrido por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito del principio de no discriminación por razón de sexo, y protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora declara que dicha práctica es contraria a derecho y que el referido periodo no puede ser computado como permisos autorizados o ausencias, a los efectos del cobro de estas bonificaciones o remuneraciones variables.

En cuanto a lo declarado por el TJUE refiere que había ”...venido afirmando que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituía discriminación directa por razón de sexo [SSTJCE 13-2-96 (Asunto C-342/93), 30-4-98 (Asunto C-136/95), 4-10-01 (Asunto C-438/99), 30-3-04 (Asunto C-147/02), 18-11-04 (Asunto C-284/02) y 16-2-06 (Asunto C-294/04)]”, llegando finalmente, tras el repaso de pronunciamos del Tribunal Constitucional y del propio TS, a la conclusión que “...de la legislación y doctrina judicial expuestas de que la trabajadora no puede verse perjudicada en sus derechos laborales con motivos de su condición maternal, so pena de sufrir una discriminación por razón de sexo.”

2.2. En supuesto de despido colectivo

✓ STJUE 22 febrero de 2018, Caso Jessica Porras. C-103/16

a. Identificación de la sentencia

La segunda ocasión que tiene el TJUE de pronunciarse sobre despido de trabajadora embarazada es con ocasión de cuestión prejudicial planteada por el TSJ de

Cataluña en fecha 20 de enero de 2016, y se concretó en Sentencia del Tribunal Superior (Sala Tercera) de fecha 22 de febrero de 2018⁵⁴⁰.

b. Problema suscitado

El problema suscitado por el TSJ surge a raíz de despido llevado a cabo en el contexto de despido colectivo de Bankia, en el que se había llegado a acuerdo con los sindicatos, afectando a la trabajadora que se encontraba embarazada.

La actora plantea demanda por despido por considerar que su estado impediría que se le incluyera entre los trabajadores afectados, dictándose Sentencia por el Juzgado de lo Social por la que desestimó la misma, lo que motivó que se formulara el correspondiente recurso de suplicación.

c. Marco normativo coetáneo

El auto da cuenta al TJUE sobre la normativa reguladora de los despidos objetivos y colectivos y la que regula la protección de la mujer embarazada.

Así refiere el Estatuto de los Trabajadores que regula lo referente a los despidos colectivos y objetivos, y la incidencia que en el mismo tuvo la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida personal, laboral y familiar, el RD 1483/2012 que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y expresamente su art. 13 que establece prioridad de permanencia en la empresa de algunos grupos de trabajadores. Igualmente refiere la LO 1/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

Así da cuenta de la regulación de los despidos colectivos, y de la doble tutela de la mujer embarazada en casos de despido colectivo u objetivo. La objetiva y automática, que no requiere prueba, y la antidiscriminatoria que requiere indicios. E igualmente de la no existencia de norma que establezca preferencia alguna de la mujer embarazada en supuestos de despidos objetivos o colectivos.

⁵⁴⁰ Asunto Jessica Porras Guisado contra Bankia, S.A., Sección Sindical de Bankia de CCOO, Sección Sindical de Bankia de UGT, Sección Sindical de Bankia de ACCAM, Sección Sindical de Bankia de SATE, Sección Sindical de Bankia de CSICA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), con intervención del Ministerio Fiscal. Identificación EU:C:2019:99. Ponente. M. Safjan.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto no hace referencia alguna a jurisprudencia española sino simplemente, como posteriormente se analizaría, a la inexistencia de norma española que impida el despido de la embarazada.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Se ha de resaltar, desde un principio y como se adelantó, que las dudas se plantean en relación a interpretación de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre anteriormente referida, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz o en periodo de lactancia, desarrollo de la Directiva Marco 89/391. Por tanto, se adelanta por el Auto que no se hacía referencia a la Directiva antidiscriminatoria 2006/54, ya que ello estaría cubierto por la regulación del Estatuto de los trabajadores, tanto por la tutela objetiva, sin necesidad de previo conocimiento del embarazo por la empresa, como por la antidiscriminatoria, si el embarazo es el que motivó el propio despido.

Así, la Sala del TSJ de Cataluña interpeló al TJUE acerca de la interpretación de la Directiva 92/85, y en concreto formuló las siguientes preguntas:

- la primera y segunda interrogante relaciona la Directiva 92/85 (seguridad y salud de la trabajadora embarazada o en lactancia) y la Directiva 98/59 (sobre los despidos colectivos). Así parte de la premisa de que el art.10 de la Directiva 92/85 establecería una “...*prohibición de despido de mujeres embarazadas, por considerar el despido un riesgo para su salud, con la única excepción a tal prohibición de supuestos excepcionales no inherentes a su estado*”. De otro lado tiene en cuenta lo dispuesto en la Directiva sobre despidos colectivos 98/59, y en concreto la referencia de su art. 1 a la existencia de “...*uno o varios motivos inherentes a la persona de los trabajadores*”.

La Sala considera que el despido, en sí mismo, supondría un riesgo para la salud de la mujer embarazada (estrés, intranquilidad, inseguridad, angustia...), derivados de la pérdida de trabajo por despido, y que el primer deber del empresario sería evitar dicho riesgo. Por ello considera que el art. 10.1 de la Directiva 92/85, cuando hace referencia, en relación a la prohibición del despido de mujer embarazada o en periodo de lactancia, salvo “...*casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones*

y/o practicas nacionales”, no podría amparar el despido colectivo basado en “...uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...” a que se refiere el art. 1.1.a) de la Directiva 98/59 CE de 20 de julio de 1998.

- La siguiente interrogante que se formula es si ha de exigirse a la empresa que la trabajadora “...no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo, ¿o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?
- La cuarta interrogante parte de la diferenciación entre la tutela preventiva, (ex ante), que conllevaría no distinguir entre despidos individuales y colectivos prohibiendo ambos, por el riesgo a la salud que provoca, salvo situaciones excepcionales no inherentes al estado de la actora; la tutela informativa (ex ínterin), que exigiría la motivación justificada y por escrito de la excepcionalidad que justificaría el despido; y la tutela reparativa (ex post), que impone la protección de la trabajadora ante un despido ilegal. A partir de ello considera el Auto que la tutela preventiva (art. 19.1 de la Directiva) no habría sido completamente traspuesta en el derecho español, limitándose este a la reparativa, una vez producido el despido colectivo/objetivo o disciplinario. A partir de esa clasificación la Sala pregunta si la expresión “...casos excepcionales no inherentes a su estado”, que es la que permite la excepción a la prohibición del despido según el art. 10.1 de la Directiva 92/85, es lo equivalente a “...uno o varios motivos inherentes a la persona de los trabajadores”, como supuestos que justifican el despido colectivo según el art. 1 de la Directiva 98/59.
- La Sala pregunta si en caso de no considerarse ambas expresiones equivalentes, se habría traspuesto correctamente el art. 10.1 de la Directiva 92/85, reiterando que la misma considera que no, y por ende, si la normativa española permite a la negociación colectiva establecer prioridades de permanencia a favor de distintos colectivos, entre ellos mujer embarazada, significaría que la misma posibilita la disponibilidad del derecho reconocido en la Directiva y por tanto su incumplimiento, a diferencia de la no disponibilidad respecto a otros colectivos como los

representantes de los trabajadores, salvo la acreditación de su extraordinaria justificación. Las preguntas tres y cuatro, por tanto, se derivan de tal razonamiento, y se concretan en si ha existido una correcta transposición, al no prohibir el despido (tutela preventiva) y solo sancionar el ilegal (tutela reparativa); y si es igualmente correcta la legislación nacional, como la española, que no establece una prioridad de permanencia de la embarazada y lactante, como la que establece para otros colectivos como los representantes de los trabajadores.

- Por último, formula una quinta pregunta, consistente en si cuando el art 10.2 de la Directiva 92/85 exige una motivación justificada por escrito del despido de la embarazada o lactante, dicha justificación deber ser más exigente que la motivación general del despido colectivo, cual sucede en los casos de prioridad de permanencia. En caso afirmativo, señala, la normativa española estaría mal transpuesta al no exigirse tal justificación más exigente.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵⁴¹

El año siguiente, 14 de septiembre de 2017, se emitieron las conclusiones del Abogado General, cuyo razonamiento es muy próximo al del Auto de planteamiento, partiendo de que efectivamente el despido colectivo, en sí mismo, supone un riesgo para la salud de la trabajadora embarazada o en lactancia, por lo que resultan de aplicación tanto la Directiva de despidos colectivos, Directiva 98/59, como la Directiva sobre seguridad y salud de la misma, Directiva 92/85.

A partir de ello considera que los párrafos que relaciona el Auto (Directiva 92/85 “...casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o practicas nacionales”, “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” Directiva 98/59), no son equivalentes, sin perjuicio de que una situación particular que dé lugar a un despido colectivo, puede estimarse como “caso excepcional”. Considera que corresponde al Juez nacional determinar si esa situación particular puede considerarse o no “caso excepcional”.

Igualmente da respuesta positiva a la segunda interrogante, en el sentido de que, si es posible la recolocación de la trabajadora, no existiría justificación al despido por

⁵⁴¹ Sra. Eleanor Sharpston.

no ser un caso excepcional. Igualmente, remite al Juez nacional a la hora de analizar si es posible o no la recolocación.

Así mismo coincide con el Auto a la hora de considerar que el derecho nacional debe dar protección ex ante y protección ex post.

No coincide, sin embargo, con el Auto de planteamiento en lo relativo a que la normativa nacional deba conceder prioridad de permanencia a las trabajadoras embarazadas en caso de despido colectivo, aunque podrían hacerlo si lo creen oportuno, y ello por considerar que el art. 10.1 de la Directiva de maternidad no obliga a establecer causas específicas de despido para las trabajadoras embarazadas o en lactancia, remitiéndose al efecto a la STJUE del caso Jiménez Melgar (ya comentada anteriormente). En este punto el Abogado General distingue la “*recolocación en otro puesto de trabajo*”, de la “*permanencia en la empresa*”, señalando que esto último significaría que, sin importar cómo, la trabajadora embarazada o en lactancia habría de conservar su empleo, lo que no tendría amparo en la Directiva.

En fin, por último, coincide con el Auto en relación a la necesidad de especificación en la carta de despido, a tenor de la Directiva, de la causa que justificaría precisamente su despido, al hacer referencia la Directiva a “*caso excepcional*”, que tiene que ser distinto del genérico motivo que justificaría el resto de los despidos colectivos, también el de la trabajadora. Por tanto, la determinación de la causa concreta del despido de la trabajadora, en el contexto del despido colectivo de los demás trabajadores afectados, sería un requisito que habría de especificarse en la carta comunicada.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 22 de febrero de 2018 se dictó la STJUE que no asume la totalidad de los planteamientos del Auto ni de las Conclusiones del Abogado General. Así:

- Respecto a la 1ª cuestión, si bien coincide con el Abogado General en el sentido de que la trabajadora embarazada se ve amparada por ambas Directivas (Directiva 92/85 sobre mejora de seguridad y salud laboral trabajadora embarazada o en periodo de lactancia y Directiva 98/59 sobre despido colectivos), no considera que su aplicación conjunta se oponga a una normativa nacional que permite el despido por motivos justificados admitidos por dicha legislación. Por ello discrepa de la identificación que hace el Abogado General entre “...*los motivos no inherentes a la*

persona de los trabajadores por los cuales se efectúan los despidos colectivos” (Directiva 98/59) y los “...casos excepcionales no inherentes al estado de las trabajadoras.” (Directiva 92/85). Esa no identificación es la que determina en gran medida el resto del contenido de la Sentencia.

- Respecto a la 5ª cuestión, coincide igualmente a la hora de considerar que en la carta de comunicación de despido se han de especificar los motivos del despido colectivo y de los criterios objetivos para la designación de la trabajadora. No considera, sin embargo, que las causas de despido tengan que ser distintas y específicas para la mujer embarazada.
- Respecto a la 3ª cuestión, resalta que la Directiva 92/85 se opone, como refería tanto el Auto de planteamiento como las Conclusiones del Abogado General, a normativa nacional que no establezca una prohibición preventiva del despido, protección “*ex ante*”, y sí solo la reparación “*ex post*” concretada en la nulidad del despido cuando sea ilegal. Se justifica ello porque la reparación posterior al despido, declarando la nulidad de este, no evitaría las consecuencias perjudiciales para la salud física y psíquica de la embarazada resaltando el riesgo particularmente grave de incitar a la interrupción voluntaria del propio embarazo. Sin embargo, a pesar de tal pronunciamiento tan tajante, no detalla ni da orientación alguna acerca de lo que deba considerarse esa reparación preventiva, produciéndose una contradicción con el resto de la Sentencia, en tanto que posibilita el despido de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia dentro de un despido colectivo. Es más, con posterioridad resalta que ninguna de las Directivas analizadas (la Directiva 92/85 ni la Directiva 98/59) establecen una prioridad de permanencia ni de recolocación en otros puestos (a tales efectos se remite a la Sentenciada Jiménez Melgar, C-438/99), siendo libres los Estados miembros a la hora de garantizar una mayor protección en estos supuestos de embarazo y lactancia (2ª y 4ª cuestión).

En fecha 26 de abril de 2018 se dictó finalmente la Sentencia por el TSJ de Cataluña⁵⁴². La Sentencia de instancia, como se señaló con anterioridad, había desestimado la demanda de la trabajadora embarazada que había sido despedida en el contexto de despido colectivo de Bankia en el que se había alcanzado acuerdo entre empresa y sindicatos. La Sentencia de suplicación desestima el recurso formulado por la actora.

La Sentencia delimita las cuestiones esenciales de la controversia, a saber:

- La prioridad de permanencia de la trabajadora embarazada en caso de despido colectivo y la suficiencia de la propia carta de despido.
- Junto a ello analiza, como cuestión previa, la cuestión referida a la aplicabilidad del Derecho de la UE. Así refiere la primacía vinculante del Derecho de la UE, distinguiendo entre la eficacia “directa” y la eficacia “horizontal” de las Directivas. Señala que en caso de no transposición debida de la Directiva, la misma no tendría eficacia directa para los particulares, eficacia horizontal, (salvo que se trate de litigios con la Administración del Estado, en cuyo caso existe una eficacia vertical), si bien ello podría dar lugar a su aplicación, en caso de que sus términos sean claros, terminantes e incondicionados, conforme al principio de “interpretación conforme”, según el cual el órgano nacional está obligado a hacer todo lo posible para, a partir de la letra y finalidad de la Directiva, realizar una interpretación de la normativa nacional para alcanzar el resultado querido por la misma, de un lado. De otro, la no transposición podría dar lugar a la posibilidad de exigir al Estado incumplidor los daños que hubiera provocado precisamente la no transposición (acción Francovich frente al Estado).

Analizando el Derecho Español señala la protección que ofrece en relación con la mujer embarazada, distinguiendo la protección objetiva y automática (art. 55.5 b) ET y art.11.1 LO 3/2007) que constituye una acción positiva, sin necesidad de conocimiento del hecho mismo del embarazo por parte del empresario, y la tutela antidiscriminatoria (art. 55.5 primer párrafo del ET, art. 8 LO 1/2003 y art. 14 CE) que

⁵⁴² Recurso suplicación nº 3002/2015. ROJ. STSJCAT 2692/2018. ECLI:ES:TSJCAT:2018:2692.

requiere precisamente el conocimiento del embarazo y que el despido sea motivado por el mismo.

Sin embargo, considera que tales protecciones no agotan la tutela prevista en el art. 10 de la Directiva 92/85 de protección de riesgos de la mujer embarazada, por lo que estima que habría un incumplimiento por el Estado. Y ello a partir de que el despido, en sí mismo, supondría un riesgo que la Directiva prohíbe en su art. 10, al señalar que los Estados “...tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras...entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad...”, salvo casos excepcionales y previa autorización de la autoridad competente. Y no existiendo la transposición y tratándose de litigio entre particulares, no se daría el efecto directo vertical, sino solamente la posibilidad de la mentada acción Francovich.

Inmediatamente después reconoce que la propia STJUE declara que la Directiva 92/85 no se opone a normativa nacional que permite el despido de embarazada con motivo de despido colectivo, ni tampoco la Directiva 98/59 establece una prioridad de permanencia o de recolocación.

En cuanto a la segunda cuestión controvertida, suficiencia, o no, de la carta de despido y necesidad de especificación de la causa del despido en la carta de comunicación de éste, repasa la doctrina del TS, resaltando que la STJUE refiere que en cuanto a la mujer embarazada es necesario, además, concretar los criterios objetivos seguidos para la designación de la trabajadora, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2.2 de la Directiva 92/85, por lo que se “superaría” la doctrina del TS.

A partir de ello y dado que en la carta de despido se concretaban los motivos de la designación de la actora, concluye en la procedencia del despido.

h. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La única STS que la cita es de 20 de julio de 2018 - ROJ: STS 3248/2018· ECLI:ES:TS:2018:3248 que estima RCU frente a STSJ de Madrid.

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, revocando la sentencia de suplicación y confirmando la de instancia, manteniendo la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada, en el marco de un despido colectivo, conociendo el empresario tal extremo. La cuestión que se somete a enjuiciamiento no es la existencia de causa objetiva, sino el grado de

concreción exigible al empresario a la hora de fijar los criterios de selección de los trabajadores afectados cuya acreditación, en cuanto a la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida, corresponde a la empresa. Y en el supuesto analizado, considera la sentencia que ni siquiera se intentó practicar prueba de ello.

Al mismo tiempo se hace eco de forma extensa de la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16, pero afirma que la misma no incide en el asunto ahora examinado por la Sala ya que el objeto de la cuestión prejudicial que dio origen a la misma se ciñe a la interpretación del artículo 10 puntos 1 y 2 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 salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y del artículo 1, apartado 1, letra a) de 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 refiere a los despidos colectivos.

i. Breve valoración

La Sentencia arroja demasiados interrogantes, no clarificando definitivamente el tema. Se distinguen claramente 3 tipos de protecciones: Una anterior que pretende evitar el despido y una posterior que reparara y restablece la relación laboral. Se introduce una tercera protección que se mezcla y confunde con la primera y consiste en proporcionar suficiente información en un despido de trabajadora embarazada.

Pues bien, la sentencia reconoce que la directiva se opone a una protección exclusivamente posterior, por lo que la norma nacional debería introducir una protección previa aunque no detalla la forma en la que debería de hacerse y posteriormente, da validez, precisamente a lo que podría ser una protección previa, afirmando que ninguna de las directivas establece una prioridad de permanencia ni recolocación, remitiendo a las legislaciones nacionales tal garantía y desaprovechando una oportunidad para clarificar un asunto tan importante. La discusión, como indica el profesor Sempere Navarro, se centra en saber qué quiere decir en concreto el TJUE cuando afirma que al Estatuto de los trabajadores le falta una prohibición tutelar, preventiva, previa al despido colectivo⁵⁴³.

⁵⁴³ Sempere Navarro, Antonio V. “Sobre la “impermeabilidad” de la casación: ejemplo social y civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2020.

¿Qué hubiese pasado de ser una empleadora pública y se activase el mecanismo de aplicación directa y vertical de la directiva?.

2.3. En supuesto despido objetivo

✓ ATJUE 12 abril de 2018, Caso Minayo Luque. C-432/16

a. Identificación del Auto

Se reseña, por último, el Auto del presidente del Tribunal de Justicia de 12 de abril de 2018⁵⁴⁴, dictado en caso Carolina Minayo Luque, y que acuerda proceder al archivo del caso que traía causa de cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña en 3 de junio de 2016.

b. Problema suscitado

La controversia suscitada era igualmente sobre la declaración de nulidad o improcedencia del despido de trabajadora embarazada. A diferencia del caso Jessica Porrás el despido no es colectivo sino objetivo por causas económicas, organizativas y productivas, y el resumen de hechos cabe concretarlo en los siguientes:

- Empresa de actividad de guardería, y trabajadora educadora infantil.
- La empresa tuvo conocimiento del embarazo en primer trimestre del año y el despido se lleva a cabo en septiembre del mismo año.
- La trabajadora es la que tenía menos antigüedad en la empresa en la categoría de educadora infantil.
- Se acredita la evolución económica negativa en los últimos cuatro años anteriores.

Había un hecho diferenciador y que finalmente resultaría determinante, y es que en el supuesto de Jessica Porrás en la carta de comunicación del despido colectivo se concretaron los criterios que habrían determinado la afectación de la trabajadora, mientras que en el caso Minayo Luque en la carta no se especificó y solo se hizo en el momento del despido.

⁵⁴⁴ Caso Carolina Minayo Luque y Quitxalla Stars, S.L., y otros. Identificación ECLI:EU:C:2018:277. Ponente: K. Lenaerts.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo nacional venía dado por la ley 39/1999 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida personal, laboral y familiar que traspone la Directiva 92/87 y distintos artículos del E.T., que por un lado trasponen aquella y de otro regula el despido objetivo.

En relación a tal normativa el Auto informa al TJUE que la misma establecía dos clases de tutela:

- Una tutela objetiva y automática (art. 53.4 b) y 55.5. párrafo 2b) E.T.), basada en el hecho del embarazo, con independencia de su conocimiento por el empresario. Conlleva a la nulidad del despido y por ende la readmisión obligatoria.
- Una tutela antidiscriminatoria, art. 53.4, primer párrafo y art. 55.5 primer párrafo del E.T. y art. 8 LO 1/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que requiere que se aporten indicios de que el despido se debe al embarazo. Conlleva no solo la nulidad y readmisión obligatoria, sino también la indemnización por daños y perjuicios.

Junto a tal normativa habría de estar a la estrictamente reguladora de los despidos objetivos, art. 52.c (posibilidad del despido objetivo), art. 51, la reguladora del despido objetivo (causas que lo posibilitan) y art. 53 (forma de llevarse a cabo)

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Se hace remisión a la Sentencia Jessica Porras anteriormente analizada dada la identidad sustancial de hechos y fundamentos.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto, al igual que en el caso Jessica Porras, que se había planteado dos meses antes por el mismo Tribunal, después de repasar la normativa nacional, insiste en destacar que sus dudas surgirían no tanto de la aplicación de la Directiva 2006/54, trato menos favorable a la mujer por el hecho del embarazo, que tendría su desarrollo en el art. 55.5 del E.T., y que impondría la nulidad con derecho a indemnización, sino al considerar vulnerada la Directiva 92/85, que a su vez desarrolla los principios generales de la prevención de riesgos para la salud previstos en la Directiva Marco de prevención

de riesgos 89/391, y en concreto su art. 10 que prohíbe el despido de mujeres embarazadas, lo que no tendría una correcta traslación, a su juicio, al derecho interno.

Así indica, en síntesis con lo que hemos analizado en el asunto Jessica Porras, que la Directiva 92/85 establecería una triple tutela:

- Preventiva (ex ante). Prohíbe el despido de embarazada, ya sea individual o colectivo, para evitar el riesgo para la salud que comporta el mismo, estableciendo casos excepcionales.
- Informativa (ex ínterin), que en tales casos excepcionales exigiría una motivación justificada y por escrito a la afectada.
- Reparativa (ex post), que impone a los Estados tomar medidas para proteger a la trabajadora contra el despido ilegal.

Sin embargo, indica que la normativa española solo habría desarrollado la tutela reparativa (objetiva o como consecuencia del embarazo), no la prohibitiva e informativa, ya que se pregunta si “...*los casos excepcionales no inherentes a su estado*”, que juegan como excepción a la prohibición del despido, se deben entender que concurren cuando existen causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y tal duda le surge por entender que el despido supone un riesgo, en sí, para la salud de la mujer (por el estrés, intranquilidad, inseguridad, angustia etc.), y el primer deber del empresario sería precisamente evitar ese riesgo a tenor del art. 6.2 a) de la Directiva 89/391.

Por ello considera que aun cuando concurrieran motivos objetivos para la extinción, la Directiva impediría el despido en caso de que existieran posibilidades de recolocación de la trabajadora, incluso afectando a otros trabajadores. Recuerda que la normativa española establece excepciones a la hora de concretar las personas afectadas por los despidos, exigiendo una justificación reforzada, como sucede con los propios representantes de los trabajadores, entendiendo el Auto que ello también sería exigencia de la Directiva. Por último, considera, que en todo caso, el mentado art. 10 de la Directiva 92/85 exigiría una motivación justificada y por escrito a la trabajadora, siendo así que en la normativa española esa motivación de excepcionalidad solo viene establecida para algunos casos concretos y no para la mujer embarazada.

Así pues y en resumen, se observa como la línea fundamental de argumentación del Auto sigue la planteada en el caso de Jessica Porras, por lo que en definitiva la solución que se diera a aquella sería aplicable a esta.

f. Resolución del TJUE

Como se indicó con anterioridad, se había dictado Sentencia por el TJUE en el caso Porras Guisado (C-103/17), sobre cuestión prejudicial formulada por el mismo TSJ de Cataluña. Dada la similitud esencial de aquella cuestión con esta que se analiza, la secretaria del Tribunal de Justicia remitió al TSJ de Cataluña la Sentencia dictada, “...invitándolo a que indicara si, a la luz de dicha sentencia, deseaba mantener su petición de decisión prejudicial”.

En fecha 11 de marzo de 2018 el TSJ de Cataluña remitió escrito al TJU indicando que “...no deseaba mantener su petición de decisión prejudicial”.

En función de ello y al amparo del art. 100 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, dictó Auto el 12 de abril de 2018, acordando archivar el caso.

g. Sentencia del Tribunal Español

Mes y medio más tarde, el 1 de junio de 2018, se dictó Sentencia definitiva por el TSJ de Cataluña⁵⁴⁵ resolviendo el recurso de suplicación formulado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Terrassa que había declarado la procedencia del despido objetivo de la trabajadora embarazada y revocando la misma.

En la Sentencia se parte de varios hechos esenciales:

- Así, en primer lugar, que se trataba de despido objetivo por circunstancias económicas acreditadas en la instancia, si bien se habría alegado en demanda que el mismo había sido provocado por su embarazo.
- Que a partir de ello y dado el hecho cierto del embarazo de la actora, se producía la inversión de la carga probatoria, a fin de que por la empresa se eliminara cualquier duda sobre la relación embarazo/despido.
- Que la Sentencia dictada por el TJUE en el caso Jessica Porras había declarado que “...el artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe

⁵⁴⁵ Recurso suplicación nº 6470/2015. ROJ. STSJCAT 4954/2018. ECLI:ES:TSJCAT:2018:4954.

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”.

- Que en la carta de despido no se habrían concretado los criterios objetivos de elección de la trabajadora embarazada, habiendo sido en el acto de juicio cuando se alegó el criterio de antigüedad, lo que provocaría un defecto en la comunicación que conllevaría la declaración de nulidad, a tenor de doctrina del TS⁵⁴⁶. Y ello por considerar que los casos previstos en el art. 55.5.b del E.T., entre ellos la mujer embarazada, maternidad, lactancia etc., tienen especial protección en caso de despido.

Así pues, y en definitiva, se declara la nulidad del despido de la actora, a diferencia del supuesto de Jessica Porras, por entender que, si bien estaban acreditadas las razones económicas y productivas del despido, habría existido un defecto en la comunicación de este, al no haberse especificado el criterio de elección de la actora, criterio de elección, la menor antigüedad, que se comunicó en el acto de juicio.

h. Breve valoración

El análisis del caso pone de manifiesto dos temas de especial importancia para quienes se dedican a la teoría y a la práctica del derecho laboral. Así, de un lado, la cada vez más necesaria actualización en materia de jurisprudencia del TJUE y el efecto mariposa de sus sentencias. De otro lado, la necesaria actualización permanente de conocimientos.

En el caso analizado, despido objetivo, existían causas justificadas del mismo, existía, también, un criterio de elección de la actora que se encontraba embarazada, cuál era el de antigüedad. Sin embargo, el no concretar dicha circunstancia sería un requisito omitido, por mor de lo dispuesto en el art. 10, punto 2, de la Directiva 92/85, a saber concretar en la propia carta de despido no solo las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino también el criterio específico de la selección trabajadora embarazada. Sin embargo surge la duda en los supuestos en los que se

⁵⁴⁶ STS 31 de marzo de 2015. RCUUD 1505/2014.

ignore el embarazo de la actora. Y si en tales casos también habrían de concretarse los criterios de afectación.

3. Materias relacionadas con la protección de la discapacidad frente al despido

El TJUE se ha pronunciado en cuatro ocasiones, hasta la fecha, en relación a cuestiones prejudiciales formuladas por juzgados españoles, en todos los casos Juzgados de lo Social, sobre despido de trabajadores en situación de Incapacidad, una en el año 2006 (Caso Sonia Chacón, C-12/05), y otra en el año 2016, (Caso Daoidi, C-395/15); posteriormente en 2018 (caso Ruiz Conejero, C-270/16), y por último en septiembre 2019 (Caso Nobel Plásticos Iberica, S.A. C-397/18).

En los primeros casos los respectivos Juzgados de lo Social que lo plantean lo justifican en análogas razones. Pronunciamientos reiterados del TS y del propio TC que les impedían dictar Sentencia declarando la nulidad del despido y no meramente la improcedencia en supuestos análogos de trabajadores que se encontraban en situación de I.T., cuando son despedidos no procedentemente.

El análisis de las Sentencia se llevó a cabo en el apartado I.4 (Discapacidad, su protección frente al despido) del presente trabajo, al que se hace expresa remisión.

VI. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

1. Materias relacionadas con los riesgos laborales

Las ocasiones en que los órganos judiciales españoles han invocado normativa europea sobre seguridad y salud laboral en cuestiones prejudiciales ante el TJUE lo han sido en relación a controversias analizadas en distintos apartados del presente trabajo, fundamentalmente referidas a tiempo de trabajo, maternidad y riesgo de lactancia, por lo que se hace expresa remisión a las mismas.

Igualmente se ha pronunciado en controversia sobre ruido que se pasa a analizar.

✓ STJUE de 19 de mayo de 2011. Caso Barcenilla Fernández. C-256/10 y 261/10

a. Identificación de la sentencia

En fecha 19 de mayo de 2011 tuvo oportunidad el TJUE (Sala Séptima) de dictar Sentencia⁵⁴⁷, sobre protección de la seguridad y salud referido a los niveles de ruido en relación con plus de penosidad establecido en convenio colectivo y ello dando respuesta

⁵⁴⁷ Asunto David Barcenilla Fernández (asunto C-256/10), Pedro Antonio Macedo Lozano (asunto C-261/10) contra Gerardo García, S.L.. Identificación. ECLI:EU:C:2011:326. Ponente. T. von Danwitz.

a cuestiones prejudiciales formuladas por Autos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 21 de abril de 2010. Se trata de dos cuestiones prejudiciales planteadas por el mismo órgano en supuestos idénticos donde la empresa era la misma que finalmente se acumulan.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho cabe resumirlo esquemáticamente en los siguientes términos:

- Trabajador que presta servicios en empresa que se dedica a fabricar materiales de piedra.
- Realiza funciones con maquina cortadora automática, con una exposición diaria al ruido superior a 85 dB(A).
- La empresa le proporciona protección auditiva individual con lo cual la exposición individual al ruido se reduce a nivel inferior a los 80 dB(A).
- El trabajador formula demanda en reclamación de plus de penosidad establecido en el convenio colectivo por considerar que estaban expuestos a nivel de ruido superior a 85 dB(A).
- La empresa se opone a la demanda, dictándose Sentencia por el Juzgado de lo Social denegando la misma por considerar que la empresa respetaba el RD 286/2006 que transpone la Directiva 2003/10 ya que el nivel de ruido debe considerarse tras la minoración producida por la medida de protección auditiva individual.
- El trabajador formula recurso de suplicación ante el TSJ de Castilla León que es quien plantea la cuestión prejudicial.

c. Marco normativo coetáneo

El marco normativo existente al momento del planteamiento de la cuestión era:

- o Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido, que transpuso la DIRECTIVA 2003/10/CE del PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 6 de febrero de 2003 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)

- El Convenio colectivo provincial de construcción y obras públicas de Palencia 2007-2011, cuyo artículo 27 disponía:
 - *A los trabajadores que tengan que realizar labores que resulten excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas, deberá abonárseles un incremento del 20% sobre su salario base. Si estas funciones se efectuaran durante la mitad de la jornada, o en menos tiempo, el plus será del 10%.*
 - *Las cantidades iguales y superiores al plus fijado en este artículo que estén establecidas o se establezcan por las empresas, serán respetadas siempre que hayan sido concedidas por los conceptos de excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad, en cuyo caso no será exigible el abono de los incrementos fijados en este artículo. Tampoco vendrán obligadas a satisfacer los citados aumentos, las empresas que los tengan incluidos, en igual o superior cuantía, en el salario de calificación del puesto de trabajo.*
 - *Si por cualquier causa desaparecieran las condiciones de excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad, dejarán de abonarse los indicados incrementos.*
 - *En caso de discrepancia entre las partes sobre si un determinado trabajo, labor o actividad debe calificarse como excepcionalmente penoso, tóxico o peligroso, corresponde a la jurisdicción competente resolver lo procedente."*

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

La doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras de 25 de noviembre de 2009 (rec. 558/09)⁵⁴⁸, en supuesto análogo y analizando la Directiva referida y su trasposición mediante RD 286/2006, había declarado que “...*la conclusión a la que procede llegar no es otra que la de entender que la penosidad por ruido sólo*

⁵⁴⁸ STS 25 de noviembre de 2009. ROJ: STS 8366/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8366.

puede afirmarse existente cuando "el ruido que llega al oído" del trabajador alcanza los 80 decibelios de media, y, por lo tanto, que cuando se le han facilitado elementos de protección y con ellos se rebaja ese nivel de ruido no puede hablarse de penosidad por ruido. Debiendo reiterar que aquí solo se ha discutido la penosidad causada por el ruido en relación con el riesgo físico de hipoacusia o sordera, sin que por lo tanto se elimine la posibilidad de que exista penosidad superior si se acredita que el ruido produce, además, otro tipo de dificultades físicas o síquicas de las que en este procedimiento ni en la normativa en el que la parte actora se apoyó se han contemplado en ningún momento, cual ya se señaló más arriba...".

Así pues la Sala de lo Social e Castilla León ya no podía seguir el criterio que había mantenido la STSJ de Castilla La Mancha de 24-9-08⁵⁴⁹ que un año antes había declarado que "...En consecuencia con lo anterior, debe estimarse el motivo de recurso examinado, al ser intrascendente para la consideración de penosa de la actividad que los protectores auditivos reduzcan el nivel de ruido por debajo de los 80 db, cuando las mediciones de nivel constante de ruido soportado exceden en todo caso de los 90 db, en la dependencia donde presta servicios el demandante....", por lo que si no estaba de acuerdo con la doctrina del Supremo se veía compelida a formular la oportuna cuestión prejudicial.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

La sentencia del Juzgado se recurre en suplicación y el TSJ apreciando dudas sobre la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de febrero de 2003 plantea las siguientes cuestiones al TJUE:

- *¿Deben interpretarse los artículos 3, 5.2, 6 y 7 de la Directiva 2003/10 [...] en el sentido de que una empresa en la cual el nivel de exposición diario de los trabajadores al ruido se sitúa por encima de los 85 dbA (medido sin tener en cuenta los efectos de los protectores auditivos), cumple con las obligaciones preventivas fijadas por dicha Directiva en relación con las condiciones materiales de trabajo mediante la entrega a esos trabajadores de unos protectores auditivos tales que, con el nivel de*

⁵⁴⁹ ROJ: STSJ CLM 1492/2008 - ECLI:ES:TSJCLM:2008:1492.

atenuación proporcionado por dichos protectores, la exposición diaria al ruido de esos trabajadores se reduzca por debajo de los 80 dbA?

- *¿Debe interpretarse el artículo 5.2 de la Directiva 2003/10 [...] en el sentido de que el “programa de medidas técnicas y/o de organización” que debe adoptar una empresa en la cual el nivel de exposición diario de los trabajadores al ruido se sitúa por encima de los 85 dbA (medido sin tener en cuenta los efectos de los protectores auditivos), tiene como finalidad reducir el nivel de exposición al ruido por debajo de los 85 dbA?*
- *Si la respuesta a la primera cuestión fuese negativa, ¿debe interpretarse que la Directiva 2003/10 [...] es contraria a una norma o a una práctica judicial nacional que exime a la empresa de pagar una compensación en metálico, que en principio debe abonar a los trabajadores afectados por niveles de exposición diarios al ruido superiores a los 85 dbA, por el hecho de proporcionar a esos trabajadores protectores auditivos cuyo efecto de atenuación produce que la exposición diaria quede por debajo de los 80 dbA?»*

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵⁵⁰

El Abogado General, solicitó que se emitiera Sentencia sin conclusiones escritas.

g. La sentencia del TJUE

En fecha 19 de mayo de 2011 se dictó la correspondiente STJUE dando respuesta a las dos preguntas.

De un lado considera que no se cumple la normativa europea si se limita a dar medidas de protección individual, siendo necesaria la adopción de medidas que reduzca los niveles de exposición en origen.

Pero, sin embargo y al mismo tiempo señala que no existe obligación, por disposición comunitaria, de abono de un complemento económico por la mayor peligrosidad y penosidad, si bien se han de establecer mecanismos para el cumplimiento de la normativa comunitaria.

⁵⁵⁰ Sr. Y. Bot.

A partir de ello concluye que la Directiva 2003/10 no se cumple si la empresa se limita a la mera entrega a los trabajadores de protectores auditivos individuales, sino que debe aplicar 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, pero la misma no exige que el incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones preventivas establecidas por dicha Directiva se sancione con la obligación de abonar un complemento salarial.

h. La sentencia del Tribunal Español

h.1.-Sentencia de Suplicación

Dos meses más tarde, el 27 de Julio de 2011, se dicta Sentencia⁵⁵¹ por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimando el recurso, considerando que el trabajador tiene derecho al cobro del plus de penosidad previsto en el convenio colectivo para los trabajadores que realicen labores que resulten excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos.

Alude a la doctrina del TS anteriormente citada pero el TSJ entiende que *“...debe calificarse como excepcionalmente penoso un trabajo en el que el operario está sometido a un nivel de ruido superior a aquel en el que la Directiva 2003/10 exige al empresario la adopción de un programa de medidas técnicas o de organización destinado a reducir el nivel de exposición diaria al ruido.”*

Refiere sin embargo que la utilización de los equipos de protección individual para mitigar la exposición al ruido *“...conlleva por sí misma una importante penosidad (aunque pueda limitar el riesgo de sordera), que podría ser evitada si el empleador cumpliera las obligaciones preventivas que le vienen impuestas por el Derecho comunitario. Aparte de que el Convenio Colectivo aplicable no incluye alusión alguna a la atenuación de los equipos de protección individual a la hora de percibir el complemento”*, por lo que hasta tanto la empresa no adopte el necesario programa que le exige la Directiva, para mitigar el ruido, se tendría derecho a percibir el complemento salarial. A ello añade que el convenio no hace excluir el plus cuando se facilitan equipos de protección individual.

⁵⁵¹ Recurso suplicación nº 343/2010. STSJ, 27 de julio de 2011 (ROJ: STSJ CL 3815/2011 - ECLI:ES:TSJCL:2011:3815).

En resumen, por el denominado efecto útil de la directiva, diferencia entre la obligación de proporcionar elementos de protección y eliminar y reducir, en origen, la exposición a niveles de ruido (artículo 5.1 de la directiva).

h.2.-Sentencia de casación

La sentencia fue recurrida en Unificación de Doctrina, dictándose por STS⁵⁵² el 25 de febrero de 2013 desestimando el recurso al no existir contradicción entre las sentencias objeto de comparación⁵⁵³ y por tanto tampoco doctrina a unificar señalando que “...*pueden ser las dos acertadas o las dos erróneas pero discurren sobre hechos no iguales -en la recurrida el trabajador percibía 86 dB sin cascos, lo que está por debajo del valor límite de exposición, mientras que en la de contraste el trabajador recibía muy por encima de 87 dB igualmente sin cascos. A partir de ahí, y sobre la base de esa diferencia fáctica, la sentencia recurrida otorga el plus por una argumentación completamente ausente en la sentencia de contraste - la no realización por el empresario de todo un programa de medidas colectivas para reducir el ruido ambiente- y ésta lo deniega por unos argumentos que ni por asomo aparecen en la sentencia recurrida. No hay, pues, doctrina contradictoria que unificar*”

i. Breve valoración

Es una cuestión que se somete con frecuencia a la práctica forense, un plus de penosidad establecido en convenio colectivo pero que no se abona por considerar la empresa que se ha reducido, o incluso eliminado el riesgo, al facilitar equipos de protección.

Se trata de problemática que posiblemente se mantenga a falta de una mayor clarificación, dado que se ha de tener en cuenta:

La existencia de una Directiva que establece, conforme indica en su artículo 1 unas “...*disposiciones mínimas en materia de protección de los trabajadores contra los riesgos para su seguridad y su salud originados o que puedan originarse por la exposición al ruido, en particular los riesgos para el oído*”.

⁵⁵² RCU 3205/2011.

⁵⁵³ La sentencia de comparación era la del TSJ de Andalucía-Granada de 17/12/2008 (ROJ: STSJ AND 16090/2008 - ECLI:ES:TSJAND:2008:16090) que había revocado la de instancia estimatoria de la pretensión el trabajador. Curiosamente dicha sentencia recordaba, para oponerse a la misma, la del TS de 16/5/1984 ((RJ 1984\1461), que señalaba que el uso de protectores auditivos tiene un “carácter morboso” y causaban “indudables molestias”, argumento del TS que es precisamente análogo al de la STJUE que se comenta.

El establecimiento, en multitud de convenios colectivos, de un plus de penosidad, debiéndose estar al tenor de su regulación.

La doctrina del TS considerando que el nivel del ruido debe medirse en el puesto de trabajo con los elementos de protección.

La posición del TJUE en el sentido de que " *...el empresario no cumple con sus obligaciones establecidas en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2003/10 mediante la mera entrega a los trabajadores de protectores auditivos individuales, sino que debe aplicar 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*".

Bien es cierto que la Directiva 2003/10/CE "*...no regula, como tal, ni el pago de un complemento salarial por razón de la penosidad de un puesto de trabajo derivada de la exposición al ruido, ni la cuestión de si puede o debe tenerse en cuenta el efecto de una protección auditiva individual para determinar el umbral de exposición al ruido que da lugar a la obligación de pagar el referido complemento salarial...*" y en consecuencia "*...no exige que el incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones preventivas establecidas por dicha Directiva se sancione con la obligación de abonar un complemento salarial*"⁵⁵⁴.

En el mismo sentido el TS entiende que "*...tanto la Directiva 2003/10/CE, de 6 de febrero, como el RD 286/2006, de 10 de marzo, «...tienen como único objeto la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores dirigida a la prevención de riesgos laborales». Lo relevante no es, entonces, el ruido al que está sometido un puesto de trabajo sino la correcta evaluación de la exposición de los trabajadores al ruido con el fin de conseguir que el ruido que llegue al oído se mantenga por debajo de los valores límite de exposición, en interpretación del punto 12 de la Exposición de Motivos de la Directiva comunitaria. (FJ Tercero.3)*"⁵⁵⁵.

Sin embargo, lo que se trata de aclarar es si es penoso aquel trabajo que en origen, sin los elementos de protección individual, supera los 85 db indicados en la directiva y ello en función de que la directiva establece 3 claras obligaciones y una de

⁵⁵⁴ Pérez Campos, Ana Isabel. "Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Enero-Junio 2011)", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2012.

⁵⁵⁵ Sempere Navarro Antonio V. "Mucho ruido y pocas....retribuciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2010.

ellas (artículo 5.2) consiste en reducir la exposición al ruido sin tener en cuenta la protección individual. En función de ello y precisamente de esa obligación la Directiva está asumiendo, de algún modo, que la simple exposición al ruido, aun con los elementos de protección, es un riesgo.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera STS que la cita es de 30 de noviembre de 2011, Roj: STS 9321/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9321, que estima recurso formulado por la empresa y consecuentemente se desestima la demanda que dio origen al procedimiento.

Los hechos se resumen en la propia sentencia en los siguientes términos: *“Trabajador que prestaba servicios en un ambiente en el que el ruido era superior a los 80 decibelios durante el 26,19 por ciento de la jornada, pero que se reducía por debajo de ese nivel en cualquier momento con la utilización de los cascos protectores que le facilitaba la empresa.”*

La Sentencia del TSJ era estimatoria a las pretensiones del trabajador, esto es el derecho al abono del complemento previsto en convenio por realizar labores que *“resulte penosas, tóxicas o peligrosas”*.

Se presenta de contraste STS de 25 de noviembre de 2009 (rcud 558/09) donde un trabajador con el uso de protectores auditivos reducía los niveles de ruido por debajo de 80 decibelios.

La Sala se reitera en sus sentencias anteriores, pero se hace eco de la sentencia del TJUE y de la posible influencia que tendría en una modificación de su doctrina. Pero finalmente considerara que dicha sentencia no sería de aplicación al caso analizado, ya que en la misma se indicó *“...que por el solo hecho de estar sujeto un trabajador a un determinado nivel de ruido no tiene derecho a percibir un complemento salarial por ello, sin perjuicio de las posibles acciones que quepa actuar para evitar que el ruido se produzca, y que son las adecuadas para evitarlo, atajando con ello el efecto pernicioso que a nivel de prevención puede suponer que los trabajadores puedan conformarse con un incremento salarial en lugar de exigir las medidas adecuadas para proteger su salud, contraviniendo la finalidad de la Directiva. Con ello el indicado Tribunal no solo no avala una reclamación salarial fundada en el efecto ruido, sino que está indicando claramente lo que hay que hacer en estos casos, saliendo al paso de alguna manera de*

la muy poco edificante tradición española de pretender eliminar el ruido con dinero traducido en salario.”

La anterior sentencia cuenta con un Voto Particular al que se adhieren 6 Magistrados más discrepando con la anterior sentencia reconociendo “...*el derecho al percibo del complemento postulado, pues la prestación de servicios se produce en puestos de trabajo con nivel de ruido superior a los 80 decibelios, es decir, penosos, durante las jornadas efectivas de trabajo que se acreditan, y cuya duración es incontrovertida, y ello al margen de que la Directiva comunitaria no establezca la obligación de abono del complemento, pues resulta de la propia norma convencional*”.

- Nuevamente analizó el tema la importante Sentencia del TS de 20 de junio de 2018, Roj: STS 2627/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2627 que consideró que la especificidad de la regulación convencional era inaplicable la doctrina del Pleno de la Sala en las tres STSS 25/11/2009 (recursos 556/09, 558/09 y 559/09).

El supuesto de hecho era el siguiente: Empresa de cárnicas que tras tener conocimiento del criterio del TS en sus sentencias de 25 de noviembre de 2009, deja de abonar unilateralmente el plus por ruido regulado en el artículo 57 del convenio colectivo para las industrias cárnicas. Se formula demanda por los trabajadores que es estimada por el Juzgado de lo Social y revocada en suplicación por el TSJ de Castilla La Mancha. Finalmente, la STS revoca la de suplicación y confirma la de instancia.

La Sentencia se hace eco de la del TJUE, señalando que habría realizado dos afirmaciones que incidían en el objeto de debate:

a).- Que «... la Directiva 2003/10 debe interpretarse en el sentido de 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 mera entrega a los trabajadores de protectores auditivos que permitan reducir la exposición diaria al ruido a un nivel inferior a 80 dB(A), teniendo este empresario la obligación de 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» [ap. 34].

b).- Que «... la Directiva 2003/10 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» [ap. 43].

Igualmente reitera lo dicho en STS de 30-11-11 en el que se indicó que “...*la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia Comunitario ... de forma expresa mantuvo que por el solo hecho de estar sujeto un trabajador a un determinado nivel de ruido no tiene derecho a percibir un complemento salarial por ello, sin perjuicio de las posibles acciones que quepa actuar para evitar que el ruido se produzca, y que son las adecuadas para evitarlo, atajando con ello el efecto pernicioso que a nivel de prevención puede suponer que los trabajadores puedan conformarse con un incremento salarial en lugar de exigir las medidas adecuadas para proteger su salud, contraviniendo la finalidad de la Directiva*”.

Sin embargo la Sentencia del TS refiere que en el caso concreto que analiza, se trataría de interpretar la específica previsión del convenio colectivo, que mejoraría los mínimos legales de tal forma que se abonaría el complemento si se cumplían tres requisitos:

“1) *Que no fuese técnicamente posible eliminar las condiciones acústicas para conseguir alcanzar menos de 80 dbA.*

2) *Que, dándose la circunstancia anterior el trabajador que preste sus servicios en el puesto sometido a 80 dbA o más, utilice la protección auditiva de manera efectiva y permanente durante su tiempo de trabajo, para evitar los efectos del ruido que no han podido ser eliminados.*

3) *Que el trabajador preste sus servicios durante una hora o más en un puesto de trabajo cuyo nivel de ruido sea de 80 dbA o más*”.

La Sentencia finaliza señalando que “...*Todas estas consideraciones nos llevan a concluir -aún reconociendo que el texto del convenio colectivo ofrece obvias deficiencias y aparentes contradicciones en su redacción- que el nivel de ruido a tener en cuenta para devengar el cuestionado complemento salarial es el que ofrece el*

«puesto de trabajo», no el que percibe el trabajador individual cuando utiliza los preceptivos medios de protección.”.

VII. ASPECTOS PROCESALES

En este apartado se analizan Sentencias que han interpretado la normativa comunitaria con ocasión de distintos temas que cabría denominar genéricamente como “procesales” y que en todo caso interesa conocer al estudioso y al practico del Derecho del Trabajo (entre ellos los integrantes del poder judicial que en sus funciones pueden formular cuestiones prejudiciales). Su estructuración se lleva a cabo según criterio cronológico.

1. Efectos del allanamiento en el proceso nacional

✓ STJUE 15 junio de 1995, Caso Zabala Erasun. C-422/93

a. Identificación de la sentencia

La cuestión analiza el efecto del allanamiento de la demandada con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial y fue dictada por el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), con ocasión de Auto planteado por el TSJ de la Comunidad Vasca el 1 de Junio de 1993⁵⁵⁶.

Es de resaltar que se trataba de la segunda cuestión prejudicial formulada por órganos españoles en materia social, habiendo sido la primera la que formuló el T. Central de Trabajo en fecha 21 de marzo de 1987 (C-126/86).

b. Problema suscitado

Dado que finalmente se acordó el archivo de las actuaciones, lo que se analiza no es tanto la cuestión o duda planteada por el Auto de planteamiento del juzgado o tribunal español, sino la propia competencia o función del TJUE y más específicamente una vez que el proceso nacional teóricamente ya no precise de la interpretación que motivó el planteamiento.

Los hechos y la controversia planteada al TSJ, venían relacionados con la problemática de los trabajadores transfronterizos, aquellos que prestan servicios durante su vida laboral en lugares de zona fronteriza con otro país europeo, en este caso Francia y como habrían de considerarse los derechos adquiridos en uno y otro estado.

⁵⁵⁶ Asunto Teresa Zabala Erasun (C-422/93), Elviara Encabo Terrazos (C-423/93) y Francisco Casquero Carrillo (C-424/93) contra Instituto Nacional de Empleo. Identificación. ECLI:EU:C:2016:447. Ponente: C.N. Kakouris.

El TSJ del País Vasco analizó el supuesto que cabe resumir de la siguiente forma esquemática:

- Trabajador que presta servicios en zona fronteriza, y computando periodos de cotización en cada país.
- En España solicita prestación de desempleo que se le reconoció.
- Al finalizar el desempleo solicita subsidio y se le desestima por el SPE español por considerar que las prestaciones sociales no se no habrían recogido en la comunicación de España al Consejo de la Comunidad, de fecha 22 de abril de 1987, que sería preceptiva a tenor de lo previsto en el art. 5 del Reglamento nº 1408/71.

El trabajador formula demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Guipúzcoa, formulando el actor el correspondiente recurso de suplicación.

c. Marco normativo coetáneo. d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Dado que, como se refirió, no se entra a analizar el fondo de la controversia sino simplemente la competencia del TJUE, se omite referenciar el marco normativo y jurisprudencial alegado por el Auto de planteamiento en relación al supuesto de hecho.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

La duda interpretativa se planteó a raíz de supuesto de hecho relacionado con trabajador que prestaba servicios en periodos distintos y en zona fronteriza con Francia, de tal manera que se le aplicaría el Reglamento 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 y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, codificada por Reglamento (CEE) 2001/83.

Dicho Reglamento parte del derecho a la libre circulación de personas, no limitado a los trabajadores por cuenta ajena sino en relación con el derecho de establecimiento y por tanto también a los trabajadores por cuenta propia. A partir de ello el objetivo del Reglamento era “...asegurar a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad, a sus derechohabientes y a sus supervivientes, el mantenimiento de los derechos y beneficios adquiridos y en curso de adquisición”, lo que se habría de alcanzar “...mediante la totalización de todos los períodos computados por las diversas legislaciones nacionales para el reconocimiento y conservación del derecho a las

prestaciones, y para el cálculo de las mismas, así como mediante la posibilidad de conceder prestaciones a las diversas clases de personas amparadas por el Reglamento, cualquiera que sea el lugar donde residan dentro de la Comunidad...”.

No obstante ello, el art. 5 de dicho Reglamento establecía que los distintos Estados miembros habrían de llevar a cabo una notificación en donde especificaran determinadas prestaciones a las que le sería de aplicación.

El TSJ del País Vasco analizó supuesto de quien trabajó en diferentes periodos en zona fronteriza con Francia, por lo que le sería de aplicación la legislación de ambos países. El actor solicitó prestación de desempleo que se le reconoció y a su extinción solicitó subsidio que se le desestimó por el SPEE, por considerar que las prestaciones asistenciales no se habrían recogido en la comunicación de España al Consejo de la Comunidad, de fecha 22 de abril de 1987, que sería preceptiva a tenor de lo previsto en el art. 5 del Reglamento nº 1408/71.

Sin embargo, con posterioridad a la Sentencia de instancia y después del planteamiento de la cuestión prejudicial por el TSJ de la Comunidad Vasca, se produjo una nueva comunicación de España, por la que declaraba que las prestaciones por desempleo de nivel asistencial también estaban comprendidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento por lo que hubo allanamiento del SPEE, quien solicitó al TSJ País Vasco que retirase la cuestión.

EL TJCE, informado por el Reino de España de la estimación de la solicitud, se dirigió al TSJPV preguntándole si mantenía la cuestión prejudicial, a lo que este contestó que sí, por dos razones:

- la primera por considerar que el efecto devolutivo derivado del planteamiento de la cuestión le privaría de competencias para resolver sobre el allanamiento, correspondiéndole al propio TJCE.
- en segundo lugar, por estimar que el tema que se suscitaba escapaba del campo de debate entre las partes por afectar a intereses generales, por lo que estimaba era procedente un pronunciamiento del TJCE.

f. Conclusiones del Abogado General

En fecha 21 de febrero de 1995 se emitieron conclusiones por el Abogado General, con posterioridad a la declaración del Reino de España en la que se incluía el

subsidio de desempleo, indicando que ello sería prueba suficiente para declarar que efectivamente las prestaciones asistenciales, en el caso concreto el subsidio de desempleo, estarían incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71. Por ello solicitó que el TJCE se pronunciara en ese sentido, y en concreto que “...«*La declaración efectuada por el Reino de España, de conformidad con el artículo 5 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, tal y como fue modificada y publicada el 27 de Noviembre de 1993, debe considerarse como prueba de que las prestaciones que en ella se citan están incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento (CEE) n° 1408/71, independientemente de que dichas prestaciones se devengarán antes o después de la publicación de la citada declaración en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas*».

g. La sentencia del TJUE

En fecha 15 de junio de 1995 se dictó Sentencia por el TJCE. En la misma se plantea la cuestión previa relativa a su propia competencia, lo que le lleva a analizar las facultades del órgano remitente, señalando que el art. 177 del Tratado establece la separación de funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y el propio TJCE, correspondiendo a los primeros determinar la necesidad y pertinencia de plantear la cuestión prejudicial. No obstante el TJCE tiene igualmente la capacidad de apreciar su propia competencia.

A partir de ello da cuenta del allanamiento del SPEE al recurso de suplicación formulado por el actor frente a la Sentencia que había desestimado su solicitud, lo que suponía la terminación del procedimiento, no compartiendo las consideraciones del TSJPV para mantener la cuestión planteada. Así:

- en relación a la falta de competencia del TSJPV, por un posible efecto devolutivo, señala que el “...*el órgano jurisdiccional nacional sigue conociendo del caso, que queda pendiente ante él. Sólo se suspende el procedimiento ante dicho órgano jurisdiccional hasta que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre la cuestión prejudicial*”.
- Y en cuanto a la alegación de que el tema escapaba al estricto ámbito de las partes, manifestó que el TJCE no formula opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino interpretaciones necesarias para la solución efectiva de un litigio.

Por todo ello finalmente no procede a contestar en sentido alguno a la cuestión prejudicial declarando que *“El Derecho comunitario no impide que el órgano jurisdiccional de remisión acepte 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. Mientras que el órgano jurisdiccional de remisión no haya declarado que, con arreglo a su Derecho nacional, el allanamiento no ha implicado dicha terminación, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales”*.

h. Breve valoración

Se ha referido la Sentencia para resaltar cual sea el ámbito competencial del TJUE. Cabe hacer aquí un paralelismo con las denominadas acciones declarativas puras, en las que es doctrina reiterada de nuestros tribunales sociales que no pueden admitirse meras opiniones sobre hipótesis futuras sin trascendencia real práctica, doctrina que no deja de ser vidriosa en muchas ocasiones, lo mismo que la mantenida por el TJUE, ya que en ocasiones ha admitido pronunciarse sobre alguna cuestión determinada, aunque no fuera definitivamente relevante para la controversia en litigio. Así recuérdese la segunda sentencia De Diego Porras en donde dio respuesta a interrogante secundaria planteada por el TS que no era determinante para resolver la cuestión principal, cual era la posibilidad de que, existiendo indemnización por finalización de contrato temporal, de obra o eventual, por cumplimiento de la causa o el tiempo, no existiría indemnización para los supuestos de interinidad.

2. Pronunciamientos del TJUE sobre su propia competencia

✓ STJUE 27 marzo de 2014. Caso Torralbo Marcos. C-265/13

Se trata de Sentencia que se analizó en el capítulo referido al Fogasa, al que se hace expresa remisión.

Como se refirió el planeamiento de la cuestión tenía relación indirecta con la normativa comunitaria relativa a protección de los trabajadores en caso de insolvencia. Sin embargo la cuestión primaria a analizar era la relativa a la polémica Ley 10/2012 por la que se regularon determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, hasta el punto de que lo que realmente se debatía era la conformidad a la normativa comunitaria de dicha ley, sirviendo la normativa referida a la protección en caso de insolvencia, como

justificación final para superar una posible inadmisión por incompetencia del propio TJUE.

Y precisamente eso fue lo que ocurrió. El TJUE se declaró incompetente, por entender que la pretensión que había de dilucidar el juzgador de instancia era la ejecución frente a empresa de acuerdo judicial y solamente en caso de impago y se declarara la insolvencia de esta, se podría formular solicitud ante el Fogasa y se habría de estar a la respuesta de este para ver la necesidad o no de formular nuevo proceso y en su caso plantear la cuestión prejudicial. Y en todo ese proceso nada tendría que ver la Ley 10/2012, que era en relación a la cual se plantea la duda interpretativa, lo que justificaba la inadmisión de la cuestión.

Por lo demás y dada la especificidad del asunto, no se han dictado sentencias por órganos judiciales españoles que citen el mismo, aunque si fue citada por el TC en su sentencia núm. 140/2016, de 21 de julio de 2016 analizando “*diversas sentencias del TJUE, casos Torralbo-Marcos, —C-265/13—, Vasile Toma —C-205/15— Orizzonte Salute —C-61/14— R 2015, 234853*), *Kreuz Polonia, destacando el valor interpretativo de la misma en la materia, tanto sobre personas físicas como jurídicas y pasa al examen de las exenciones objetivas y subjetivas y de flexibilización de pago de la Ley 10/2012 para concluir que su artículo 7 no conculca el derecho de acceso a la jurisdicción por causa de insuficiencia económica.*”⁵⁵⁷

✓ ATJUE 24 marzo 2017, Caso Barba Jiménez I. C-269/16

a. Identificación de la sentencia

En fecha 24 de marzo de 2017 se dictó Auto por el TJUE⁵⁵⁸ que traía causa en Decreto de planteamiento de cuestión prejudicial formulado por el letrado de la administración de justicia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa en fecha 2 de mayo de 2016.

Varias cuestiones hacen relevante el Auto que se analiza, a pesar de que fue de archivo, previa retirada del planteamiento por quien lo había formulado:

⁵⁵⁷ Ibarra Sánchez, Juan Luis. “El Tribunal Constitucional tumba, por unanimidad, la Ley de Tasas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2016, págs. 127-134.

⁵⁵⁸ Auto Elena Barba Giménez contra Francisca Carrión Lozano. Identificación ECLI:EU:C:2017:263. Presidente Sr. K. Lenaerts.

- La primera es relativa a quien la plantea, LAJ del Juzgado de lo Social, lo que supone una excepción al planteamiento normalmente de la cuestión por el correspondiente órgano judicial.
- La segunda es sobre la propia competencia del TJUE.

b. Problema suscitado

Las dudas sobre la conformidad de la normativa interna con la comunitaria, se las plantea el Letrado de la Administración de Justicia a raíz de una jura de cuentas. El supuesto de hecho cabe resumirlo en los siguientes términos:

- Actora a la que se le deniega en vía administrativa prestación de incapacidad permanente.
- Solicita abogado de oficio y justicia gratuita, al reunir los requisitos requeridos para ello e ingresos de la unidad familiar inferiores al doble del IPREM, lo que le es reconocido, nombrándosele abogada a la Sra. Barba, del Colegio de Abogados de Tarrasa.
- Presenta demanda sobre incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente total.
- Se dicta sentencia reconociéndole incapacidad permanente total, con derecho a prestación el 75% de base reguladora mensual de 1.570,87€, lo que supone prestación mensual de 1.178,15€, sin que se impusiera costas al INSS.
- Al haberse estimado la demanda, la letrada presenta a la trabajadora honorarios, confeccionados según normas del Colegio de Abogados de Terrassa, por importe de 9.289,65€.
- La letrada Sra. Barba no informó previamente a la trabajadora de cuales serían los honorarios a cobrar en caso de estimación de la demanda.
- La trabajadora impugna los honorarios presentados, lo que motiva que la letrada presentara escrito de “jura de cuentas” ante el Juzgado que conoció el proceso sobre incapacidad permanente, adjuntando informe del Colegio de Abogados de Terrassa acreditativo de que los honorarios serían conformes con el régimen tarifario aprobado por el mismo.

c. Marco normativo coetáneo

La normativa de que da cuenta el Decreto precisamente gira sobre las dos cuestiones que suscitan las dudas.

- Así Los libros V y VI de la LOPJ, en las que se regula el estatuto del Letrado de la Administración de Justicia, como funcionario público integrante de un cuerpo superior jurídico dependiente del Ministerio de justicia, entre cuyas funciones se encuentran el dictado de resoluciones necesarias para la dirección procesal de los procedimientos que se tramitan ante Juzgados y Tribunales.
- De otro lado analiza la Ley 1/1996, reguladora de la asistencia jurídica gratuita que somete la retribución de los Abogados que prestan servicios en el servicio de justicia gratuita a baremo de honorarios aprobados por los propios Abogados a través de sus colegios de abogados, entidades corporativas integradas únicamente por los mismos.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Las dudas que plantea son novedosas en cuanto, se insiste, la novedad de las dos cuestiones que plantea, la propia competencia del LAJ para formular cuestiones prejudiciales, y la confrontación de la normativa de la justicia gratuita con normativa comunitaria. Por ello no cita precedentes jurisprudenciales españoles, aunque si del propio TJUE.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Como se refirió anteriormente el supuesto de hecho era claro. Se cuestiona el Letrado de la Administración de Justicia si era razonable y acorde con normativa comunitaria que se pudiera exigir minuta de 9.289,65€, por pleito que había supuesto el reconocimiento de prestación económica mensual a la actora de 1.178,15€, en definitiva un 80% de la anualidad que percibiría la actora como consecuencia del pleito, cuando a la misma se le habría reconocido el derecho a justicia gratuita y a abogado de oficio precisamente por tener un nivel de rentas muy bajo, en concreto menos del doble del IPREM, y cuando no se le había informado previamente del posible importe de honorarios en caso de que se estimara la demanda.

El Decreto confronta la normativa española referida, Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley 1/1996, con la normativa comunitaria.

Se señala en el Decreto que si bien los LAJ no formarían parte del “poder judicial”, sí serían funcionarios que dictan resoluciones para la dirección procesal y tramitación de procedimientos judiciales, y que ello lo han de hacer bajo los principios de legalidad e imparcialidad, vedando la LOPJ que puedan recibir órdenes o instrucciones particulares para asuntos concretos, no pudiendo ser removidos de sus puestos salvo en los términos legalmente establecidos y ello sin perjuicio de la dependencia orgánica del Ministerio de Justicia.

A partir de ello se hace eco de pronunciamiento del propio TJUE (Asunto 61/1965, en el que se reconoce capacidad a un órgano administrativo Holandés) en los que se venía señalando que el concepto de “órgano jurisdiccional, a que hace referencia el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como órganos que pueden formular cuestiones prejudiciales, no debe entenderse conforme al concepto de “órganos jurisdiccionales” de las respectivas normativas estatales. De tales pronunciamientos consideraría que por órgano jurisdiccional se habrían de entender los que tengan:

- Origen legal,
- Sean permanentes,
- Posean jurisdicción obligatoria,
- Respeten la contradicción,
- Apliquen normas jurídicas,
- Y sean independientes.

El Decreto de planteamiento noticia de que se habían planteado sendas cuestiones prejudiciales que se estarían tramitando, así la C-503/2015 y la 609/2015, habiéndose suspendido medio centenar de reclamaciones similares a la espera de la resolución del TJUE. Sin embargo, señala que en el caso que se analizaba existiría una especificación que lo justificaría, y sería precisamente la existencia de baremo de honorarios que aprueba una Corporación Profesional.

Y es que, efectivamente, la segunda cuestión que plantea, en caso de superar la primera de su propia competencia, es la de la compatibilidad de la legislación nacional que posibilita que los honorarios profesionales fueran fijados por baremos establecidos por una Corporación Profesional, y en concreto con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

Así señala distintos aspectos que cuestionarían tal adaptación.

- El hecho de que el abogado del turno de oficio que presta un servicio personalísimo a su cliente, sin embargo, no es elegido o designado por el mismo.
- De otro lado si bien el importe de los honorarios es abonado por la Administración en caso de no estimación de la demanda, en caso contrario se han de sufragar por el propio actor.
- Que la cuantificación de los honorarios en caso de resultado favorable del procedimiento se determina según normas de los respectivos colegios de abogados, que determinan las tarifas libremente, de lo que la actora no habría sido informada, vulnerando con ello los arts. 11 y 12 de la mentada Directiva 2005/29/CE.

Por último, plantea si se habría respetado los requisitos de necesidad (estén justificados por una razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad (que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue) a que hace referencia el art. 15.3 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵⁵⁹

Solicitó se dictase resolución sin emisión de conclusiones por escrito, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.2 del reglamento.

⁵⁵⁹ Sr. M. Szpunar.

g. Auto del TJUE

Como se adelantó, finalmente se dictó Auto por el presidente del TJUE en fecha 24 de mayo de 2017. Con anterioridad a ello se había remitido al LAJ que formuló la cuestión prejudicial, la Sentencia dictada por el Tribunal el 16 de febrero de 2017, asunto C-503/15, a fin de que instara si a “...*la luz de dicha sentencia, deseaba mantener su petición de decisión prejudicial*”.

En el Auto se noticia que el LAJ del Juzgado de lo social 2 de Terrasa había emitido escrito el 3 de Marzo de 2017 en el que manifestaba que “..retiraba su petición de decisión prejudicial”.

Y es que efectivamente se había dictado Sentencia en el asunto C-503/15, en contestación a cuestión prejudicial planteada por Secretario Judicial del Juzgado de violencia sobre la Mujer único de Terrasa en 17 de Septiembre de 2015, en la que se analizó la misma cuestión relativa a la competencia de los LAJ, en materia de “jura de cuentas”.

Al respecto la Sentencia resalta que la propia Jurisprudencia⁵⁶⁰ del TJUE, habría venido reiterando que a efectos del art. 276⁵⁶¹ del TFUE, para dilucidar si el organismo remitente tiene legitimación como órgano jurisdiccional, se habrían de tener en cuenta un conjunto de factores, como:

- El origen legal del organismo,
- Su permanencia,
- El carácter obligatorio de su jurisdicción,
- El carácter contradictorio del procedimiento,
- La aplicación por el organismo de normas jurídicas,
- Su independencia.

Igualmente, y en relación del art. 267 TFUE, a la hora de determinar si un organismo al que se le atribuyen funciones de diferente naturaleza a las judiciales se ha

⁵⁶⁰ STJUE 17 de julio de 2014, C-58/13.

⁵⁶¹ “En el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los capítulos 4 y 5 del título V de la tercera parte relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior.”

de considerar como órgano jurisdiccional, se ha de examinar la naturaleza específica de las funciones que ejerce, si jurisdiccionales o administrativas⁵⁶².

Ya en relación a la legislación española considera que en el trámite de jura de cuentas el LAJ no actúa con independencia en tanto que debe atenerse a las instrucciones que le imparte su superior jerárquico, salvo en asuntos relacionados con fe pública judicial, o cuando adopta actos de ordenación y dirección del proceso, por lo que no cabe considerarlo como órgano jurisdiccional a los efectos del art. 267 del TFUE.

A partir de ello consideró que a tenor de la legislación española el expediente de jura de cuentas era puramente incidental y facultativo, dado que el abogado podía optar por el procedimiento declarativo ordinario o el monitorio.

No cabe deducir de ello que en ningún caso los LAJ estén facultados para plantear cuestiones prejudiciales, ya que el pronunciamiento que se hace en el asunto C-503/15 es exclusivamente en relación a los expedientes de jura de cuentas, debiéndose estar al caso concreto y a la naturaleza de la resolución que se adopte por el/la respectivo LAJ.

h. Breve valoración

Dado que inmediatamente después del Auto de archivo se volvió a plantear cuestión prejudicial en análogos términos por el titular del mismo Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa, se hace expresa remisión a valoración conjunta que se realiza con posterioridad.

✓ **ATJUE 25 octubre de 2018, Caso Barba Jiménez II. C-426/17**

a. Identificación de la sentencia

En fecha 25 de octubre de 2018 se dictó nuevo Auto por el TJUE⁵⁶³ por el que se daba contestación a cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa en fecha 27 junio 2017.

⁵⁶² STJUE 17 de julio de 2014, C-58/13 y C-59/13.

⁵⁶³ Asunto Elena Barba Giménez contra Francisca Carrión Lozano. Identificación ECLI:EU:C:2018:858. Ponente. S. Rodin.

Se trata de cuestión que tiene peculiaridad específica que se constata con el propio nombre (Barba Jiménez), ya que afecta a la misma persona que en el supuesto analizado con anterioridad, se plantea en mismo proceso, y sobre la misma controversia.

b. Problema suscitado

El problema suscitado, se reitera, es en relación a supuesto de hecho idéntico al del caso Barba Jimenez I. Como se refirió con anterioridad en aquel caso quien plantea la cuestión prejudicial es el LAJ del Juzgado, por ser quien habría de dictar el Decreto sobre la solicitud de jura de cuentas de la letrada Barba Jiménez. Igualmente se recordará que el TJUE finalmente archivo del asunto, ya que había dictado con anterioridad al auto de archivo Sentencia en el caso C-503/15 planteado también por LAJ, en relación a trámite de jura de cuentas, y en el que se había declarado que el mentado LAJ y por lo que respecta al trámite de jura de cuentas no cabía ser considerado “órgano jurisdiccional” a efectos de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

Pues bien, una vez recibido el Auto de archivo de la cuestión prejudicial planteada por el LAJ, el Juez titular del mismo Juzgado decide plantear cuestión prejudicial sobre los mismos hechos y con análoga fundamentación. Por tanto, en resumen, los hechos son los mismos, salvo que habría que añadir que una vez dictado el Auto de archivo por el TJUE en el asunto Barba Jiménez I, el Juzgado de lo social abre un procedimiento autónomo y en el mismo formula cuestión prejudicial, con la misma finalidad, determinar si la legislación española que permita cobro de honorarios en supuestos de designación de letrado de oficio por ser merecedor de justicia gratuita, era acorde con la normativa comunitaria en tanto que dichos honorarios se determinaban unilateralmente por los colegios de abogados y no se había informado previamente a la trabajadora.

Es de destacar que amén de que la fundamentación dada por el Juzgador y por el LAJ es análoga, el propio tenor literal del Auto del primero es copia, en gran parte, del segundo.

c. Conclusiones Abogado General

El Abogado General interesó se dictara resolución sin emisión de conclusiones por escrito, a tenor del apartado 2º del art. 53 de su Reglamento de Procedimiento

d. Auto del TJUE

En fecha 25 de octubre de 2018 se dictó Auto por el TJUE.

Tras exposición detallada del supuesto de hecho y de la normativa nacional y comunitaria que pudiera ser de aplicación, refiere lo dispuesto en el art. 53.2 del Reglamento de Procedimiento de este, a tenor del cual el Tribunal puede decidir, tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado, cuando considere que “...*sea manifiestamente incompetente para conocer de un asunto o cuando una petición o demanda sea manifiestamente inadmisibles, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado, sin continuar el procedimiento.*”

Es de resaltar que antes de dictar el Auto el TJUE, se dirigió al Juez que planteó la cuestión, requiriéndole para que concretara se existía “...*un litigio pendiente ante este último y relativo al importe de los honorarios debidos a un abogado*”, respondiendo que había iniciado un procedimiento de oficio para determinar la posible existencia de cláusulas abusivas y prácticas desleales que habría de “...*posponer...a la fase de ejecución de la resolución del letrado de la Administración de Justicia*”.

Y es precisamente esta contestación la que da pie al TJUE a determinar que en tanto que el procedimiento para determinar el importe de honorarios que tramitaba el LAJ todavía estaba pendiente, la cuestión planteada por el Juzgador era meramente hipotética y por ende no existiría un litigio real que tuviera que resolver, siendo así que en tales supuestos no tiene competencia el TJUE⁵⁶⁴.

e. Breve valoración

A falta de conocer qué resoluciones dictaron finalmente el LAJ y el Magistrado del Juzgado de lo Social 2 de Terrasa, la valoración que cabe hacer de las dos cuestiones referidas ha de poner énfasis en el aspecto procedimental más que en el del fondo de la controversia.

Así la doctrina en relación a quienes puede plantear cuestión prejudicial ante el TJUE no se cierra con las cuestiones analizadas, ya que el Auto dictado por el mismo deja claro que la falta de competencia del LAJ lo es en relación al procedimiento de jura de cuentas. Por lo que se refiere a la competencia en razón de la materia, vuelve a

⁵⁶⁴ ATJUE 24 de marzo de 2011, C-194/10.

resaltar el TJUE su doctrina consolidada de que la cuestión que se le plantee debe ser necesaria y útil para la resolución de la controversia, real y existente, de tal forma que no cabe interesarse del mismo meras opiniones en relación a hipotéticas y futuras controversias. A juicio del que suscribe se trataba de un proceso real y existente por lo que el TJUE debió pronunciarse admitiendo el planteamiento de la cuestión.

✓ **STJUE 14 diciembre de 2017, Caso Miravittles Ciurana. C-243/16**

a. Identificación de la sentencia

En fecha 14 de diciembre de 2017 se dictó Sentencia por el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dando respuesta a Auto planteado por el Juzgado de lo Social 30 de Barcelona en fecha 14 de abril de 2016⁵⁶⁵.

b. Problema suscitado

Los hechos resultaban ciertamente peculiares y de gran trascendencia, como posteriormente se referirá, y cabe esquematizarlos de la siguiente forma:

- Trabajadores que son despedidos, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social declarando su improcedencia y la extinción de la relación laboral con condena a indemnización por importe de 30.377,14€.
- La empresa tras el despido cesa en su actividad y cierra.
- Las indemnizaciones no son abonadas por lo que se procede a la ejecución de la Sentencia.
- En previsión de la insolvencia, los trabajadores formulan demanda incidental de extensión de responsabilidad al administrador de la mercantil por incumplimiento de la ley de sociedades de capital al no haber tramitado procedimiento concursal y posterior liquidación de la empresa.

c. Marco normativo coetáneo

El Auto noticia al TJUE que el marco normativo vendría dado por la antigua Ley de Sociedades Anónimas, en concreto por sus Disposiciones transitorias 3º y 6ª. La Ley de Sociedades Anónimas fue derogada y sustituida por la vigente Ley de Sociedades de

⁵⁶⁵ Caso Miravittles Ciurana y Alberto Marina Lorente, Jorge Benito García y Juan Gregorio Benito García frente Contimark, S.A. y Jordi Socias Gispert. Identificación ECLI:EU:C:2017:969. Ponente: Sr. K. Lenaerts.

Capital aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Artículos 236, 237, 238, 241, 263, 365 y 367 que refieren en esencia la responsabilidad solidaria de los administradores.

Por su parte la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone en su art. 9 que “1. *Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley.* 2. *Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. [...]* 5. *Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral...*”. Su art. 10.1 dispone que: “A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.”

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

Refiere el Auto de planteamiento que la jurisprudencia nacional, en concreto de la Sala de lo Social del TS⁵⁶⁶, venía reconociendo que la Jurisdicción Social era competente para conocer reclamaciones de los trabajadores frente a la empresa y sus administradores sociales, pero solo en los supuestos de las obligaciones impuestas por la antigua LSA, de tal manera que en el resto de casos la competencia sería de la jurisdicción civil.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Instada la demanda incidental el Juzgado plantea el Auto prejudicial en el que relata los hechos y refiere y argumenta que:

- la demandada habría tenido pérdidas significativas en los años 2012 y 2013, muy superiores al propio importe del capital social suscrito,
- así como habría cesado en su actividad y sin embargo el administrador no había procedido a tramitar reducción de capital, concurso de acreedores, ni disolución de la sociedad, tal y como preceptúan distintos artículos de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 2, 362 y 363).

⁵⁶⁶ STS 20 de diciembre de 2012. RCU 3754/2011.

- Igualmente resalta que la propia ley de sociedades de capital establece, como mecanismo punitivo ante el incumplimiento de tales obligaciones, la responsabilidad solidaria de los administradores frente a la sociedad, los socios y acreedores, por el daño que pudiera provocar por actos u omisiones contrarios a la ley.

Y tal responsabilidad, continúa refiriendo el Auto, se puede exigir a través de tres mecanismos procesales:

1) La acción social de responsabilidad, prevista en el art. 238 de la LSC, para exigir los daños ocasionados a la propia compañía.

2) La acción individual de responsabilidad del art. 241 de la LSC, por la que los socios y terceros pueden exigir indemnización a los administradores por los actos que lesionen sus derechos.

3) Por último la acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales, del art. 367 LSC, por la que responden los administradores de las deudas sociales posteriores a la causa legal de disolución, cuando:

a) no convoquen en el plazo de dos meses junta general para acordar la disolución, o

b) no soliciten la disolución judicial o el concurso de acreedores desde dos meses después de la celebración de la junta o si desde el día de la junta si el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

En ambos casos, le noticia el Juzgador al TJUE, la normativa española dispone que las deudas sociales se consideren posteriores a la causa legal de disolución, salvo que el administrador acredite que son anteriores.

La Auto estima, a partir de la consideración conjunta de los arts. 367 y 363 de la LSC, que se darían las circunstancias que posibilitarían la declaración de responsabilidad solidaria del administrador, al existir:

a) causa legal de disolución,

b) omisión por administradores de convocatoria de la junta de accionistas para adopción de acuerdo de disolución o remoción de sus causas;

c) trascurso de dos meses desde causa de disolución;

- d) imputabilidad al administrador de la conducta pasiva;
- e) existencia de crédito contra la sociedad.

Igualmente se reunirían otros dos requisitos que se derivarían de la doctrina de la Sala de lo Civil del T.S., cual serían:

- f) inexistencia de causa que justifique la omisión;
- g) buena fe en el ejercicio de la acción.

Sin embargo, y aquí comienza el núcleo central de la cuestión prejudicial que se plantea, continúa citando la doctrina del TS, Sala de Social, que negó la competencia de la jurisdicción social en los demás supuestos en que la LSA preveía la responsabilidad solidaria de los administradores (análoga a los supuestos de la nueva LSC), dando como argumentos que:

- no se trataría de una cuestión prejudicial que impida la decisión sobre la pretensión principal,
- que las deudas son laborales y no societarias,
- y por último que haría falta un previo pronunciamiento judicial para determinar si se dan las causas de la responsabilidad individual solidaria, lo que debía realizarse por la jurisdicción mercantil.

El Auto muestra su disconformidad con dicha doctrina, y se apoya en el voto particular de Sentencia del propio T.S., Sala de lo Social, de 13 de Abril de 1998⁵⁶⁷, que resaltó serían de aplicación los mismos argumentos que habían justificado la competencia de la jurisdicción social en los supuestos de incumplimiento de la Disposición transitoria 3 de la LSA, y que deberían posibilitar el conocimiento de dicha Jurisdicción Social para el resto de supuestos de responsabilidad de los administradores por deudas laborales y ello por razones de seguridad jurídica y de unificación de doctrina.

Con tales antecedentes en cuanto al supuesto de hecho, normativa española y jurisprudencia del T.S., justifica el planteamiento de la cuestión prejudicial en relación con la Directiva 2009/101/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, que tiene como

⁵⁶⁷ STS 13 de Abril de 1998. RCUUD 2925/1997.

finalidad establecer en los Estados miembros análogas garantías para proteger los intereses de los socios y terceros en las sociedades definidas en el art. 48.2 TCE.⁵⁶⁸

Igualmente considera de relevancia la Directiva 2012/30/UE, de 25 de octubre, que igualmente tiene por finalidad coordinar garantías equivalentes en los Estados miembros en relación a la protección de los intereses de los socios y terceros en la constitución de las sociedades de capital, mantenimiento y modificaciones de su capital social.

Considera el Auto que dicha normativa comunitaria se habría de complementar teniendo en cuenta artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, 29, igualdad ante la ley, y 21, no discriminación, así como el 51 que establece que las disposiciones de la Carta se aplicaran cuando se aplique el Derecho de la Unión.

Por último, resalta que las Directivas sobre armonización del derecho de sociedades (tanto las originarias como las ya modificadas, en concreto Directiva 2009/101/CE, Directiva 2012/30/UE, Directiva 1978/885, Directiva 78/660, etc.), tienen como objetivo fundamental ejes básicos de la política comunitaria, como el de la libertad de establecimiento y el derecho de acceso del público a la información sobre las sociedades, su situación inicial y su evolución y ello, cabría señalar, como requisitos necesarios para que pueda ser efectivo el principio esencial de libre competencia, al establecer estándares mínimos de funcionamiento sin los cuales dicha libertad no existe, produciéndose una competencia desleal. Y la trasposición de tales Directivas ha conllevado precisamente establecer mecanismos de garantías, entre ellos el de la responsabilidad por las deudas sociales de los administradores y otras personas físicas para el caso de incumplimiento de las obligaciones sociales.

Teniendo en cuenta tanto la normativa nacional como europea, el Auto sostiene que negar la competencia a la Jurisdicción Social para el conocimiento de la responsabilidad de los administradores derivada de los incumplimientos por los mismos de la normativa de sociedades de capital, supondría:

⁵⁶⁸ *Artículo 48 Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.*

- de un lado no reconocer la solidaridad, al no permitir dirigirse conjuntamente la acción frente a la sociedad y los administradores incumplidores,
- y discriminar al acreedor laboral del resto de los acreedores sociales, civiles, mercantiles y tributarios, que sí pueden ejercer conjuntamente la acción.

Para avalar más su interpretación el Auto resalta que existen normas nacionales que permiten la acción conjunta, aun cuando no se trate de deudas civiles o mercantiles, cual es el caso del art. 30.2 de la Ley General de la Seguridad Social, o el art. 240.3 de la LRJS para los supuestos de entidades sin personalidad jurídica que permite dirigir la acción conjunta frente a todos los miembros o gestores.

En función de todo ello plantea la cuestión prejudicial en tres apartados.

- El primero es en virtud de las Directivas 2009/101/CE y 2012/30/UE y su trasposición en los artículos 236, 237, 238, 241 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital, por el que considera que el acreedor que reclama crédito laboral tiene derecho a ejercitar ante el mismo tribunal la acción de reconocimiento de la deuda laboral y la acción frente al administrador societario que incumple las obligaciones previstas en las Directivas y la normativa nacional.
- La segunda interrogante es si la jurisprudencia del TS que impide la acumulación de acciones ante la Jurisdicción Social, podría estar infringiendo las mentadas Directivas.
- Y la tercera es si la misma jurisprudencia podría estar vulnerando los arts. 20 y 21, en relación con el 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, al obligar al trabajador a duplicar los procedimientos jurisdiccionales, primero ante la Jurisdicción social y posteriormente ante la civil/mercantil para obtener la garantía solidaria del administrador societario.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵⁶⁹

Un año más tarde, el 26 de julio de 2017, se emitieron las conclusiones por parte del Abogado General que responde a las cuestiones planteadas en los siguientes términos:

- Como cuestión previa analiza si la controversia caería dentro de las Directivas referidas y por tanto existiría competencia para dar contestación a la Cuestión prejudicial aplicada. Y al efecto señala que la primera de las Directivas, la 2009/101/CE, en tanto que se limita a establecer obligaciones en cuanto a publicidad de documentación, no sería realmente de aplicación. En relación a la segunda, la 2012/30/UE, considera que efectivamente establecería obligaciones que se alegarían incumplidas en el caso que se analiza y que la legislación española, habría traspuesto la misma, por lo que existiría competencia del TJUE a la hora de entrar a conocer el fondo de la cuestión planteada.
- Ya en relación al fondo, en concreto a la opción elegida por el legislador nacional en cuanto a la jurisdicción en la que se habría de exigir la responsabilidad del administrador incumplidor de las obligaciones establecidas en la Directiva 2012/30, refiere que no existiendo normativa comunitaria se ha de estar a la normativa de los distintos Estados miembros, si bien la misma no puede ser menos favorable que otra normativa asimilable interna (principio de equivalencia), ni hacer excesivamente onerosos el ejercicio de los derechos reconocidos por la Unión (principio de efectividad).

Posteriormente y después de señalar que corresponde analizar tales principios al órgano judicial nacional, refiere que considera que en el Auto de planteamiento no se habría proporcionado información que permitiera dirimir sobre el principio de equivalencia.

En relación al principio de efectividad, señala que se habrían manifestado meros inconvenientes que derivarían del reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales, pero no consideraría que se vulnerara. No desconoce el Abogado General que es comprensible el interés del trabajador, por razones de plazos y costes,

⁵⁶⁹ Sr. Ives Bot.

que se pudiera dilucidar el tema, la existencia del crédito y la responsabilidad del administrador, en un solo orden jurisdiccional. Sin embargo, considera que la controversia sobre la propia existencia del crédito laboral y la responsabilidad del administrador son cuestiones distintas, sometidas a legislaciones distintas, planteándose la segunda en fase de ejecución. Es por ello y en definitiva por lo que considera que no existiría vulneración de la Directiva 2012/30 por el hecho de que se remita a la jurisdicción civil la posible responsabilidad del Administrador societario cuando existe causa de responsabilidad.

Finalmente analiza la cuestión desde la perspectiva del principio de igualdad y trato no discriminatorio, y por ende posible vulneración de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, reiterando que ello exigiría que se dieran tratos distintos ante situaciones comparables o se trataran situaciones diferentes de manera idéntica, salvo que existan razones objetivas para ello.

Y al respecto opina igualmente de forma negativa, resaltando que no son comparables, dada la naturaleza salarial del crédito y el régimen de sus garantías, lo que justificaría la diferencia de trato respecto al crédito civil o mercantil, señalando que la especialización en Derecho Laboral de la Jurisdicción Social es lo que justifica la competencia de la Jurisdicción Civil y la asignación a la misma de la determinación de la posible responsabilidad del administrador societario.

Así pues y en resumen propone contestación negativa a las interrogantes formuladas por el Auto de planteamiento.

g. La sentencia del TJUE

Tres meses más tarde, el 14 de diciembre de 2017, se dictó la STJUE que concluye en términos análogos a las conclusiones del Abogado General, y por ende negativo al del Auto de planteamiento, en el sentido de que ni la Directiva 2009/101/CE el Parlamento europeo y del Consejo, ni la Directiva 2012/30 UE del Parlamento europeo y del Consejo tendentes a hacer efectivas las garantías exigidas a las sociedades definidas en el art. 54 del TFUE, para proteger los intereses de los socios y terceros tanto en la constitución de las sociedades como en el mantenimiento y modificación de su capital social, estarían siendo vulneradas por la legislación y jurisprudencia española que reserva la competencia a la jurisdicción civil.

El razonamiento de la Sentencia es mucho más escueto que las propias conclusiones del Abogado General. Así parte de que las Directivas 2009/101 y la Directiva 2012/30, si bien establecen obligaciones de los Estados miembros en cuanto a formalidades sobre la publicidad relativa a la constitución y cuentas de la sociedad, así como establecimiento de mecanismos de protección de intereses de los socios y terceros a la hora de mantenimiento y modificación del capital social de las sociedades, nada establece respecto a las responsabilidades en caso de incumplimiento, por lo que ello es materia propia de las legislaciones nacionales. Y si ello es así, no resultaría de aplicación la propia Carta Social de Derechos Fundamentales de la UE y por ende la posible vulneración de los derechos de igualdad y no discriminación.

Con tan tajante y escueta argumentación da respuesta a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que ni la Directiva 2009/101/CE, ni la Directiva 2012/230/UE del Parlamento europeo y el Consejo, no confieren al trabajador el derecho a ejercitar ante la misma jurisdicción social que conoce la acción declarativa de su crédito, una acción de responsabilidad contra el administrador de la sociedad.

h. Auto del Tribunal Español

El 14 de mayo de 2018 se dictó finalmente Auto por el Juzgado de lo Social nº 30 de Barcelona⁵⁷⁰, ejecuciones, debiéndose resaltar, desde un principio, la peculiaridad de este en tanto que si bien tiene en cuenta el pronunciamiento el TJUE, estima la extensión de responsabilidad a los Administradores no en virtud del derecho comunitario, obviamente, sino en virtud de normas internacionales.

El Auto resalta que la doctrina jurisprudencial del TS, desde hace más de veinticinco años, viene estableciendo la incompetencia de la Jurisdicción Social para conocer de extensiones de responsabilidad distintas a las referidas en la propia LSA, art. 6º y Disposición Transitoria 3ª. Pero inmediatamente después señala que los cambios producidos en el último cuarto de siglo tanto a nivel social, económico y jurídico, posibilitan una interpretación distinta.

El Auto parte de que no permitir el conocimiento por los Juzgados de lo Social de la acción individual de responsabilidad del administrador conlleva una dilación injustificada que tiene un triple efecto para el acreedor laboral:

⁵⁷⁰ Auto nº 75/2018. ROJ: AJSO 2/2018. ECLI:ES:JSO:2018:2A.

- 1º. que no tiene amparo legal expreso en norma que establezca tal diferenciación;
- 2º. que supone un incremento sustancial de gastos procesales que tiene un carácter disuasorio para el trabajador, y
- 3º. que conlleva una pérdida de facto de la preferencia del crédito salarial frente a créditos civiles concurrentes que si pueden formular la demanda directamente en la Jurisdicción Civil y que por tanto pueden ejecutar con prioridad temporal sus créditos. Y todo ello considera el Auto que supone una vulneración indirecta del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, citando distintos pronunciamientos del TEDH en los que considera vulnerando tal precepto (caso Vladimir Sika contra Eslovaquia, caso Roduit contra Suiza, caso Diaz Aparicio contra España, caso Gast y Popp contra Alemania).

Por último, considera que tal dilación indebida, que no tendría justificación objetiva en función de la materia al permitir la propia legislación la extensión de responsabilidad en otros supuestos de créditos laborales, sin necesidad del doble proceso, se había de conectar con el art. 24.1 de la Constitución española, en concreto con el principio de tutela judicial efectiva y la dimensión temporal razonable del proceso para resolver y ejecutar lo ejecutado (STC 324/1994, de 1 de diciembre).

Con tales antecedentes procede a analizar el supuesto concreto y resalta que se habrían producido los incumplimientos de los artículos 365, 363.1.a y 367 de la LSC, por lo que estima la demanda incidental de extensión de la responsabilidad, declarando la responsabilidad solidaria del administrador de la sociedad.

i. Breve valoración

Se trata de sentencia peculiar y de la que no se sabe con certeza su posterior recorrido, ya que en el proceso de ejecución no compareció la ejecutada ni las personas físicas a las que se extendió la responsabilidad, por lo que tampoco recurrieron el Auto de ampliación de esta.

De otro lado, como sucede en alguna otra ocasión, finalmente se dicta resolución sin tener en cuenta la resolución del TJUE y sí meramente normativa nacional o

internacional que lógicamente se podría haber aplicado sin necesidad de formula planteamiento de cuestión prejudicial.

Se trata, por lo demás, y coincidiendo con lo referido en el Auto final del Juzgado de ejecución, de tema sensible para los que ejercemos la abogacía en el ámbito social, ya que efectivamente admitir la extensión de la responsabilidad en el propio proceso laboral podría coadyuvar a evitar muchas patologías de creación y cierre de empresa ficticias, dejando reguero de intereses conculcados, entre ellos los de las propias empresas de la competencia que muchas veces han de competir con quienes no cumplen mínimamente las obligaciones establecidas por la legislación civil, mercantil o laboral, así como el Fondo de Garantía Salarial.

En definitiva, si uno de los principios esenciales del sistema económico en el que estamos insertos es el de la libre competencia en condiciones de igualdad, resultan plausibles medidas que obliguen a quien se introduce en el mercado a respetar las obligaciones establecidas, y en este caso la de salir del mercado en la forma común establecida por las normas vigentes, entre otras la tramitación de concurso y liquidación de las sociedades de capital. Lo contrario fomenta y permite la picaresca que tanto daño hace a las empresas cumplidoras y a los trabajadores.

Se coincide con lo afirmado por Serena Garralda en cuando que “...*en la práctica, la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la acción para declarar la responsabilidad solidaria del administrador social por la indemnización por despido, una vez reconocido el derecho de crédito laboral del trabajador, obliga a este a iniciar un nuevo proceso ante la jurisdicción civil, que redundará en una excesiva dilación en el cobro del crédito y que, en definitiva, puede ser considerado como una merma de su derecho a la tutela judicial efectiva*”⁵⁷¹.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

- La primera sentencia localizada que se hace eco de la misma es del Juzgado de lo Social número 4 de Valladolid de fecha 30 de diciembre de 2019. Roj: SJSO 6756/2019 - ECLI: ES:JSO:2019:6756.

⁵⁷¹ Serena Garralda, Jorge. “Responsabilidad solidaria del administrador social por obligaciones sociales (indemnización por despido) acaecidas tras la causa legal de disolución: Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de julio de 2019 (rec. 3654/2016)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2020.

En procedimiento de despido individual con ampliación de responsabilidad al administrador, declara la incompetencia de la jurisdicción y remitiendo a la jurisdicción civil, ello en base a la doctrina de la sala 4ª del TS y a la sentencia del TJUE de del asunto C-243/16. Diferencia asimismo dicha responsabilidad y la construcción jurisprudencial del llamado “levantamiento del Velo” del que si sería competente., aunque no ha sido alegado en el procedimiento.

- Se cita igualmente por la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Oviedo de fecha 2 de octubre de 2020. Roj: SJSO 4467/2020 - ECLI: ES:JSO:2020:4467, que da contestación a la demanda que discutía la procedencia del despido objetivo y la condena de la administradora/socia de la mercantil.

La sentencia declara la improcedencia del despido, pero decae la acción de responsabilidad frente a los administradores societarios, recordando la jurisprudencia del supremo “-vigente desde hace más de veinticinco años” que sostiene la no competencia de los órganos de la jurisdicción social declarar, en base a preceptos de la legislación mercantil, la responsabilidad de los administradores sociales en los créditos laborales que ostenten los trabajadores frente a las empresas. Cita igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2017, caso *Miravitlles Ciurana*, C- 243/16.

VIII. OTRAS CUESTIONES

1. Libre circulación y convalidación de títulos académicos en el espacio europeo

✓ STJUE 8 julio de 1999, Caso Museo del Prado. C-234/97

a. Identificación de la sentencia

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 julio de 1999⁵⁷² dio contestación a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid en fecha 30 de mayo de 1997.

b. Problema suscitado

La controversia se suscitó al Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid por hechos que cabe resumir brevemente de la siguiente forma:

⁵⁷² Asunto Teresa Fernández de Bobadilla contra Museo Nacional del Prado, y Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado, con intervención del Ministerio Fiscal. Identificación ECLI:EU:C:1999:36725-2-99. Ponente: D.A.O. Edward.

- Trabajadora que prestaba servicios en el Museo del Prado con contratación temporal y funciones de restauradora.
- En un momento determinado se plantea concurso a plaza fija de restauradora.
- El convenio regulaba la categoría de restauradora, estableciendo como requisito que se estuviera en posesión de título expedido por la Facultad de Bellas Artes, especialidad de restauradores, o por la Escuela de Artes Aplicadas a la restauración de obras de arte, o cualquier otro título expedido en el extranjero y convalidado por el organismo competente.
- La trabajadora acreditaba estudios de Historia de Arte en la Universidad de Boston y posteriormente estudios de postgrado de restauración de obras en Universidad del Reino Unido mediante beca concedida por el propio Museo del Prado. Trabajó tres años como restauradora en el Museo del Prado y en otros museos españoles y europeos.
- La actora solicitó la convalidación de sus estudios en Reino Unido, y se le exige la realización de unas pruebas de suficiencia.

Con tales antecedentes la actora formuló demanda interesando se declararan lesivas y se anularan las disposiciones del convenio de empresa del Museo del Prado que exigían para el acceso a la plaza de restauradora estar en posesión del título universitario de grado medio expedido por la Facultad de Bellas Artes, especialidad de restauradores, o por la Escuela de Artes Aplicadas a la restauración de obras de arte, o cualquier otro título expedido en el extranjero y convalidado por organismos competentes.

c. Marco normativo coetáneo

El convenio de empresa que motiva la demanda de la actora definitiva la categoría de restaurador como “... *aquel que, estando en posesión del título expedido por la Facultad de Bellas Artes, especialidad de restauradores o por la Escuela de Artes Aplicadas a la Restauración de Obras de Arte, en cualquiera de sus especialidades, o cualquier otro título expedido en el extranjero y convalidado por organismo competente realiza de manera regular las tareas propias de su especialidad para el Museo Nacional del Prado, mediante un sueldo*”.

De otro lado le refiere al TJUE la previsión del art. 22 del E.T. que atribuye a la negociación colectiva el establecimiento del sistema de clasificación profesional de los trabajadores., y de las titulaciones exigibles, que según el art. 39.1 del mismo Estatuto podían ser académicas como profesionales. De ello se deduciría que si bien los convenios no pueden establecer titulaciones como presupuesto habilitante para el ejercicio de una actividad sin previamente no está previsto en norma con rango de ley, si podían imponer una determinada titulación académica ok profesional para acceder a un grupo o categoría profesional.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

El Auto da cuenta de la doctrina del TS (SS de 27 de diciembre de 1994⁵⁷³ y 19 de abril de 1996⁵⁷⁴) que venía declarando que aunque “...el título puede no ser un elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, su imposición por convenio colectivo con el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada puede constituir un requisito inexcusable para su realización”.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto tras descartar que pudiera considerarse inconstitucional la cláusula del convenio, por posible vulneración del art. 35.1⁵⁷⁵ de la Constitución, analiza si la misma pudiera vulnerar el derecho a la libre circulación de los trabajadores recogido en el art. 48 del Tratado Constitutivo de 25 de marzo de 1957, que tendría su desarrollo en el art. 7.4 del Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, que veda la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer limitaciones, no compartiendo la tesis de la Abogacía del Estado que sustentaba la no aplicabilidad directa del Tratado a supuestos de convenios colectivos que se regularían por el Derecho Privado.

Posteriormente refiere el Auto que el art. 48 del Tratado, supone el derecho a tener acceso a las actividades profesionales y su ejercicio en las mismas condiciones que los distintos Estados establecen para sus propios nacionales y que el problema

⁵⁷³ RCU 1506/1995.

⁵⁷⁴ RCU 2115/1993.

⁵⁷⁵ 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

puede surgir de la disparidad de los títulos, lo que se intentó superar por el art. 45 del Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, que se remitía a futuras Directivas sobre el reconocimiento mutuo. Tales Directivas serían la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, y 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, la primera sobre títulos de enseñanza superior (duración mínima de tres años) y la segunda referida a las demás formaciones, estableciendo ambas que “...serán aplicables a todos los nacionales de un Estado miembros que se propongan ejercer por cuenta propia o ajena una profesión regulada en un Estado miembro de acogida”.

Sin embargo, refiere el Auto que, si bien tales Directivas habrían sido transpuestas al Derecho Español mediante Reales Decretos 1665/1991, de 25 de octubre y 1396/1995, de 4 de agosto, en los mismos no se incluiría la profesión de restaurador de bienes culturales, al ser una profesión no regulada en España.

Por ello tales Directivas no serían de aplicación al caso que analiza, resaltando que sería de aplicación el Real Decreto 104/1988, de 29 de enero, sobre homologación de títulos y estudios extranjeros de educación no universitaria, que se aplicaría tanto a nacionales de los Estados de la UE como a de terceros países. Lo anterior lleva al Juzgador a analizar el mentado Real Decreto en el que se establece la necesidad de convalidación y la posibilidad de exigir demostrar, para ello, la suficiencia. En el caso concreto de restaurador se exigiría esta demostración en 24 materias.

El juzgador refiere que efectivamente la necesidad de convalidación e incluso de una suficiencia complementaria podría estar justificada siempre y cuando fuera establecido por normas de derecho interno y su establecimiento resulte justificado y proporcionado y no resulte un tratamiento discriminatorio para los nacionales de los demás Estados miembros, situándolos en una situación más rigurosa o de desventaja respecto a los nacionales.

Analizando la cuestión concreta refirió que no existiría normativa que estableciera el requisito exigido en el convenio del Museo del Prado y de otro lado era el único convenio que la establecía, lo que permitía considerar que realmente estaríamos ante una discriminación encubierta para los trabajadores de otros Estados miembros al situarles en una posición más desventajosa.

Con tales consideraciones finaliza planteando la duda de interpretación en los siguientes términos: “¿Es contraria al derecho a la libre circulación de trabajadores la

disposición contenida en el Convenio Colectivo de un Organismo Autónomo del Estado Español que exige para ejercer la profesión de restaurador (profesión no regulada) la previa convalidación del título académico obtenido en otro país comunitario, consistiendo tal convalidación en la comparación de los planes de estudio de España y del otro país y en la superación mediante pruebas teórico-prácticas, de las asignaturas del plan de estudios español que no se contemplan en el plan de estudios del otro país comunitario de que se trate?”.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵⁷⁶

El 15 de octubre de 1998 se emitieron las conclusiones del Abogado General proponiendo que se contestara en el sentido de que:

- cualquier procedimiento de homologación de títulos debería cumplir los requisitos del art. 48 del Tratado CE, libre circulación.
- y en los supuestos de equivalencia parcial entre los conocimientos certificados por el título extranjero y el nacional, se habría de evaluar si los conocimientos adquiridos por otros medios, estudios distintos o experiencia práctica eran suficientes para demostrar la posesión de conocimientos que no hubieran quedado acreditados por el título extranjero.
- y, es más, si el procedimiento de convalidación no incluyera esa complementación el organismo contratante debería llevar a cabo tal evaluación.

Y a tal conclusión llega después de considerar que dado que no existía regulación en la legislación española de la profesión de restaurador de obras de arte, al tratarse la previsión del convenio del Prado de un caso único, no serían de aplicación las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE que tendrían como objetivo el desarrollo del principio de libre circulación prevista en el art. 48 del Tratado.

Sin embargo, considera que a pesar de ello la actuación de los Estados no puede conllevar una vulneración del principio general de libre circulación, debiéndose abstener de medidas que pongan en peligro los fines de dicho principio. Así, si bien señala que en el caso controvertido el Estado Español podía exigir un nivel de

⁵⁷⁶ Sr. Nial Fennelly.

formación y capacitación adecuado teniendo en cuenta la riqueza del patrimonio artístico que alberga el Prado, y otros museos posibles, ello no permite establecer obstáculos desproporcionados que se dan si no se tienen en cuenta los conocimientos y aptitudes adquiridos en otros Estados miembros y si los procedimientos de convalidación no se realizan en un tiempo razonable.

g. La sentencia del TJUE

Casi un año más tarde, el 8 de julio de 1999 se dictó Sentencia por el TJUE cuyas conclusiones vienen a dar la razón al Juzgado que planteó la cuestión, así como a los razonamientos del Abogado General.

La Sentencia refiere la STC 42/1986, de 10 de abril, que declaró que competía al legislador, en función del interés público, considerar “...cuando una profesión deja de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado licencia”.

Parte la Sentencia de que correspondería al órgano judicial remitente determinar si en función de la normativa española serían de aplicación las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE, y que el art. 48 del Tratado CE (ya artículo 39 del Tratado CE), no impide que los Estados establezcan requisitos para ejercer una profesión no regulada por las mentadas Directivas, en concreto la convalidación u homologación de títulos expedidos en otros Estado miembro.

Pero igualmente coincide en resaltar que, a la hora de convalidar dichos títulos extranjeros, o si no existieran mecanismos de convalidación, se habrían de examinar si los conocimientos adquiridos con el título obtenido en el extranjero equivaldrían a los exigidos por la norma nacional y, en caso de no coincidencia, se habría de analizar si los conocimientos prácticos u otros conocimientos adquiridos pueden acreditar que serían equivalentes a los exigidos para los nacionales. Y esa labor de comprobación se habría de realizar a través del procedimiento general de homologación o si el mismo no cumple las exigencias del Derecho Comunitario, comparación de títulos y análisis, en su caso, de otros conocimientos y capacitaciones adquiridas por la experiencia profesional, especificando que dicho examen incumbiría al organismo público, en el caso concreto el propio Museo del Prado, que tuviera que cubrir la plaza en cuestión, citando a tales

efectos sus Sentencias dictada en el caso Vlassopoulou, C-340/89 y caso Kraus, C-19/92.

h. La sentencia del Tribunal Español

El 17 de noviembre de 1999 se dictó finalmente la Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 4 que resolvía la controversia. Se ha de recordar que la demanda formulada por la actora era sobre impugnación de convenio colectivo de empresa suscrito entre el comité de empresa y la dirección del Museo del Prado.

Tras desestimar la alegación del Abogado del Estado de falta de legitimación activa de la demandante, considerando que efectivamente la misma tendría un interés directo en la declaración de lesividad de la definición de la categoría de restaurador, en tanto que le prohibía poder participar en concurso de acceso a plazas convocadas y que de estimarse se estaría vulnerando el principio de tutela judicial efectiva al no poder tener acceso al proceso judicial, pasa a analizar el fondo de la controversia.

En principio no comparte la tesis de la demandante de que se produciría una vulneración del art. 35.1 de la CE, libertad de elección de profesión y oficio, ni del art. 36 que supondría una reserva de ley para la regulación de profesiones tituladas, ya que no nos encontraríamos ante la creación de una profesión titulada sino ante el establecimiento, a través de convenio colectivo y derivado del principio de autonomía colectiva, de la exigencia de titulación para la obtención de una determinada categoría profesional, lo que es posible siempre que no resulte arbitraria ni discriminatoria y guarde relación con las funciones a desarrollar.

Posteriormente analiza la cuestión desde la perspectiva del Derecho comunitario, y específicamente del derecho a la libre circulación consagrado en el art. 48 del Tratado constitutivo de 25 de marzo de 1957, actual art. 39, recordando la STJCE de 31 de Marzo de 1992, C-19/92, en el que se afirmó que la “...*libre circulación de trabajadores y el derecho de establecimiento no se realizarían plenamente si los Estados miembros pudieran negarse a aplicar las disposiciones del Derecho Comunitario a sus nacionales que hayan hecho uso de las facultades previstas por dicho Derecho y que han adquirido al amparo de estas unas cualificaciones profesionales en un país miembro distinto de aquel cuya nacionalidad poseen*”.

Igualmente recuerda la STJUE de 15 de diciembre de 1995, caso Bosman⁵⁷⁷, que tanta repercusión mediática tuvo en su día por afectar al ámbito deportivo.

Seguidamente analiza la STCE dictada a requerimiento del Juzgador, señalando que la profesión de restaurador habría de considerarse regulada en España, dado que la exigencia de título era común en los convenios del sector público en cuyo ámbito prestan servicios la mayor parte de los restauradores españoles, por lo que le sería de aplicación la Directiva 92/51, transpuesta al Derecho nacional por el RD 1396/95, de 4 de agosto.

En función de ello se habría de estar a dicha normativa nacional que establece la necesidad de convalidación de las titulaciones que, en principio, no sería contraria al derecho comunitario, siempre y cuando que la exigencia de la misma para los nacionales de otros Estados miembros que hubieran obtenido titulaciones en dichos Estados no constituya un obstáculo injustificado al ejercicio efectivo del derecho a la libre circulación del art. 48, actual 39, del Tratado.

Finalmente concluye que la cláusula del convenio del Museo del Prado que define a la categoría profesional de restaurador no resulta lesiva para la demandante, siempre que se interpretara en el sentido de que la convalidación del título obtenido en el extranjero no es exigible a los ciudadanos comunitarios que hayan cursado estudios en un Estado miembro. En tal caso se han de valorar el título obtenido y la experiencia profesional acreditada.

Es de resaltar que la parte actora solicitó aclaración de la Sentencia, por considerar que habría omitido pronunciamiento sobre si la misma cumplía los requisitos establecidos por la Directiva 92/51 y por ende si podía aspirar a una plaza fija. Sin embargo dicha aclaración se desestimó alegando el Juzgador que ello habría de ser objeto, en su caso, de nuevo procedimiento para el supuesto de que realizada convocatoria para cubrir plaza de restauradora y presentada la actora a la misma, por el Museo del Prado se la excluyera. Sería en tal caso cuando podría formular demanda frente a la denegación. El Auto refiere que la pretensión de la actora supondría una modificación sustancial de la propia demanda planteada en su día.

⁵⁷⁷ C-415/95.

i. Breve valoración

Se trata de sentencia que pone de manifiesto la necesidad de tener una visión amplia del Derecho, superando lo que hemos considerado siempre como normas laborales. Así dichas normas han de tener en cuenta otras normas de la Unión que regulan ese intento histórico de crear una Unión europea por encima de los distintos Estados nacionales.

En este caso el derecho de libre circulación de los ciudadanos europeos por los distintos Estados que la componen es el analizado a fin de constatar si una norma, estatal o convencional, podría estar limitando aquel derecho y por ende sería susceptible de no aplicación, aunque “...*la cuestión litigiosa a resolver en el ámbito de la jurisdicción laboral es la relativa a la validez o no de la cláusula convencional impugnada, es decir, si resulta o no lesiva, pronunciándose en sentido negativo, sin entrar a abordar si el título en sí obtenido por la actora en el Reino Unido y la experiencia profesional acreditada le faculta para ejercer la profesión de restaurador en España, dado que tal circunstancia deberá valorarse, mediante la aplicación de los criterios establecidos en la Directiva 92/51, traspuesta por RD 1361/1995*”⁵⁷⁸ y ello al margen de que, continua De Vicente Pachés ”...*parece sorprendente que una persona, la demandante, a la que se le concede una beca convocada a concurso público por el propio Museo Nacional del Prado (posibilitando sus estudios de postgrado de restauración de Bellas Artes en la Universidad Politécnica de Newcastle) y que además prestó servicios laborales para la misma entidad durante cinco años - acreditando en todo momento una preparación y formación suficiente y completa en la materia (con estudios en Estados Unidos, Roma y otros museos y galerías de ámbito nacional)- resulte excluida «al no reunir los requisitos exigidos por el convenio» en la provisión de una plaza de restaurador convocada por el propio Museo Nacional del Prado*”.

⁵⁷⁸ Vicente Pachés, Fernando (de). “Impugnación por lesividad de convenio colectivo: disposición convencional interpretada de conformidad con el derecho comunitario: SJS Madrid 17 noviembre 1999”, *Aranzadi Social*, 1999.

2. Extinción de la relación laboral por muerte del empresario persona física

✓ STJUE 10 de diciembre de 2009, Caso Rodríguez Mayor. C-323/08

a. Identificación de la sentencia

En fecha 10 de diciembre de 2009 tuvo oportunidad el TJUE (Sala cuarta) de dictar Sentencia⁵⁷⁹, en relación a 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, a raíz del auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 2008.

b. Problema suscitado

El supuesto de hecho del que parte es ciertamente peculiar.

- Se trata de empresario persona física, con 7 trabajadores, que fallece.
- Sus herederos no comunican nada a los trabajadores, pero posteriormente renuncian a la herencia, por lo que el negocio no continuó.
- Los trabajadores demandan por despido tácito, que se dirige frente a la herencia yacente y Fogasa.
- El Juzgado de lo social desestima las demandadas por considerar que no habría existido despido ni transmisión de la empresa, y si extinción de la relación laboral por fallecimiento del empresario. Igualmente condena por temeridad y mala fe a los trabajadores.
- Frente a la Sentencia desestimatoria de la demanda se formula el correspondiente recurso de suplicación que es el que motiva que el TSJ plantee la cuestión.

c. Marco normativo coetáneo

La normativa española de aplicación venía dada por el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. En concreto:

El art. artículo 49, apartado 1, letra g), y h) ya establecían la posibilidad de extinción de toda la plantilla, distinguiendo supuestos:

⁵⁷⁹ Asunto Ovidio Rodríguez Mayor y otros contra Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila y otros. Identificación. ECLI:EU:C:2009:770. Ponente. E. Juhász.

g) *“Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante. En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario. En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley.”*

h) *Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 51 de esta Ley.*

Por su parte el artículo 51 del mismo Estatuto de los Trabajadores regulaba los despidos objetivos, señalando que se entenderían como tales *“...la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:*

a) *Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*

b) *El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*

c) *Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores”.*

Por tanto la legislación española diferenciaba el supuesto de extinción de los contratos de toda la plantilla, distinguiendo indemnización a percibir según se tratara de desaparición de persona física o jurídica, requiriéndose, en este último caso, la tramitación del procedimiento de despido colectivo.

d. Criterio jurisprudencial coetáneo

No refiere doctrina alguna.

e. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El Auto del TSJ de Madrid es de fecha 14 de julio de 2008 y analiza los arts. La Sala de lo Social se plantea la duda e interpela al TJUE, de si el hecho de que el art. 51 del E.T., que regula los despidos objetivos, se limite a aquellos producidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y no a todos los que tienen causa

distinta a las razones inherentes a los trabajadores, supondría una desigualdad de trato respecto a los supuestos en los que la extinción del contrato es como consecuencia de la desaparición de la empresa y atendiendo a si la empresa es persona física o jurídica y por tanto supondría una vulneración de la Directiva 98/59 referida a los despidos colectivos.

Y ello es debido, como sabemos, a que en el supuesto de hecho en el que el empresario en vez de ser persona física hubiera sido jurídica, el fallecimiento de su mayor accionista no hubiera supuesto causa de extinción de la relación laboral, debiéndose haber tramitado los herederos el correspondiente expediente de despido colectivo y al amparo de uno de los motivos previstos en el mentado art. 51.

A partir de ello el TSJ plantea al TJUE las siguientes preguntas:

“1.- *¿Se incumple la directiva en el artículo 51 del ET al no prever entre los despidos todos aquellos que respondan a razones no inherentes a la persona de los trabajadores?*

2.- *La disposición legal del artículo 49.1.g del ET. ¿Es contraria a la directiva, excluyéndola del artículo 51?*

3.- *La regulación española de los despidos colectivos y concretamente los artículos 51 y 49.1.g, ¿vulneran, el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores?”*

Es de resaltar que los actores formularon la demanda por considerar que la decisión extintiva es un acto eminentemente formal y que al no habersele comunicado nada por los herederos se habría de considerar que hubo un despido tácito. Por tanto no hacían referencia a una posible discriminación por aplicabilidad de Directiva europea.

*f. Conclusiones del Abogado General*⁵⁸⁰

Un año más tarde, el 16 de julio de 2009, el Abogado General emitió sus conclusiones, en las que se pronunciaba en el sentido de que la Directiva 98/59/CE no permitía considerar que el concepto de “despido” abarcara los casos de extinción del contrato de trabajo como consecuencia del fallecimiento de empresario persona física,

⁵⁸⁰ Sr. P. Mengozzi.

cuyos herederos legítimos renuncian a la herencia, siempre que el fallecimiento suponga el cese total de la actividad empresarial.

Por lo que se refiere a Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 9 diciembre de 1989, considera que no serían de aplicación por no disponer nada sobre los despidos colectivos.

Primera cuestión a destacar es el análisis que realiza el Abogado General sobre motivos de inadmisión de la cuestión planteada, lo que es trascendente a la hora del propio planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Así refiere que tal y como se formulan las preguntas, no sería admisible ya que “...no puede pedirse al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la compatibilidad de una normativa estatal con la Directiva, sino únicamente sobre la interpretación de esta última...”.

No obstante, ello, y es lo que posibilita continuar su razonamiento, reconduce la cuestión en “...virtud del espíritu de la cooperación con los jueces nacionales...”, señalando que “... sólo podría considerarse admisible si se entiende dirigida a obtener una interpretación del concepto de «despido» utilizado en el artículo 1 de la Directiva 98/59 y, en particular, a aclarar si en dicho concepto está comprendido también el caso de extinción del contrato de trabajo debido al fallecimiento de un empresario persona física cuando, en caso de renuncia a la herencia por parte de los herederos legítimos, ese fallecimiento suponga el cese completo de la actividad de la empresa”.

Destaca el Abogado General cual sea el objetivo de la Directiva 98/59, “...establecer procedimientos que han de aplicarse a despidos que pueden imputarse en sentido amplio a un empresario, como los derivados de una resolución dictada por un juez que sustituye a dicho empresario...”, considerando que cae fuera de su ámbito las extinciones de las relaciones laborales por fallecimiento del empresario persona física cuya herencia quede yacente, lo que sería competencia de los Estados miembros.

En cuanto a la tercera cuestión planteada, la posible discriminación de indemnizaciones, al amparo de los principios generales que expresan el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de los Trabajadores y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, los mismos no son de aplicación ya que tales instrumentos normativos no hacen mención al procedimiento de despido colectivo.

g. La sentencia del TJUE

El 10 de diciembre del mismo año 2009 se dictó la Sentencia del TJUE, acogiendo esencialmente la argumentación del Abogado general, y concluyendo que la Directiva 98/59/CE “...no se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual no se considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de varios empleados cuyo empresario es una persona física como consecuencia de la muerte de éste., ni tampoco a la que establece indemnizaciones diferentes dependiendo de que los trabajadores hayan perdido su empleo como consecuencia de la muerte del empresario o de un despido colectivo”.

La primera cuestión que analiza la Sentencia es la de la competencia del propio TJUE, alegada por distintas partes compareciente (Gobiernos Español, Húngaro y la propia Comisión) que habían señalado que la Directiva 98/59 hace referencia a un número de trabajadores afectados igual a veinte, por lo que no sería de aplicación ya que la norma nacional indica “superior a cinco”.

A tales efectos declara que en tanto que el número de trabajadores del empresario era de 7, en principio no sería de aplicación la Directiva 98/59 que exige un mínimo de 20 despidos en periodo de 90 días.

No obstante ello, dado que se permite la mejora por el derecho nacional, y en el caso español también se considera despido colectivo cuando la extinción afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa, siempre que sea superior a 5, también sería de aplicación la Directiva al caso que analiza y entra a valorarla, máxime cuando se trata de supuesto de interés comunitario a fin de evitar futuras divergencias y conseguir una interpretación uniforme.

Seguidamente se hace eco de lo referido por el Abogado General en cuanto a la competencia del Tribunal que no es la de dirimir la posible compatibilidad de normas internas con las comunitarias, sino proporcionar al órgano judicial elementos de interpretación del Derecho comunitario para que el juez nacional pueda apreciar la compatibilidad del derecho interno con el comunitario. Reconduce, por tanto, la cuestión prejudicial, en el mismo sentido que el Abogado General, determinar cuál sea la interpretación del art. 1. 1 de la Directiva 98/59 y si incluiría como despido colectivo la “...la extinción de los contratos de trabajo de varios trabajadores empleados por una persona física como consecuencia de la muerte de esta”.

Posteriormente pasa a analizar distintos términos que se utilizan en la Directiva, los que presuponen la existencia de “...*un empresario y de que éste actúe en determinado sentido*”, que es el que ha de tener la intención de llevar a cabo los despidos y para ello ha de adoptar determinadas acciones previstas en la propia Directiva.

A partir de ello resalta que en el supuesto planteado por el Auto del TSJ de Madrid no existe empresario destinatario de las obligaciones establecidas por la Directiva, al haber fallecido, por lo que mal puede considerarse aplicable la misma. Se pone de relieve la necesidad de que exista un empresario y de que éste actúe en determinado sentido.

Respecto a la segunda cuestión planteada, diferencia de indemnizaciones en función de si la pérdida de empleo es por despido colectivo o por muerte del empresario, la contesta igualmente de forma negativa, a partir de que en el segundo caso no estamos ante un despido colectivo y por tanto no es de aplicación la Directiva en cuestión.

h. La sentencia del Tribunal Español

En fecha 26 de enero de 2010 se dicta Sentencia⁵⁸¹ por el TSJ de Madrid declarando la inexistencia de despido, condenando a la HERENCIA YACENTE a satisfacer a los demandantes las cantidades correspondientes en concepto de indemnización por finalización de contrato del 49.1.g), por importe de un mes de salario, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por muerte del empresario. Añade que, aunque no hubo por parte los herederos comunicado expreso de no continuar con la actividad, siendo conocido el fallecimiento y el cese de actividad, debe admitirse la manifestación tacita de cese. Es significativo que la acción formulada fue la de despido y se declaró la inexistencia del mismo, pero se condenó a la indemnización que se ha referido de un mes. Se trata de un pronunciamiento que cabría considerar como incongruente, si bien es lo cierto que ello evitaba un nuevo procedimiento en el que se reclamara a la herencia yacente y al Fogasa dicha indemnización en proceso ordinario de cantidad.

Es curioso que la Sentencia, aun estimando parcialmente el recurso de los trabajadores, al reconocerles la indemnización de un mes de salario y condenar a la Herencia Yacente, lo que no había sido reconocido por el Juzgado de lo Social al

⁵⁸¹ Recurso suplicación nº 646/2008. ROJ: STSJ M 435/2010 - ECLI:ES:TSJM:2010:435.

considerar que no existió despido, viene a confirmar la sanción a los trabajadores por mala fe impuesta en la sentencia de instancia y ello por considerar que existiría “...*falta de diligencia y colaboración con la Administración de Justicia de los trabajadores que eran perfectamente conocedores del fallecimiento, asistiendo a su entierro, y habiendo incluso uno de ellos encontrado el cadáver en el centro de trabajo. No existe razón alguna para que los demandantes y su asistencia letrada ocultaran el dato del fallecimiento tanto en la demanda como en las pesquisas de averiguación del domicilio realizadas por el Juzgado, quien tuvo conocimiento de estos hechos no por las partes, sino por la contestación efectuada por la Dirección General de Policía ante la solicitud de información verificada por el Juzgador.*”

i. Breve valoración

Es controvertida la respuesta que se da a la cuestión debatida, resultando una interpretación restrictiva que se trata de justificar en la necesidad de que exista una iniciativa y acción del empresario en un determinado sentido, no habiendo en este supuesto un sujeto de Derecho destinatario de las obligaciones previstas en la Directiva⁵⁸², no siendo exigible un procedimiento de consulta-negociación cuando no existe el sujeto que puede iniciarlo.

Al coincidir la muerte del empresario y la extinción de los contratos de trabajo es materialmente imposible cumplir esas obligaciones que fija la Directiva⁵⁸³.

Sin embargo se produce la paradoja en relación al supuesto del mismo fallecimiento pero en donde en un caso es del administrador y único socio de la mercantil, y en otro es autónomo, en ambos casos con trabajadores dados de alta.

En el supuesto de fallecimiento del administrador único y del autónomo los trabajadores afectados, en caso de no continuar la actividad y extinguiéndose sus relaciones laborales, tendrían derecho a indemnizaciones distintas, en el primer caso la indemnización del art. 51 (20 días por año de servicio) y en el segundo la prevista en el art. 49 (una mensualidad), por lo que cabría preguntarse si ¿Habría una razón objetiva

⁵⁸² Ushakova, Tatiana. “El despido colectivo en el derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2014.

⁵⁸³ González-Posada Martínez, Elías. “Muerte del empresario y despido colectivo”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 61-70.

que justifique la diferencia de indemnización o se estaría vulnerando el principio de igualdad de trato?.

j. Recepción por los órganos judiciales españoles

La única sentencia encontrada que la cita es de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social de 4 de septiembre de 2013, Roj: SAN 3650/2013 - ECLI:ES:AN:2013:3650, que estima la demanda de impugnación de despido colectivo y declara la nulidad de los despidos.

Entra en el análisis de los artículos 49.1 y 51.1 del ET y de la interpretación del término “*motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*”, resaltando que interpretaciones del TJUE no pueden aplicarse mecánicamente cuando se trata de estudios de la trasposición de la Directiva comunitaria “...*por lo que debe aplicarse con cautela al supuesto debatido, como resalta en STJCE de 10-12-2009, proced. 323/2008, caso Ovidio Rodríguez Muñoz contra el Reino de España, donde el propio Tribunal precisa que su pronunciamiento en la sentencia de 12-10-2004 debe entenderse aplicable únicamente al supuesto allí debatido*”.

PARTE FINAL

I. SINTESIS PANORAMICA

1. PROGRESIVA IMPLICACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES

El estudio que ahora concluye arranca con la primera de las sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo como respuesta a una cuestión prejudicial suscitada por órganos judiciales españoles del orden social y versada sobre materia laboral. El examen diacrónico de estos casi 28 años (1993-2021) pone de manifiesto el cada vez más activo papel de esos tribunales, en clara concordancia con su creciente identificación como verdaderos órganos judiciales europeos que han de aplicar la normativa eurocomunitaria. El juez europeo es el juez español, valga la expresión. No hay tribunales encargados de aplicar el ordenamiento nacional y tribunales para hacer lo propio con el eurocomunitario. Del mismo modo que el ordenamiento es uno, los órganos encargados de su aplicación también integran una sola organización. Se ha de resaltar nuevamente que la investigación realizada se ha circunscrito a controversias de la rama laboral del Derecho del Trabajo, excluidas las materias de Seguridad Social, por las razones expuestas al comienzo.

Desde el año 1993, por ser la fecha en que se dicta la primera sentencia analizada (caso Wagner Miret, 16-12-93, C-334/92), hasta avanzado el año 2021 (caso EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., Acciona Agua, S.A., 24-6-21, C-550/19), han sido 75 las veces en las que los órganos judiciales españoles han recibido respuesta a sus inquietudes por parte del TJUE; se zanján así otros tantos planteamientos de cuestiones prejudiciales, es decir, de dudas sobre la adecuación de la normativa y jurisprudencia nacional a las correspondientes de la UE.

En esos 28 años la referida implicación ha ido incrementándose casi en el cien por cien cada década. Así, en el periodo 1993 a 2002 aparecen hasta diez asuntos subsumibles en el diseño realizado para elaborar esta Memoria; en el siguiente decenio (2003-2012) la cifra se eleva hasta veinticinco; y pese a no haber concluido un periodo de otros diez años, en el último tramo son ya cuarenta los asuntos resueltos por el TJUE.

2. CONCENTRACIÓN DE CUESTIONES EN DETERMINADOS ÓRGANOS

Si atendemos al tipo de órganos judiciales que plantearon las cuestiones resueltas, es notable que han sido fundamentalmente los de carácter unipersonal (Juzgados de lo Social) quienes en mayor grado han considerado necesario poner en funcionamiento el mecanismo de la cuestión prejudicial, hasta 40 ocasiones, lo que supone el 53,3% del total. El segundo lugar lo ocupan los Tribunales Superiores de Justicia con 30 ocasiones, lo que supone el 40%. La Audiencia Nacional planteó cuestión prejudicial en 2 ocasiones al igual que en otras dos ocasiones el Tribunal Supremo (2,66% cada uno).

Se ha de destacar la concentración de cuestiones en algunos concretos órganos judiciales, pudiéndose mencionar el elevado número de planteamientos por el TSJ de Galicia, (8 ocasiones), Castilla la Mancha y País Vasco (4 cada uno). Ya en menor medida han activado el mecanismo de cooperación judicial las Salas de lo Social del País Vasco, de Castilla León y de Madrid (3 cada uno). Los Tribunales de Murcia y Cataluña han visto respondido un asunto cada uno.

Por lo que respecta a los Juzgados de lo Social es de resaltar el número de cuestiones planteadas por los Juzgados núm. 33 de Madrid, núm. 33 de Barcelona y Único de Algeciras (hasta 5 cuestiones cada uno). Cuatro veces ha recibido respuesta el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona y dos veces los Juzgados de lo Social núm. núm. 23 y 30 de Madrid. EL TJUE también ha atendido asuntos procedentes de los Juzgados de lo Social núm. 16 de Barcelona, núm. 1 de Pontevedra, núm. 4 de Madrid, núm. 1 de San Sebastián, núm. 1 de Benidorm, núm. 1 de Córdoba, núm. 3 de Barcelona, núm. 2 de Terrassa, núm. 1 de Granada, y núm. 41 de Madrid, además se da la circunstancia que en alguna ocasión es el mismo Magistrado quien ha formulado las cuestiones desde distintos órganos judiciales como consecuencia de un cambio de destino.

Igualmente cabe destacar que en una misma controversia que afectaba a una misma trabajadora, se han formulado, sucesivamente, dos cuestiones prejudiciales. El asunto De Diego Porras motivó una cuestión prejudicial en fase de suplicación a instancia del TSJ de Madrid; en recurso de casación el Tribunal Supremo volvió a plantear cuestión prejudicial que dio lugar a que el propio TJUE reconsiderara la doctrina de su primer pronunciamiento, lo que había sido adelantado de forma

ciertamente peculiar por el Presidente del mismo en una conferencia que impartió en Madrid pocos meses después del primer pronunciamiento.

3. TEMAS DESTACADOS

Las materias que han sido sometidas al TJUE son muy variadas y sus pronunciamientos han tenido un gran impacto en el Derecho del Trabajo español, hasta el punto que no parece exagerado afirmar que, sin ellos, sería distinto al que actualmente conocemos. No cabe desconocer, sin embargo, que esa incidencia ha sido fundamental respecto a cambios normativos, pero también en relación a la validación de la propia normativa española. (entre otras, Caso Robledillo Núñez, 21-2-2008, C-498/06, sobre no validez conciliaciones extrajudiciales, o el Caso JL y FOGASA, 3-3-2021, C-841/19, sobre validez de la garantía proporcional a la jornada). Dicho abiertamente: el legislador ha debido acomodar determinados preceptos para conseguir que concordasen con las exigencias del Derecho Comunitario.

Tema recurrente, que motivó hasta 18 planteamientos de cuestiones prejudiciales, ha sido el de la *no discriminación*, y muy especialmente en relación con la *maternidad* (hasta 6 cuestiones entre los años 2006 a 2019), *discapacidad* (4 cuestiones entre los años 2006 a 2019), y la *edad* (2 cuestiones en 2007 y 2015), habiendo supuesto, como se ha referido, o cambios de doctrina judicial o de la regulación normativa.

Tema igualmente relevante ha sido el de *insolvencia* de las empresas y los mecanismos de protección de los trabajadores por créditos no satisfechos, que han motivado un proceso de clarificación que arranca en el año 2005 con el caso Cordero Alonso (C-81/05) y finaliza en el año 2021 con el caso JL y FOGASA. Los sucesivos pronunciamientos del TJUE dieron lugar a sucesivas modificaciones de la regulación dada en relación con el Fondo de Garantía Salarial. Así, el reconocimiento como título habilitante de las conciliaciones judiciales tanto para indemnizaciones por despido, como para salarios, igualmente la equiparación de las indemnizaciones por modificación sustancial de condiciones de trabajo, o la adecuación de la legislación española en materia de proporcionalidad de la garantía en función del tipo de jornada.

Asimismo han sido abundantes los pronunciamientos relacionados con otra institución importante de cara a los trabajadores, cual es el del traspaso de empresas, que motivó que órganos judiciales plantearan hasta 11 cuestiones, empezando en el año

1995, caso Burdalejo Trevejo y otros,) C-336/95) y finalizando en el 2016, caso Colino Sigüenza (C-472/16).

En materia de *jornada* ha habido muy importantes pronunciamientos, que han clarificado cuestiones tales como la jornada del colectivo sanitario (principalmente los facultativos de atención primaria y ATS), que tradicionalmente tenía un marco totalmente difuso. Igualmente, y en lo que cabe apreciar una cierta pugna entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (quien con anterioridad al auto de planteamiento de la AN, había revocado una sentencia de la AN que mantenía el mismo criterio que sostiene en el auto de planteamiento), ha sido trascendental el planteamiento de la primera que dio lugar al caso Deutsche Bank (C-55/18) y que incidió en la modificación legal que introdujo mecanismos de control de la jornada laboral, a fin de evitar el elevado número de horas sin remunerar. El total de pronunciamientos ha sido de 5 que arrancan del caso Sindicato Médico (C-303/98), y finaliza con el caso Deutsche Bank (C-55/18).

En relación a las *vacaciones* se ha declarado reiteradamente por el TJUE su carácter de derecho esencial a proteger, clarificando la incidencia de los procesos de incapacidad temporal en el disfrute de las mismas, manteniendo el derecho cuando se solapan con I.T., incluso ya transcurrido el año natural. En total han sido hasta 4 cuestiones relativas a vacaciones, comenzando por el caso Merino Gómez (C-342/01) y finalizando por el caso Maestre García (C-194/12). La recepción de estos criterios tanto en el ET cuanto, sobre todo, en la jurisprudencia sigue siendo decisiva para la resolución de numerosos asuntos.

Importante preocupación de los órganos judiciales españoles se constata en relación con las *modalidades contractuales*, tanto en el sector público como privado, habiéndose planteado hasta 13 cuestiones, entre los años 2013, caso Márquez Samohano (C-190/13), hasta la muy reciente de 24 de junio de 2021, caso EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., Acciona Agua, S.A.(C-550/19).

Ese cumulo de cuestiones prejudiciales planteadas han clarificado cuestiones relacionadas con el trabajo a tiempo parcial, caso OH y ER (C-472/18), o el denominado contrato de emprendedores relacionados con la crisis económica de 2008, caso Nisstahuz Poclava (C-117/14), y muy recientemente con los contratos de fijos de obra, caso Cobra Servi Aux. (C-29/18, C-30/18 y C-44/18) que posiblemente supondrá

una transformación profunda del sector de la construcción, dada la censura manifiesta del TJUE a los altos índices de temporalidad en el sector privado y la permisibilidad ante los abusos de la concatenación de contratos en lo que considera trabajos permanentes y no coyunturales.

Igualmente los órganos judiciales españoles han sido especialmente sensibles, a la hora del planteamiento de cuestiones prejudiciales, en relación con la también alta temporalidad en las Administraciones Públicas, habiendo planteado hasta seis cuestiones que se iniciaron en el año 2014, con el caso Ayuntamiento Huerto Vega (C-86/14), y finalizando en la recientísima Sentencia de junio de 2021, caso Instituto Madrileño de Investigación (C-29/18), cuya trascendencia ha sido tal que de un lado ha dado lugar a múltiples sentencias posterior del Tribunal Supremo en muy pocos días y también a algunas iniciativas normativas por el gobierno, con divergencias de los sindicatos, en un intento de poner fin a la elevadísima tasa de temporalidad en las Administraciones Publicas.

El tema de los *despidos colectivos*, y especialmente en relación con la determinación de cuando estamos ante un despido objetivo y los criterios numéricos y umbrales a considerar, así como la garantías a reconocer dada la evidente incidencia de los mismos en los lugares en donde se producen, ha sido objeto de preocupación por los órganos judiciales españoles que han formulado hasta 4 cuestiones prejudiciales, que se iniciaron en 2013 con el caso Rabal Cabañas (C-392/13) y terminaron en el 2020, caso Marclean, (C-438/99).

Específicamente se ha considerado igualmente los supuestos de despidos de trabajadoras embarazadas, uno en el año 2001, caso Jiménez Melga (C-438/99) y otro en 2016, caso Jessica Porrás Guisado (C-103/16).

En una ocasión se le plantearon dudas, a través de la oportuna cuestión prejudicial, en el año 2010, caso Barnecilla Fernández, (C-256/10), en materia de seguridad y salud laboral, y específicamente en tema de RUIDOS que afectaba a trabajadores durante el desempeño de trabajo.

Por último, cabe resaltar diversos temas, de importante trascendencia, que se han planteado desde 1997 hasta 2016 y que se analizan en el presente trabajo y que las resoluciones del TJUE han clarificado. Así, sobre la *competencia* del propio TJUE casos Barba Jiménez I y II, (C-269/16 y 426/17), sobre responsabilidad de los

administradores sociales, caso Antonio Miravittles, (C-243/16), sobre reconocimiento de titulaciones académicas en los distintos estados miembros, caso Museo del Prado, (C-243/16), o sobre *muerte* de empresario persona física, caso Rodríguez Mayor, (C-323/08).

4. TRASCENDENCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

Se ha de reiterar la gran trascendencia que han tenido gran parte de los pronunciamientos del TJUE en el ámbito de las relaciones laborales de nuestro país, al haber provocado un cambio legislativo o un cambio de doctrina judicial.

Es de significar que la practica generalidad de las cuestiones prejudiciales planteadas lo fueron bien porque se consideraba por el órgano que lo formulaba que la normativa de aplicación era contraria a la normativa europea, o bien que la doctrina mantenida por el TS hasta la fecha les compelia a dictar sentencia en unos términos que consideraban contrarios a la misma.

Así y teniendo en cuenta la resolución final del órgano judicial español, excluyendo del análisis aquellos pronunciamientos del TJUE en los que se declaró su propia incompetencia o no consideró se produjera vulneración alguna de normativa comunitaria, podemos reseñar:

5. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

5.1. En relación al principio de Igualdad

La Sentencia del caso Sarkatzis, C-294/04, supuso un avance en relación a la práctica administrativa que equiparaba situación de maternidad y fuerza mayor y por ende posibilitaba que aquella incidiera negativamente en la vida profesional de la mujer. En el caso concreto se estimaba que la imposibilidad de tomar posesión por causa de maternidad afectaba negativamente en la antigüedad profesional de la misma, vulnerándose por ello el principio de igualdad.

La Sentencia del caso Pedro Manuel Roca Álvarez, C-104/09, incidió directamente en la modificación del art. 37.4 del E.T., que se llevó a cabo mediante el Real Decreto-ley 3/2012, al reconocer que el permiso por lactancia podría ser disfrutado por el hombre y no solo por la mujer. El TJUE desvinculo el hecho biológico de la lactancia natural, considerando el permiso como un tiempo de cuidado de hijo.

La Sentencia del caso Arjona Camacho, C-407/14, resaltó la obligación de los Estados a tenor del art. 18 de la Directiva 2006/54, de establecer mecanismos de

reparación disuasoria y proporcionada del daño ocasionado por discriminaciones por razón de sexo, si bien declara que los Estados tienen la libertad en la forma de regular la forma de reparación.

5.2. En relación al riesgo de lactancia

La Sentencia del caso Elda Otero, C-531/15, incidió en la necesidad de protección de la salud de la trabajadora durante la lactancia natural a través de dos mecanismos, el de la necesidad de una evaluación de riesgos, y el de inversión de la carga probatoria, posibilitando el disfrute del derecho a la prestación derivada de riesgo.

Igualmente, la Sentencia del caso González Castro, C-41/17, conllevó la estimación de la pretensión de la actora, de reconocimiento de prestación por riesgo durante lactancia natural en su puesto de trabajo de vigilante en turnos de noche, por considerar el mantenimiento de la prestación suponía un riesgo para la lactancia que no se podría neutralizar con la extracción de leche dado que realizaba el trabajo en solitario.

5.3. En relación a la discapacidad y protección frente al despido

La Sentencia del caso Chacón Navas, C-13/05, fue la primera que relacionó la incapacidad temporal con el despido, considerando la actora que el mismo tendría como única causa aquella. En esta primera sentencia se resaltó que la enfermedad no cabe equipararla a discapacidad, pero ya adelantó que si podría ser discriminatorio si esa limitación fuera a prolongarse en el tiempo. El juzgado español, por ello, no declaró la nulidad sino la improcedencia del despido.

La Sentencia del caso Mohamed Daouidi, C-395/15, fue la segunda que analizó el mismo tema de incapacidad temporal y discapacidad, suscitado también por el mismo Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona. EL TJUE resaltó de nuevo el “carácter duradero” de la situación para considerar si un despido sería discriminatorio o no, remitiendo al juzgador nacional. La resolución que dictó este Juzgado fue de nulidad, pero fue revocada por el TSJ de Cataluña a tenor de la doctrina “Chacón”, considerando que la discapacidad requiere que se dé una limitación para la vida profesional que es la que se trata de superar con la protección antidiscriminatoria y que un proceso corto de incapacidad temporal no puede equipararse a discapacidad.

En el caso Ruiz Conejero, C-270/16, se analizó la incapacidad temporal desde el prisma del despido objetivo por ausencias al trabajo. La respuesta del TJUE permite al

Juzgado Social núm. 1 de Cuenca declarar la nulidad del despido llevado a cabo por la empresa por superar el umbral de inasistencias previsto en el art. 52.d del E.T. En el caso concreto el actor padecía de problemas de obesidad, y otros de columna, lo que motivo se le reconociera discapacidad del 37%, considerando el Juzgador que la regulación estatutaria posibilitaba, de una forma automática, un trato discriminatorio por razón de discapacidad sin que existan mecanismos para determinar si la medida es proporcional y afectando la extinción prevista en el precepto, consecuentemente, en mayor número a personas con discapacidad. Finalmente, el RD-ley 4/2020, de 18 de febrero, modificación del art. 52.d del E.T., eliminando la posibilidad que establecía, citando expresamente en su exposición de motivo la STJUE del caso Ruiz Conejero.

En el caso Nobel Plásticos, C-397/18, nuevamente se analiza la relación despido incapacidad temporal. El despido era por causas objetivas, estableciéndose como criterios de adscripción preferente, entre otros, el del mayor índice de absentismo. En el caso concreto la actora estaba diagnosticada de epicondilitis derecha, como enfermedad profesional, lo que motivaba sucesivos periodos de incapacidad temporal. En este caso el TJUE resalta que el despido en tales situaciones podría estar justificado, siempre que la empresa hubiera adoptado previamente ajustes razonables para garantizar el principio de igualdad. Ello le permitió al Juzgado que planteó la cuestión declarar la nulidad del despido, dado que la empresa no habría acreditado ninguna actuación previa para garantizar dicho principio.

5.4. En relación con la antigüedad

La Sentencia del caso Cerro Alonso, C-307/05, fue la primera que analizó la incidencia de la antigüedad en la relación laboral, en esta ocasión en el empleo público. Así el TJUE vino en declarar que un trato distinto, a efectos remuneratorios, del personal fijo y temporal, reconociéndose una prima de antigüedad a los primeros y no a los segundos, vulneraría la Directiva 1999/70/CE.

Si bien el Juzgado que planteó la cuestión, Juzgado Social núm. 1 de San Sebastián, no pudo dictar sentencia por cuestiones competenciales con la jurisdicción contencioso administrativo, es lo cierto que posteriores sentencias de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco se hicieron eco de la del TJUE, habiéndose generalizado posteriormente tal criterio.

La Sentencia del caso Universidad de Alicante, C-273/10, volvió a analizar el tema de la incidencia de la antigüedad, en el supuesto profesores fijos y temporales, que eran diferenciados en el convenio colectivo de aplicación. EL TJUE vuelve a reiterar que esa diferencia por el simple hecho de ser temporal, vulneraría la Directiva 1999/70/CE. Dicho pronunciamiento posibilitó al TSJ de Valencia desestimara el recurso formulado por la Universidad.

El Auto del caso Rivas Montes, C-178/12, vino a resaltar que la Directiva 1999/70/CE era de aplicación en relación a diferencias por el carácter temporal o fijo de la relación laboral, pero no a diferencias por el tipo de relación, laboral o funcionarial, lo que provocó que se dictara Sentencia desestimatoria por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Córdoba que había planteado la cuestión.

5.5. En relación a la edad

La Sentencia del caso Félix Palacios de la Villa, C-411/05, analizó la (no) existencia de discriminación desde la perspectiva por razón de edad. Así en el caso la jubilación obligatoria establecida en el convenio de aplicación de conformidad con la ley 14/2005, y si ello se opondría a 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 sentencia final del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, confirmada en suplicación, es desestimatoria, en línea con la STJUE que consideraba compatible la jubilación obligatoria si ello era dentro de una política de empleo, lo que contradecía lo declarado por la STC 22/81 que había motivado que la ley 12/01 derogara la disposición adicional 10ª del E.T.

En el caso María Vital Pérez, C-416/13, la edad se analizaba desde la perspectiva del acceso al empleo, al establecerse en el concurso para la cobertura de una plaza de policía local la edad máxima de 30 años. En este caso el Juzgado que planteó la cuestión (juzgado contencioso administrativa pero se incluye en el presente trabajo por la evidente relación con el marco laboral) finalmente estimó la demanda de quien recurrió las bases del concurso, en base a la declaración del TJUE de que el requisito de menor de 30 años vulneraría el art. 4 de la Directiva 2000/78 CE, y por tanto el principio de igualdad, cuyas excepciones han de interpretarse restrictivamente, no resultando en este caso ni proporcional ni adecuada el establecimiento de la edad máxima.

6. TIEMPO DE TRABAJO

6.1. En relación Jornada

6.1.1. Del personal sanitario

La Sentencia del TJUE, caso del Sindicato Médico, C-303/98, posibilitó que el TSJ de la Comunidad Valenciana estimara parcialmente la demanda de conflicto colectivo, clarificando aspectos relevantes de la jornada de los médicos de atención primaria, que hasta entonces estaba sumida en una clara confusión con ocasión de la tradición que primaba la prestación del servicio a cualquier otra consideración laboral. Así se reconoció el derecho a disfrutar jornada semanal de 48 horas, incluido el tiempo de atención continuada, por cada periodo de 7 días.

El Auto del TJUE, caso Servicio Galego de Saude, C-241/99, la doctrina anterior se amplió al personal de enfermería. El TSJ de Galicia pudo estimar la demanda en los mismos términos, esto es, declarando el derecho a que jornada laboral que no exceda de 48 horas a la semana, incluidas la de atención continuada, y estableciendo un descanso de 11 horas consecutivas al finalizar cada guardia de presencia física de 24 horas.

6.1.2. Del tiempo de desplazamiento

La Sentencia del TJUE del caso Tyco, C-266/14, clarificó un aspecto importante cual es el de los tiempos de desplazamiento de los trabajadores. Es necesario resaltar la peculiaridad del supuesto que analiza que devino de una modificación de condiciones llevado a cabo por la empresa. El TJUE delimitó los elementos que configuran el tiempo de trabajo. Así, el periodo durante el que el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones. Dado que con anterioridad a la modificación, el tiempo desde el centro de trabajo, que eliminó la empresa, al primer cliente se consideraba como tiempo de trabajo, así como el de regreso desde el último al centro de trabajo, se considera que la eliminación del centro no puede variar el computo, por lo que se estima como tiempo de trabajo el ocupado desde el domicilio al primer cliente y el regreso desde el último al domicilio.

6.1.3. Registro horario

La Sentencia del caso Deutsche Bank, C-55/18, supuso un paso importante en materia de control horario y economía irregular, al establecer la necesidad de que se mecanismos de control de jornada, resaltando que el trabajador es la parte mas débil de la relación laboral y la dificultad de la probanza de los incumplimientos empresariales. Como es bien sabido las conclusiones del Abogado General, a favor de la obligación

empresarial de llevanza de registro de control horario, fueron expresamente citadas en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 8/2019 que modificó el art. 34 del E.T., añadiendo un nuevo apartado 9 en que se dispone que «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 establece 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.»

6.2. En relación a vacaciones

La Sentencia del Caso Merino Gómez, C-332/01 inició el camino, posteriormente ampliado por sucesivas resoluciones del TJUE, de potenciación de las vacaciones como derecho social comunitario de especial importancia, posibilitando la sentencia estimatoria del Juzgado Social núm. 33 de Madrid, que reconoció el derecho a disfrutar de vacaciones por el periodo coincidente con el que hubiera estado en baja por maternidad.

En el caso Vicente Pereda, C-277/80, se amplía el reconocimiento al señalar que el periodo coincidente de I.T ya iniciado y vacaciones programadas, no se habrían de considerar como vacaciones disfrutadas y por ende habría de disfrutarse nuevo periodo en el mismo año natural.

Un nuevo avance se produce con el caso Asociación Nacional de grandes empresas de distribución, C-78/2011, en donde a raíz de conflicto colectivo planteado por diversos sindicatos, el TJUE declara que el criterio mantenido en el caso Vicente Pereda se habría ampliar a todo supuesto de coincidencia entre incapacidad temporal y vacaciones y no solo si ya se había iniciado la incapacidad temporal antes del periodo programado de vacaciones.

Finalmente, un paso más se da en el caso Maestre García, C-194/12, al eliminar el corsé del año natural, de tal forma que se posibilitó el disfrute de vacaciones transcurrido el año si antes no había sido posible su disfrute por haber estado en

situación de incapacidad temporal y ello aún cuando hubiera acuerdo en contra de la empresa y los representantes de los trabajadores. Ello permitió nuevamente al Juzgador estimar la pretensión del actor.

II. MODALIDADES CONTRACTUALES

1. Computo parcialidad a efectos de antigüedad

El Auto del TJUE del caso OH y ER, C-472/18 y C-439, supuso igualmente una clarificación en cuanto a la regulación de la contratación a tiempo parcial y permitió que la sentencia del TSJ de Galicia estimara la pretensión de los actores interesando que a efectos de cálculo del complemento de antigüedad se tuviera en cuenta la totalidad del tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral, con independencia de los días realmente trabajados, y ello a tenor de la previsión contenida en la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES cuya finalidad no es otra que evitar el trato peyorativo del personal a tiempo parcial, así como la Directiva 2006/54/CE de igualdad de trato, dado que mayoritariamente es femenino quienes trabajan en esta modalidad contractual.

2. Contrato emprendedores

La STJUE del caso Nisttahuz Poclava, C-117/14, no permitió que el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid estimara la pretensión de que se considerara nulo el “periodo de prueba” de un año, establecido en el denominado contrato de emprendedores que se estableció por la Ley 3/2012, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral y con la pretensión de lucha frente a la crisis económica. EL TJUE declaró, en contra del Juzgador que planteo la cuestión, que el contrato era indefinido, y que la normativa europea y los objetivos establecidos en el art. 151 del TFUE nada dicen en relación con el periodo de prueba que es competencia de los ordenamientos nacionales.

3. Profesor asociado

La STJUE del caso Marquez Samohano, C-190/13, declaró que la contratación de profesores asociados es acorde con la Directiva 1999/70/Ce sobre trabajo de duración determinada, si bien resaltó que siempre que existan criterios objetivos y transparentes para la renovación de los contratos que impidan el abuso de los mismos, lo que finalmente decantó la Sentencia dictada por el TS, en casación para la unificación de doctrina, a favor de la tesis del actor, considerando que no habrían existido tales criterios objetivos, declarando el cese como despido improcedente.

4. Readmisión obligatoria en despidos declarados como improcedentes en la Administración

La STJUE del caso *Gardenia Vernaza*, C-96/17, clarificó el tema de los efectos de la declaración de improcedencia de despido llevado a cabo por Administraciones Públicas de trabajadores indefinidos no fijos, refiriendo que existirían razones objetivas para la diferencia de trato en cuanto al personal fijo en el que la readmisión es obligatoria, y que ello derivaría del contexto en que se produce la contratación, con respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

5. Extinción de contrata. Indemnización

La STJUE dictada en el caso *Cobra Servicios Auxiliares*, C-29/18 y acumulados, hizo una reflexión sobre la trascendencia de la resolución anticipada de las contratas, señalando que tal resolución podría producir una extinción por causas objetivas pero no una finalización por finalización del contrato, lo que posibilitó dictar sentencia al TSJ de Galicia estimando la pretensión de los actores, declarando el cese como despido improcedente.

6. Contratos fijo de obra en la Construcción

La última Sentencia dictada por el TJUE en la materia objeto de la presente Tesis, ha sido la de del Caso *EV y Obras y Servicios S.A., Acciona Agua S.A.*, C-550/19, en la que se analiza una de las posibles causas de la elevada temporalidad de nuestro país, que afecta principalmente al sector de la construcción, y es la relativa a la formalización de sucesivos contrato de obras y el margen amplio de permisibilidad de la propia negociación colectiva, declarándose que ello supone una vulneración de la normativa comunitaria en tanto que para actividades estructurales se posibilitaba su cobertura a través de contratación temporal sucesiva. La STJUE de 24 junio de 2021 puede ser un revulsivo importante para un cambio en dicho sector y un descenso de la temporalidad y precariedad.

7. Temporalidad en las Administraciones Públicas

Han sido varias los pronunciamientos del TJUE en relación con la temporalidad de la relación laboral en las Administraciones Públicas, debiéndose resaltar las variaciones de doctrina, posiblemente por un erróneo entendimiento del supuesto de hecho y de la regulación dada en nuestro ordenamiento jurídico.

En el AUTO de caso *Ayuntamiento de Huetor Vega*, C-86/14, se tuvo oportunidad de analizar por primera vez la contratación temporal fraudulenta por parte

de las Administraciones Públicas y las consecuencias de la amortización de la plaza ocupada por trabajador con la condición de indefinido fijo, resaltando que correspondería determinar al juzgador nacional cual debería ser la indemnización que constituyera medida suficiente para sancionar el abuso, lo que le permitió al Juzgado de lo social núm. 1 de Granada dictar sentencia reconociendo una indemnización de 20 días por año de servicio, lo que inmediatamente antes había sido reconocido por STS de 24 junio 2014.

La primera STJUE del caso de Diego Porras, C-596/14, ocasionó un intenso debate, al posibilitar que se reconociera indemnización por el cese de interino en la administración pública, sin cuestionamiento, por fraudulento, del propio contrato. Parecía que del pronunciamiento del TJUE cabría deducir que la finalización de todos los contratos temporales, tanto en la administración como en la empresa privada, conllevaría el derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio.

La segunda STJUE sobre el mismo tema fue la del caso Lucia Montero, C-677/16, a raíz de planteamiento del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid. Se trataba igualmente de trabajadora interina (cobertura de vacante) y el TJUE lleva a cabo una revisión de su doctrina, anunciada inusualmente por el presidente de este en una rueda de prensa en Madrid, de tal forma que declara la no procedencia de indemnización en caso de cese procedente de interino.

La tercera STJUE fue de nuevo en el iter del caso de Diego Porras, C-619/17, con ocasión de planteamiento por el TS a raíz de analizar el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado frente a la Sentencia del TSJ de Madrid que había resuelto el recurso de suplicación reconociendo el derecho de la actora a indemnización de 20 días por año de servicio. Con el precedente del caso Lucia Montero y las propias declaraciones del presidente del TJUE, el mismo rectificó radicalmente la doctrina sustentada en el caso C-596/14, desestimando finalmente la demanda de la actora que había venido trabajando como interina durante un largo periodo de tiempo.

El cuarto caso en el que tuvo oportunidad de pronunciarse fue el de la Universidad de S. Compostela, C-293/18, con ocasión de analizar conflicto colectivo que afectaba a investigadores predoctorales, declarando de un lado que tendrían contratos temporales y de otro que la Directiva 1999/70/CE del Consejo sobre el trabajo de duración determinada no se oponía a que la normativa nacional no estableciera

indemnización alguna al finalizar el contrato. Es de resaltar que la Sentencia que dictó el TSJ de Galicia, que había planteado la cuestión prejudicial, reconoció el derecho a indemnización análoga a la de los contratos temporales de obra o servicio, lo que fue revocado posteriormente por el TS en el recurso de casación que la Universidad formuló.

La última vez que el TJUE se ha pronunciado sobre la contratación temporal abusiva en las Administraciones Publicas ha sido en fechas muy recientes y ha sido en el caso Instituto Madrileño de Investigación, C-726/19 y que ha generado una expectación muy importante, al pronunciarse sobre los altos índices de temporalidad de las Administraciones Publicas y, en concreto, si las medidas internas adoptadas hasta la fecha tanto en la vertiente preventiva como desde el prisma sancionador son suficientes y proporcionadas para evitar el abuso de la contratación temporal o, por el contrario, dificultan el efecto útil de la Directiva y su Acuerdo Marco. El TJUE se pronuncia en una sentencia compleja inclinándose en función de lo advertido en el litigio principal por la privación de ese efecto útil de la directiva, tanto por la inexistencia de un plazo máximo de duración del contrato temporal por interinidad (sugiriendo que el plazo del artículo 70 del EBEP podría ser útil en contra de lo mantenido por el TS), como de la imposibilidad de justificar la inexistencia de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización de sucesiva de contratos temporales por razones puramente económicas o presupuestarias derivadas a raíz de la crisis económica de 2008. Y ello tras declarar que la cláusula 5ª carece de efecto directo al no ser incondicional ni suficientemente precisa pero recordando la obligación de aplicar el Derecho interno a la luz de la letra y finalidad de la directiva, que en este supuesto si es de aplicación al equivaler a “una sucesión de contratos” la existencia de un unió contrato prorrogado sucesivamente, lo que justificaba la aplicación de la cláusula 5ª.

III. VICISITUDES EMPRESARIALES

1. Insolvencia

Los pronunciamientos del TJUE han podido clarificar la adecuación de nuestra legislación en materia de garantía salarial a la normativa europea.

1.1. En relación a la contratación a tiempo parcial

El ATJUE del caso JL y Fogasa, C-841/19, declaró la adecuación de la doctrina española en supuestos de contratación parcial, al referir que sería compatible el criterio

de utilizar el módulo diario de garantía en función de la proporción de jornada y por ende de salario día.

1.2. En relación a salarios de tramitación y su protección ante la insolvencia

Así el caso Rodríguez Caballero, C-442/00, obligó a una reforma del art. 33.1.2 del E.T., que se llevó a cabo por la Ley 45/2002, a fin de incluir a los salarios de tramitación acordados en conciliación judicial, ya que hasta la fecha solo eran reconocidos los acordados en conciliación judicial.

El pronunciamiento en el caso Julián Hernández, C-198/13, giró sobre el abono de salarios de tramitación por el Estado a partir del sexagésimo día posterior a la presentación de la demanda, en cuyo caso la legislación española limitaba la protección a través del Estado, no del Fogasa, a los declarados en sentencia declarativa de improcedencia y no nulidad, como había sido el caso. El TJUE refirió que esa diferencia la consideraba justificada en función de la distinta finalidad de cada uno, así el Fogasa abonaría como consecuencia de la insolvencia de la empresa y el Estado lo hace en concepto de indemnización por el mal funcionamiento de la justicia. Tal respuesta obligó al Juzgado que planteó la cuestión a desestimar la pretensión de los actores.

1.3. En relación a la indemnización

La Sentencia del caso Olaso Valero, C-520/03, en línea con la del caso Rodríguez Caballero, declaró que también las indemnizaciones reconocidas en conciliación judicial debían ser abonadas por el Fogasa, a partir de considerar como retribución, a tenor de lo dispuesto en el art. 119.2 del Tratado de Roma (hoy 141), todas las percepciones percibidas del empresario en razón a la relación laboral. El Auto dictado en el caso Cristina Guerrero, C-177/05, reiteró la misma doctrina. En el caso Velasco Navarro, C-246/06, se insistió en la misma doctrina, posibilitando se dictará Sentencia por el Juzgado estimando la pretensión de la actora.

En el caso Robledillo, C-496/06, el tema giraba sobre la indemnización acordada en conciliación extrajudicial, declarando el TJUE, en línea con lo argumentado por el gobierno español, que en tales casos la denegación no resultaba contraria a la normativa europea, justificándolo en razones de la posibilidad de abuso y de actuaciones fraudulentas, lo que supone un cuestionamiento de los intentos de potenciación de la mediación y arbitraje, como formulas extrajudiciales alternativa que permitirían la agilización de los procesos judiciales.

En el peculiar caso Cordero Alonso, C-81/81 se analizó nuevamente el tema de la indemnización acordada en conciliación judicial, si bien referida a indemnización del 60% e importe de preaviso en supuestos de despido objetivo de empresas de menos de 25 trabajadores, supuesto que en la actualidad, dado los cambios legislativos, ya no se da. El TJUE posibilitó Sentencia del TSJ de Castilla León estimatoria de la demanda del actor.

En el caso Soraya Checa, C-57/17, se analizó un supuesto no previsto en la norma española, cuál era la indemnización reconocida en caso de resolución del contrato a instancia del trabajador con motivo de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. El TJUE equiparó dicha indemnización a la derivada de despido improcedente, estimando consecuentemente la pretensión de la actora.

En el caso Wagner Mirte, C-334/92, el TJUE declaró que el personal de alta dirección cabe diferenciarlo del resto de trabajadores y por ende el mecanismo de su protección puede ser distinto, resaltando que en relación a este personal no existe contribución al Fogasa. Por ello puede estar excluido de la protección el Fogasa, si bien se le habría de reconocer derecho de reclamación directamente frente al Estado a fin de dar cumplimiento a la Directiva 80/987/CEE. Ello obligó al TSJ de Cataluña a desestimar la demanda del actor, desconociéndose si posteriormente se formuló, por el actor, reclamación directa frente al Estado.

2. Traspaso

Son hasta seis los pronunciamientos del TJUE en relación con tema igualmente importante cual es el del traspaso, sucesiones y subrogaciones empresariales.

Comenzó el TJUE con el caso Burdalo Trevejo y otros, C-336/95, resaltando que la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 febrero de 1977, sobre aproximación de las legislaciones en casos de traspasos, no sería de aplicación a supuestos acaecidos con anterioridad a la entrada producción de efectos jurídicos.

En el caso Hernández Vidal, C-127/96, resaltó los elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de considerar se ha producido una transmisión de empresas, con las consecuencias derivadas de la directiva. Así, transmisión de activos materiales e inmateriales, valor de los mismos, continuidad de clientela, asunción de la mayoría o no de trabajadores, etc. La Sentencia del TSJ de Murcia, que fue quien planteo la cuestión,

desestimó la pretensión de las actoras, trabajadoras de empresa de limpieza, dado que la empresa principal continuó realizando ese servicio con personal propio.

En el caso Clece y Ayuntamiento de Cobisa, C-463/09, se volvió a poner énfasis en la asunción de personal, si bien el TJUE destacó que ello sería esencialmente en empresas en el que elemento fundamental sería el personal por no tener relevancia la infraestructura y medios materiales. En el caso concreto igualmente se trataba del servicio de limpieza asumido por Ayuntamiento y que con posterioridad contrata nuevo personal. La Sentencia final resultó desestimatoria igualmente para las pretensiones de los actores en lo referente a la condena, por subrogación, del Ayuntamiento. Un dato a resaltar del pronunciamiento del TJUE fue el de la equiparación de las subrogaciones legales, en los que se dan los elementos para determinar su existencia, de las convencionales en las que no dándose tales elementos (ejemplo de las empresas de limpieza), se impone por el convenio de aplicación.

La Sentencia del caso José Luis Colino, C-472/16, que analizó supuesto especialmente enrevesado a nivel procesal, se concluyó que en supuesto de escuela de música municipal, que disponía de locales y medios materiales del Ayuntamiento, cuya dirección es adjudicada a una empresa, que cesa adjudicándose la dirección a una nueva empresa a los pocos meses, habría supuesto un traspaso por aplicación de la Directiva 2001/23 cuyo objetivo es garantizar la continuidad de las relaciones laborales en el marco de una entidad económica, resaltando nuevamente los elementos esenciales que configurarían el mismo: tipo de empresa, transmisión elementos materiales y valor, asunción de trabajadores, transmisión o no de clientela, analogía de las actividades ejercidas antes y después, duración de la eventual suspensión de actividades, etc.

En la Sentencia del caso UGT/Ayuntamiento de la Línea, C-151/09, el TJUE analiza supuesto de reversión a la administración del servicio (conserjería y limpieza de los colegios públicos, limpieza viaria y mantenimiento de parques y jardines) en el que se transmitía la propia estructura de organización, con el único cambio en los máximos responsables jerárquicos, y en donde se admite pacíficamente la existencia de subrogación. No obstante se discutió si los representantes de los trabajadores mantendrían el crédito horario a tenor de la previsión contenida en el art. 6.1 de la Directiva 2001/23/CE, contestándose afirmativamente por considerar que se mantenía la autonomía de la entidad transmitida.

En el caso ADIF, C-509/14, se analizó igualmente un supuesto de reversión del servicio que tenía externalizado ADIF consistente en trabajos de manipulaciones de mercancías en la terminal de Bilbao, por tanto, en las propias instalaciones de ADIF y con grúas de la misma. Vuelve a reiterar la aplicabilidad de la Directiva tanto al sector público como al privado, y que sería de aplicación a supuesto de empresa que pone a disposición de una tercera sus medios materiales y posteriormente pone fin al contrato sin asumir el personal, remitiendo al órgano judicial nacional la determinación si se dan los elementos de la transmisión. Con ello, el TSJ del País Vasco confirmó la Sentencia del Juzgado de lo Social que declaró el cese de los trabajadores como despido improcedente condenando a ADIF por considerar se habría producido sucesión empresarial del art. 44 del E.T., a pesar de no existir previsión convencional, ni en el pliego de condiciones se imponía la subrogación.

La última Sentencia, por ahora, en la que el TJUE analiza el tema de la sucesión es en el caso Somoza Hermo, C-60/17. Se trata de la sucesión de plantilla impuesta convencionalmente, empresa de vigilancia, y lo que se discutía precisamente era la obligación de la nueva empresa de asumir las deudas impagadas por la anterior. El TJUE resalta dos circunstancias, el que la finalidad del convenio era la misma que la Directiva, y que se habría producido una transmisión de entidad económica, por la asunción de personal, por lo que finalmente el TJS de Galicia condena a la empresa sucesora al pago solidario de los salarios atrasados.

IV. EXTINCION CONTRACTUAL

Son igualmente múltiples, hasta once, los pronunciamientos del TJUE en materia relacionada con el despido y que han ido permitiendo clarificar la adecuación de nuestra normativa a la europea.

1. En relación al despido colectivo

Sobre el despido colectivo son cinco pronunciamientos, fundamentalmente sobre la propia delimitación del concepto de despido colectivo, dada su trascendencia a la hora de posibilitar la necesidad de negociación con los representantes de los trabajadores.

La Sentencia del caso Rabal Cabañas, C-392/13 analizó dos temas distintos. El marco de referencia de los despidos, si empresa o centro de trabajo y cuáles son los ceses a considerar, si solo los despidos o también la finalización de los contratos

temporales. El TJUE se pronunció de tal forma que posibilitó Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona que estimó la demanda pero finalmente fue revocada por el TSJ de Cataluña. Así, el TJUE refirió que la Directiva hace referencia a centro de trabajo, pero sería compatible con la legislación nacional que haga referencia a la empresa, si ello supone un plus de protección. En cuanto a las extinciones a considerar refirió que no se han de considerar las finalizaciones al vencimiento de los contratos temporales. La discrepancia final entre el Juzgado de lo Social 33 núm. y el TSJ de Catalunya fueron debidas a que este consideró que el juzgador de instancia habría realizado un espiguelo, considerando el centro de trabajo, en vez de la empresa como refiere la Directiva, y después utilizar la empresa a la hora de considerar las extinciones habidas.

En el caso Pujante Ribera, C-422/14, y con motivo de nueva cuestión prejudicial planteada por el mismo Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, se volvió a analizar el tema de la plantilla a considerar a efectos de porcentajes y los ceses a estimar en el umbral de los 90 días. El TJUE clarificó que los contratos temporales se han de computar a la hora de considerar la plantilla de la empresa, y que si bien las extinciones de los contratos de trabajo se computan para determinar el porcentaje, la especificación a que *“siempre y cuando los despidos sean al menos 5”*, se ha de considerar referido a despidos estricto sensu. La contestación del TJUE conllevó que el Juzgado de lo Social desestimara la demanda formulada por el actor.

Por último, en la Sentencia del caso Marclean, C-300/19, vuelve a analizar la fórmula de cálculo de los despidos y extinciones llevadas a cabo en el periodo de 90 días, a fin de determinar si estamos ante un despido individual o colectivo y por ende ante la necesidad de negociación previa con los representantes de los trabajadores, declarando que se han de computar las extinciones anteriores y/o posteriores (“regla del compas”) dentro del periodo de referencia de 90 días.

En la Sentencia del caso Bankia, C-352/14, el TJUE analizó una duda tangencial que le formuló el Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrasa, relativa a los despidos colectivos y las negociaciones entre empresa y representantes de los trabajadores. La cuestión se plantea en relación a la crisis económica de finales de la primera década del siglo XXI y las ayudas financieras de la Unión Europea para superar dicha crisis. Ante el supuesto concreto de negociación, en el marco de un despido colectivo, en la que se

fija una indemnización superior a la mínima legal de 20 días por año de servicios, la pregunta giraba sobre la posibilidad de esa superación, contestándose por el TJUE que, si bien las ayudas propuestas al FROB ciertamente se supeditaban a que el abono de la indemnización por despido se aproximase al mínimo legal, ello se habría de considerar con un margen de flexibilidad que se contemplaba en el propio texto.

2. Maternidad y despido

En tres ocasiones se ha pronunciado el TJUE en relación con el despido de trabajadora en situación de embarazo.

En el caso Jiménez Melgar, C-438/99, el TJUE analiza supuesto de sucesivas contrataciones temporales por la Administración Pública que finaliza con la no renovación del contrato cuando la trabajadora queda embarazada, declarando taxativamente que con independencia del carácter fraudulento, si la causa de la no renovación es el embarazo se vulneraría la Directiva 76/207/CEE relativa al principio de igualdad entre hombres y mujeres, lo que lleva al Juzgado de lo Social a estimar la nulidad del despido.

En el caso Jessica Porras, C-103/16, se analiza la inclusión de trabajadora embarazada en despido colectivo, resaltando que la Directiva 92/85/CEE establece tres tutelas distintas: una antes, que pretende evitar el despido, una posterior que establece la necesidad de reparar el despido con el restablecimiento de la relación laboral y una intermedia que obliga a dar información detallada de las razones del despido de la trabajadora embarazada. No obstante ello, señala que la normativa europea no se opone a normativa nacional que posibilita el despido de embarazada, ni establece una prioridad de permanencia, lo que llevó a TSJ de Cataluña a desestimar el recurso de la trabajadora que había sido despedida. Queda sin embargo en el aire, que debe entenderse por tutela previa.

En el caso Minayo Luque, C-432/16, se analiza el despido objetivo de embarazada y se reitera lo dicho en el caso Jessica Porras en cuanto a la triple protección. Sin embargo, finalmente el TSJ de Cataluña declara la nulidad del despido objetivo, a pesar de reconocer la existencia de causas económicas y la validez del criterio de preferencia tenida en cuenta, y ello base a que no se habría especificado en la carta dicho criterio.

3. Discapacidad y despido

El TJUE se ha pronunciado en otras cuatro ocasiones en supuestos en los que el despido se relaciona con la discapacidad del trabajador, caso Chacón Navas, C-13/05, caso Mohamed Daouidi, C-395/15, caso Ruiz Conejero, C-270/16 y caso Nobel Plastiques, C-397/18, ya comentados en el apartado III.4, al que se hace expresa remisión.

V. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

En materia que cabría resaltar como específica de seguridad y salud laboral (amén de supuestos en que la seguridad y salud han complementado otras protecciones), el TJUE se pronunció en el caso Barcenilla Fernandez, C-256/10 y C261/10, resaltando que si bien la Directiva 2003/10/CE no impone el abono de complemento alguno, siendo ello competencia nacional, no se cumple la misma si meramente se facilitan medidas de protección pero no se adoptan medidas de eliminación del ruido. Igualmente refiere que las mediciones de ruido se han de hacer sin tener en cuenta las medidas de protección. A tenor de ello, la Sentencia del TSJ de Castilla y León estimo la pretensión de trabajador de percibir complemento convencional al superar el ruido, sin tener en cuenta las medidas de protección, los 85 db(A).

VI. ASPECTOS PROCESALES

Igualmente, el TJUE ha clarificado aspectos que cabe considerar como procesales.

Así en el caso Zabala Erasun, C-422/93, resaltó que, solucionado el conflicto durante la tramitación de la cuestión prejudicial, decae la competencia del TJUE, ya que no es competencia del mismo emitir opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas que no sean necesarias para la resolución del litigio, y que en el supuesto analizado ya se había resuelto por el allanamiento de la demandada.

En el caso Torralbo Marcos, C-265/13, volvió a delimitar su competencia, no entrando a conocer el fondo de la cuestión planteada por el Juzgado núm. 2 de Terrasa que giraba sobre la adecuación de la nueva ley de tasas, ley 10/2012, a la normativa comunitaria, por entender que, en el momento procesal en que se encuentra el litigio, la situación no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión al no encontrarse en situación de insolvencia y depender, la continuación de la ejecución de la resolución del juzgado de lo mercantil competente.

En el caso Barba Jiménez I, C-269/16, el TJUE tampoco entró a conocer el fondo de la controversia, excesiva cuantía de minuta de honorarios, por considerar que en tal caso no tenía competencia para formular la cuestión prejudicial el Letrado de la Administración de Justicia, no extendiendo, sin embargo, dicha incompetencia a otras posibles cuestiones que pudieran formular los mismos.

En el caso Barba Jiménez II, C-426/17, fue el Magistrado del mismo Juzgado el que planteo la cuestión prejudicial una vez dictado pronunciamiento en el caso C-296/16. El TJUE volvió a declararse incompetente al constatar que su respuesta no era necesaria para la continuación del proceso, y remitiendo, en su caso, a la formulación cuando la controversia fuera real y no futurible.

En el caso Miravittles Ciurana, C-243/16, el TJUE dio respuesta al planteamiento del Juzgado de lo Social núm. 30 de Barcelona, en el sentido que la normativa europea no tiene incidencia en la delimitación de competencia de los juzgados españoles. Se preguntaba en la cuestión si la doctrina judicial que establece la competencia de los órganos civiles para determinar la responsabilidad de los administradores sociales podría ser contraía a normativa comunitaria, en concreto a la Directiva 2009/101/CE que tiene como finalidad establecer las mismas garantías para proteger los intereses de socios y terceros en las sociedades de capital, estimando el órgano remitente que se habría de reconocer la competencia de la jurisdicción social. Es de resaltar que, aun cuando la respuesta del TJUE fue negativa, el Juzgado acordó la extensión de la responsabilidad solicitada por los actores en base a normativa internacional.

VII. OTRAS CUESTIONES

1. Sobre la libre circulación de los trabajadores

Con motivo del caso Museo del Prado, C-234/97, el TJUE analizó la incidencia de normativa sobre libre circulación de personas y previsiones convencionales que limitaban al trabajador el acceso a concurso de un puesto de trabajo en una entidad pública, en base a la tenencia de una titulación académica determinada, resaltando que se habría de analizar los conocimientos adquiridos en otros países y la experiencia, a fin de determinar si son homologables. Ello permitió que el Juzgado de lo Social estimara la demandada de la actora que habría obtenido la titulación académica en Inglaterra y no disponía de los requisitos exigidos en el convenio colectivo.

2. Sobre la extinción de la relación laboral por muerte del empresario persona física

En el caso Rodríguez Mayor, C-323/08, analiza la problemática relacionada con el despido colectivo, si bien considera que realmente no habría existido despido colectivo y por ende no sería de aplicación la Directiva 98/59/CE al haberse extinguido la relación laboral por la muerte del empresario persona física sin continuación de la actividad, lo que llevo al TSJ de Madrid a declarar la inexistencia del despido, aunque condenó a la herencia yacente al abono de la indemnización correspondiente a un mes por finalización de contrato.

VIII. APUNTE CONCLUSIVO

El trabajo que se presenta como tesis doctoral se delimitó desde un principio a un sector o parcela del Derecho, en concreto las Sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de cuestiones prejudiciales formuladas por órganos judiciales españoles en materia social y más específicamente las vinculadas a las relaciones laborales entre empresas (incluido el sector público en su amplio sentido) y trabajadores, excluidas las de seguridad social.

Es sabido que el conjunto de pronunciamientos de los órganos judiciales, a raíz de controversias suscitadas, en este caso en el ámbito laboral, son una parte muy delimitada de lo que sería el DERECHO en su acepción amplia como conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia. El Derecho, como se sabe, es esencialmente un todo integrado y fundamentalmente por las normas propiamente dichas dictadas por quienes tienen capacidad para ello, la jurisprudencia dictada en interpretación y aplicación de estas y los principios generales, abstracciones que se deducen de las dos anteriores.

Todo ese conjunto es fruto de una evolución histórica en donde se han dado saltos cualitativos en momento determinados que han necesitado su asentamiento, cuando no reestructuraciones.

Uno de esos momentos históricos fue precisamente el que surge tras la II guerra mundial y que da lugar a la creación de un nuevo ente, inicialmente denominado

Comunidad Económica Europea⁵⁸⁴ y que actualmente se denomina, como bien sabemos, Unión Europea. Han transcurrido más de 70 años, desde que se crea ese ente supranacional y en esos años son muchas las circunstancias que han dado lugar a una continua evolución tanto en los propios integrantes, como en los objetivos que se pretendían, inicialmente un poco de forma intuitiva y centrados fundamentalmente en la creación de un “mercado común” con incidencias básicas en todo lo referente a su buen funcionamiento, ampliándose progresivamente en aspectos sociales y configurando lo que se vino denominando como estado de bienestar, hasta lo que cabe vislumbrar en el futuro como una cuasi plena integración a nivel de constituir lo que algunos denominan como Estados Unidos Europeos.

En todo ese lento y al mismo tiempo acelerado proceso surgió un nuevo DERECHO, en los tres aspectos referidos de conjunto de normas, principios generales y órganos judiciales de aplicación de estas, derecho supranacional y con la peculiaridad de tener voluntad clara de aplicación, dado que ello era absolutamente necesario para el sostenimiento y posible evolución de aquella estructura utópica atisbada por los “padres fundadores”. Ese Derecho, sin embargo, fue configurado de tal forma que habría de convivir con los derechos de los distintos Estados, estableciéndose esencialmente dos grandes partes de este. Aquella que tenía aplicación directa desde su propia promulgación, que vino dado esencialmente por los TRATADOS FUNDACIONALES⁵⁸⁵ y por los REGLAMENTOS (art. 288 TFUE) que podrían considerarse como las LEYES europeas, y otra parte que establecía objetivos a alcanzar y que obligan a los distintos Estados a su concreción e integración en su derecho nacional, a lo que se llama transposición, que viene dado esencialmente por las denominadas DIRECTIVAS.

La diferentes normas referidas son fruto de un complejo entramado derivado de lo que supuso el mantenimiento de los distintos Estados y la creación de un ente superior, la UE, dándose una cesión de competencias de soberanía desde aquellos a este, en un equilibrio constante y dificultoso, que finalmente ha dado lugar a la paradoja de la supremacía de ambos derechos, los nacionales y el europeo, en función de las distintas materias de que se traten, de tal manera que es preeminente el europeo sobre el

⁵⁸⁴ Realmente tres entes, CEE, Comunidad del Carbón y el Acero y Comunidad de la Energía Atómica.

⁵⁸⁵ Tratados fundacionales que han tenido su evolución en el tiempo, y que en la actualidad vienen dado esencialmente por el TUE, el TFUE y la Carta de Derechos Fundamentales.

nacional, incluso sobre las propias constituciones estatales, en aquellas materias en las que se produjo, con amparo en las mismas, esa cesión de soberanía. A esa complejidad de convivencia de parcelas de Derecho según el ámbito competencial, se ha de añadir el hecho mismo de los recelos de los Estados en relación con la legislación europea que pueda dictarse por los órganos creados para ello, de tal forma que en algunas parcelas se posibilita la creación de normas de directa aplicación, y otras que requieren de transposición. Esa diferencia esencialmente viene dada por el ámbito de las materias que se regulan por unas u otras. Generalmente, se estima que la Directiva corresponde a los ámbitos ligados estrechamente al ejercicio de la soberanía nacional o que afectan, de forma íntima, al modo de vida de un pueblo, que el gobierno nacional está más capacitado para apreciar. Por esta razón las Directivas se utilizan en ámbitos como el Derecho fiscal, el Derecho social y el Derecho laboral. Por su parte, el reglamento corresponde a sectores más técnicos, pero, sobre todo, a ámbitos en los que la transferencia de soberanía de los Estados miembros hacia las Instituciones comunitarias es más completa, como es el Caso de la política agraria común⁵⁸⁶.

A todo ello se ha de añadir la propia estructura judicial creada, absolutamente necesaria si se quería potenciar la viabilidad del proyecto europeo, y que finalmente se ha configurado como un verdadero pilar esencial que ha posibilitado su mantenimiento y desarrollo en el tiempo.

Esa estructura judicial igualmente se creaba ex novo. Como sabemos el poder judicial viene configurado como el conjunto de jueces y magistrados, órganos de distinta instancia, que tienen como finalidad la declaración y aplicación del derecho, así como controlar, entre otros, las facultades legislativas a fin de que el mismo se haga dentro del marco que permite el denominado Derecho originario, tratados fundacionales y posteriormente carta de derechos fundamentales, y el derivado, reglamentaciones y Directivas.

Dentro de marco competencial de los tribunales europeos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal General), se encuentra aquel que tiene por objeto aplicar todo el derecho europeo a las controversias entre particulares y Estado y entre los propios particulares. Pero ello se lleva a cabo de una forma absolutamente novedosa en relación con otros tiempos históricos, ya que ello se realiza sin suplantar las propias

⁵⁸⁶ Timothy Millett: El efecto directo de las Directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?’, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 95, 2006.

funciones de los órganos judiciales de los distintos Estados miembros, siendo estos configurados, a fin de cuentas, como verdaderos tribunales europeos al aplicar las normas europeas.

Este marco novedoso viene dado por el hecho de que son los distintos tribunales estatales los que conocen y dictan la resolución final en las controversias que se les plantean, de tal manera que el TJUE interviene resolviendo las dudas de interpretación que los órganos judiciales le plantean en relación con la aplicación del derecho europeo. La interpretación que da el TJUE, en cada caso planteado, cada cuestión prejudicial que se le formule, le sirve al tribunal nacional a la hora de aplicar la norma nacional de forma adaptada a la europea, ya sea como consecuencia del efecto directo desde su promulgación, ya sea como consecuencia del efecto que se produce tras la transposición de la norma europea.

Pues bien, si ya de por sí es complicada toda interpretación y aplicación del derecho en general por los órganos judiciales, lo es de forma superior con la nueva estructura del derecho europeo, y esencialmente en relación con las Directivas.

Las Directivas son normas de resultado, es decir, persiguen un objetivo, pero deben ser los Estados los que determinen el modo de alcanzarlo, para lo que se fija un periodo de transposición. Si bien la Directiva se integra en el derecho desde el momento de su publicación y tiene efectos incluso antes de la transposición⁵⁸⁷, carece de aplicación directa, no pudiendo los Tribunales remitirse a la aplicación de esta como si de una norma estatal o proveniente de tratados se tratase, antes que los respectivos Estados lleven a cabo dicha transposición a sus ordenamientos jurídicos a través de las normas correspondientes.

Uno de los méritos esenciales atribuidos al TJUE ha sido precisamente su contribución a lograr que realmente el Derecho de la Unión europea fuera aplicado. Si no hubiera sido así toda la estructura que se creaba “ex novo” hubiera tenido muy pocas posibilidades de supervivencia. Y esa aplicación era más fácil lograrla en relación con el contenido de los Tratados y de los Reglamentos, y era más compleja en relación con las Directivas, dado que de un lado requieren su transposición adecuada y de otro había que

⁵⁸⁷ Así impide que se dicte legislación, antes de la transposición, que pueda ir en contra de los objetivos de la Directiva.

determinar las consecuencias de que no se llevara a cabo por algunos Estados, impidiendo lo que podría haber sido un desmoronamiento progresivo.

En relación a la transposición existían posibilidades de que no se llevara a cabo adecuadamente, de tal forma que no se establecieran los medios para conseguir los objetivos de la Directiva. Pero igualmente cabía la posibilidad de que por razones diversas no se transpusiera en el plazo fijado por la propia Directiva. En ambos casos era necesario sancionar a los Estados incumplidores, lo que se ha llevado a cabo a través de la creación de distintos mecanismos, unos establecidos en los propios Tratados y otros como consecuencia de la creación jurisprudencial llevada a cabo por el TJUE. Así debemos distinguir los mecanismos que posibilitan la imposición de sanciones directas a los Estados incumplidores por parte de la propia UE, de los mecanismos que el TJUE ha venido estableciendo para la efectiva aplicación de las Directivas, que esquemáticamente cabe concretar en dos consecuencias: 1.-Obligación de reparación del daño ocasionado a los particulares perjudicados por el incumplimiento de la no transposición o el defecto en hacerlo⁵⁸⁸. 2.- Efecto directo- vertical- llamado “efecto útil” que posibilita que pueda ser directa e inmediatamente invocado por los particulares frente al Estado, en su sentido amplio⁵⁸⁹, pero ello condicionado, exclusivamente, a que sus previsiones sean lo suficientemente precisas e incondicionales⁵⁹⁰, como requisitos para que puedan ser invocada ante el juez nacional⁵⁹¹.

Este efecto directo vertical, no del conjunto de la Directiva, sino sobre concretas obligaciones que la misma pudiera contener, ha sido reconocido entre otros, en asuntos analizados, tales como Caso Sindicato Médico (C-303/98)⁵⁹², por falta de transposición y Caso Gaveiro-Iglesias (acumulados C-444/09 y C-456/09)⁵⁹³, caso AEAT (acumulados C-439/18 y C-472/18).

⁵⁸⁸ Sentencias 3 de marzo de 1994, Vaneetveld, C-316/93, apartado 16, y 14 de septiembre de 2000, Mendes Ferreira y Delgado Correia Ferreira, C-348/98, apartado 33.

⁵⁸⁹ Es decir tanto a las administraciones estatales, autonómicas, locales, como entes públicos.

⁵⁹⁰ Asunto Evangelina Gómez frente a INSS, C-537/07.

⁵⁹¹ Asunto Josefa Velasco Navarro v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), C-246/06 y Caso Marks & Spencer, C-62/00, Caso Feuerbestattungsverein Halle, C-430/04.

⁵⁹² *Apartado 70*: “derecho a que el período de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses”.

⁵⁹³ “1. 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”.

Sin embargo, las Directivas no traspuestas o deficientemente traspuestas, carecen del denominado “*efecto directo horizontal*”, o lo que es lo mismo, de efecto directo entre particulares de tal manera que se puede producir la paradoja de efectos distintos en función de que el empleador sea “Estado” en su sentido amplio o particulares. En tales casos, donde el particular no puede invocar la aplicación directa frente a otro particular, por no haberse traspuesto la Directiva o haberse hecho de forma incorrecta, tiene la posibilidad, como se refirió, de reclamar ante el Estado a través de la denominada “acción Francovich” que trae nombre de la Sentencia de 19 de Noviembre de 1991⁵⁹⁴, en la que el Tribunal de Justicia reconoció el derecho del ciudadano perjudicado a solicitar al Estado la compensación por los daños ocasionados y derivados de su incumplimiento de transposición, señalando que “...*La posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente CASO, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario.*”

No obstante tal posibilidad sancionadora al Estado por la incorrecta o no transposición de la Directiva, el TJUE ha venido abriendo otras posibilidades de aplicación del derecho comunitario, de la correspondiente Directiva, a través del denominado “*principio de interpretación conforme*”, instando al Juez nacional a hacer todo lo posible para que el resultado que se obtenga de la aplicación del derecho nacional se ajuste a la finalidad de la Directiva, siempre que en ese proceso de interpretación y aplicación del derecho interno no se produzca una conclusión *contra legem* del derecho nacional lo que tiene igualmente amparo en el art. 4 bis de la LOPJ que dispone, como es sabido, 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*”. Lo contrario supondría reconocer efecto directo horizontal a las Directivas cuando reúnan los requisitos referidos, sean precisas e incondicionales, lo que, como se señaló, no es posible. Así, viene indicándose por el propio TJUE⁵⁹⁵, al reiterar que el juez nacional debe interpretar su derecho propio de acuerdo al principio de interpretación conforme, interpretando las normas nacionales de un modo coherente

⁵⁹⁴ C-6/90 y C-9/90.

⁵⁹⁵ Caso Océano, C-240/98.

y compatible con las disposiciones comunitarias, a la luz del tenor literal y finalidad de estas y sólo con el límite de que se produzca una interpretación contra legem del derecho nacional⁵⁹⁶. Por tanto, la doctrina de la interpretación conforme encuentra su límite allí donde se pueda llegar a imponer a particulares obligaciones que no existirían en ausencia de la Directiva⁵⁹⁷.

La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016⁵⁹⁸ analizó el mencionado principio y si bien negó la eficacia directa horizontal de la Directiva 98/59/CE, llevó a cabo una “interpretación conforme” de la normativa interna, art. 51.1. del E.T., con respecto al Derecho de la Unión.

La complejidad de la aplicación directa que deriva del propio contenido genérico de las Directivas que se circunscriben a concretar los objetivos a alcanzar y los medios para ello, y por tanto su propia naturaleza desaconseja la trasposición literal⁵⁹⁹, así como del mecanismo de la interpretación conforme para posibilitar la aplicación horizontal entre particulares, que amen de requerir que sean precisas e incondicionales en los aspectos a aplicar, exige que no se produzca una colisión contra legem, se vio incrementada como consecuencia de la firma del Tratado de Lisboa (firmado el 13 de diciembre de 2007) que modificó el Tratado de la Unión Europea dotando de valor jurídico de Tratado a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea⁶⁰⁰, integrándola dentro del sistema de fuentes de la UE, introduciendo un nuevo e importantísimo instrumento en el ordenamiento jurídico de la Unión, teniendo su reflejo en las cuestiones prejudiciales que se plantearon desde dicha fecha⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ Caso Pupino, C-105/03.

⁵⁹⁷ Sentencia 26 de septiembre de 1996, CASOC-168/95, Rec. pág. I-4705, apartado 43.

⁵⁹⁸ RCU 36/2016.

⁵⁹⁹ González Díaz, Francisco Antonio: *La Obligación Empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, Monografía publicada por el Consejo Económico y Social (Madrid, 2002).

⁶⁰⁰ artículo 6.1 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. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados 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 que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

⁶⁰¹ Su propia exposición de motivos reconoce que era necesario una mayor proyección de los derechos fundamentales”...a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”, alguno de ellos con una incidencia directa en el contrato de trabajo (Derecho a trabajar -artículo 15-, libertad de empresa -artículo 16-, igualdad hombres y mujeres en materia de empleo, trabajo y retribución -artículo 23-, integración de las personas discapacitadas -art. 26-, derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa -artículo 27-, derecho de

A la Carta, por tanto, se le reconoce valor de Tratado y, por ende, como se refirió al comienzo de este epígrafe, tendría aplicación directa en los distintos Estados. Sin embargo, su artículo 51.1 establece una controvertida limitación en cuanto que sus disposiciones se dirigen a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros “...cuando apliquen el Derecho de la Unión”, lo que ha dado lugar a diferentes interpretaciones, una flexible y otra más estricta y literal del referido precepto. Ilustrativo, a estos efectos, resulta las distinciones de aplicabilidad de la Carta efectuadas por el Abogado General BOBEK⁶⁰² que diferenció tres supuestos: 1.-Cuando implementan o aplican directamente el derecho de la Unión, las normas del tratado o un reglamento. 2.-Cuando lo hacen indirectamente con una norma interna que transpone una Directiva o se refieren a una materia afectada por ellas. 3.-Cuando normas o medidas estatales suponen derogación o excepción de las libertades fundamentales reconocidas en los Tratados el derecho.

En definitiva, la Carta no afecta a situaciones puramente internas o no comunitarias, sino que sus efectos se despliegan en 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. El TJUE utiliza la Carta, no tanto como forma de control de la legalidad, sino como criterio de interpretación de los Reglamentos y las Directivas que desarrollan principios y derechos reconocidos por ella⁶⁰³.

Hasta tal punto es destacable el papel de la Carta en el marco normativo europeo que puede dotar de eficacia directa entre particulares a las Directivas cuando se incluya el derecho en la CDFUE, no sea necesaria una expresa regulación legal y sea por sí misma suficiente para conferir un derecho subjetivo⁶⁰⁴.

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 periodos de descanso y de vacaciones -art.31-, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo -art. 32-).

⁶⁰² Conclusiones C-298/16.

⁶⁰³ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 51-71.

⁶⁰⁴ Martínez Moya, Juan. “Las vacaciones”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic. 935-956.

En consonancia con lo anterior el TJUE ha admitido la aplicación directa del derecho regulado por una Directiva, con posible invocación por y frente a particulares, pero resaltándose dos circunstancias:

1.- Que propiamente no se consagra la eficacia horizontal de la Directiva, sino la eficacia directa del derecho que la misma regula y en tanto que el mismo está dotado de cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea; y

2.- Las Sentencias han sido referidas al principio general de no discriminación por razón de edad, objeto de la Directiva 2000/98/CE y consagrado por el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁰⁵.

No cabe olvidar, por último, la incidencia posible de los tratados internacionales (de la O.N.U., OIT), como textos que se han de tener igualmente en cuenta a la hora de interpretar el derecho derivado de la UE.

A todo ello se ha de añadir la propia complejidad, por lo novedoso que supone el mecanismo del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los distintos órganos judiciales de los países integrante de la UE, en el que, como se refirió con anterioridad no existe realmente un pronunciamiento sobre una controversia planteada, sino una interpretación de la concordancia con la normativa comunitaria, normalmente Directivas, de la normativa nacional, complejidad de planteamiento y en ocasiones de la interpretación del propio pronunciamiento, hasta el punto de que en alguna ocasión se ha equiparado al TJUE con el “Oráculo de Delfos”.

Es por ello y como colofón del estudio realizado, por lo que se comparte la opinión de que sería necesario un nuevo paso en la evolución del derecho europeo, a través de una ampliación de las materias susceptibles de regular mediante reglamentaciones, que supongan una regulación más detallada de las distintas cuestiones, que minimicen la ya de por sí dificultad que lleva consigo todo proceso de interpretación de normas. Ello quizá posibilitaría una mayor cercanía de la ciudadanía general a “su derecho europeo”, la menor necesidad de planteamientos de cuestiones prejudiciales, en ocasiones confusas, atribuyendo a los órganos nacionales mayor competencia en interpretación de las normas comunitarias, si bien, y finalmente,

⁶⁰⁵ SSTJ 22 de noviembre de 2005, CASO Mangold; 19 enero de 2010, CASO Küçükdevec; 13 septiembre de 2011, CASO Prigge; de 19 de abril de 2016, CASO DanskIndustri.

estableciéndose la posibilidad de recurso ante el TJUE con el fin de lograr la aplicación homogénea del Derecho europeo en todos los países que integran actualmente la UE.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN PÁEZ, FRANCISCO. “Mantenimiento de derechos de los trabajadores y alcance de las indemnizaciones del Fondo de Garantía Salarial en los traspasos de empresa, centros de actividad o partes de centros de actividad” en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 87-94.

APARICIO TOVAR, JOAQUÍN: “Fondo de Garantía Salarial: indemnización por despido improcedente acordada en conciliación judicial y protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 213-218.

ARAMENDI SÁNCHEZ, PABLO: “La discapacidad como factor de discriminación”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 405-430.

BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO: “La protección de la maternidad”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 309-327.

BAYLOS GRAU, ANTONIO y NUNZIA CASTELLI: “Sucesión de plantillas en actividades desmaterializadas y controvertida finalidad tuitiva de la normativa europea en materia de sucesión de empresas, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 101-108.

BELTRÁN DE HEREDIA, I: “El TJUE exige la obligatoriedad del registro de jornada (y confirma la oportunidad de la reforma del RD Ley 8/2019)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/05/15/el-tjue->

exige-la-obligatoriedad-del-registro-de-jornada-y-confirma-la-oportunidad-de-la-reforma-del-rdley-8-2019/.

BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Despido colectivo, cómputo de 90 días y doctrina Marclean: primera reacción del Tribunal Supremo (STS/Pleno 9/12/20)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2021/01/04/despido-colectivo-computo-de-90-dias-y-doctrina-marclean-primera-reaccion-del-tribunal-supremo-sts-pleno-9-12-20/>

BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Despido colectivo: el cómputo de 90 días debe hacerse en cualquier dirección (según conclusiones del AG del TJUE)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/06/11/despido-colectivo-el-periodo-de-referencia-de-90-dias-debe-hacerse-en-cualquier-direccion-segun-conclusiones-del-ag-del-tjue/>.

BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Incapacidad temporal y vacaciones de Navidad: derecho a su disfrute tras el alta y durante el siguiente año natural”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/09/24/incapacidad-temporal-y-vacaciones-de-navidad-derecho-a-su-disfrute-tras-el-alta-y-durante-el-siguiente-ano-natural/>.

BELTRÁN de HEREDIA, I.: “El tiempo de desplazamiento entre el domicilio hasta el primer cliente o desde el último al domicilio no es tiempo de trabajo (STS 4/12/2018)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/02/13/el-tiempo-de-desplazamiento-entre-el-domicilio-hasta-el-primer-cliente-o-desde-el-ultimo-al-domicilio-no-es-tiempo-de-trabajo-sts-4-12-2018/>.

BELTRÁN de HEREDIA, I.: “Interinos por vacante, abuso y Directiva 1999/70: valoración crítica a la STJUE 3 de junio 2021 (C-726/19), IMIDRA” en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2021/06/04/interinos-por-vacante-abuso-y-directiva-1999-70-valoracion-critica-a-la-stjue-3-de-junio-2021-c%E2%80%91726-19-imidra/>

BENAVENTE TORRES, M^a INMACULADA: “El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo”, *Ediciones Laborum*, 2016.

CABEZA PEREIRO, JAIME: “Devengo de trienios en el trabajo fijo discontinuo”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 437-444.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA: “El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la

dimensión convencional del Derecho social comunitario”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1999, págs. 68-77.

CAMARA BOTIA, ALBERTO: “El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, págs. 296-311.

CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, JOAQUÍN: “El despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal podrá ser declarado nulo por discriminatorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927, 2017, pág. 14.

CRUZ MARTÍNEZ, MARÍA TERESA (de la): “Comentarios jurídicos sobre la STC nº 162/2016 (Sala Primera)”. *Revista de Derecho Uned*, núm. 20, 2017, pág. 12.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS y SEPÚLVEDA GÓMEZ, MARÍA: “El empresario”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, Parte Crónicas*, núm. 219, 2019, págs. 57-84.

ESPÍN SÁEZ, MARAVILLAS: “La protección social en caso de insolvencia transnacional (las últimas reformas del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009, págs. 311-326.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JUAN JOSÉ: “Unidad de referencia para calcular los umbrales del despido colectivo”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 71-78.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 221-243.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, ÓSCAR: “Fuentes de derecho del trabajo” (Crónicas de jurisprudencia), *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020, pág. 21-46.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, ÓSCAR: “Fuentes de derecho del trabajo” (Crónicas de jurisprudencia), *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 215, 2018, págs. 7-25.

GALLARDO MOYA, ROSARIO: “Los acuerdos colectivos comunitarios fuertes”, en *La dimensión europea y trasnacional de la autonomía colectiva*, Antonio Pedro Baylos Grau (coord.), Bomarzo, 2003, págs. 63-93.

GALLEGO MOYA, FERMÍN: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 227, 2020, págs. 147-172.

- GALLEGO MOYA, FERMÍN:** “Embarazo y despido. Veinte años en el camino hacia la igualdad: de la Ley 39/1999 al RD Ley 6/2019”, *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, págs. 219-244.
- GALLEGO MOYA, FERMÍN:** “Incidencia de la jurisprudencia comunitaria en la configuración del derecho a las vacaciones anuales retribuidas en nuestro país. Puntos críticos”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, págs. 1087-1106.
- GALLEGO MOYA, FERMÍN:** “El período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores tras la STC 140/2015, de 22 de Junio”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, págs. 187-208.
- GALLEGO MOYA, FERMÍN:** “El período de prueba en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176, 2015, págs. 259-290.
- GÁRATE CASTRO, FRANCISCO JAVIER:** “La cobertura del pago de los salarios de tramitación por el Fondo de Garantía salarial”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs.191-200.
- GÁRATE CASTRO, FRANCISCO JAVIER:** “Sobre las condiciones bajo las cuales la reversión o el cambio de adjudicatario de un contrato de servicios constituyen una transmisión de empresa que no afecta a la licitud del despido colectivo total decidido por el adjudicatario saliente”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 159-170.
- GARCÍA BLANCA, JOSÉ MANUEL:** “Salud laboral”, en *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Carmen Sánchez Trigueros (dir.), Francisco Javier Hierro Hierro (coord.), Djamil Tony Kahale Carrill (coord.), Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social del BOE, 2018, págs. 687-714.
- GARCÍA GIL, BEGOÑA:** “El Acuerdo Marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial” en “Derecho del trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro”. Miguel Cardenal Carro (dir.), Ana Isabel Pérez Campos (dir.), María Areta Martínez (coord.); 2019, Editorial Dykinson, S.L.; págs. 137-144.
- GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN:** “Extensión de la acción protectora del FOGASA a las indemnizaciones de fin de contrato devengadas pro el trabajador en caso de traslado”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones*

prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 249-262.

GARCÍA PÉREZ, MARTA: “Cuestiones laborales en la internalización de servicios. De la directiva 2001/23 CE a la Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019. Asunto C-317/18”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 203, 2020, pág. 49-94.

GARCÍA RODRÍGUEZ, BERNARDO: “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (julio-diciembre 2006)” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 14/2008. Cizur Menor. 2008.

GARCÍA RODRÍGUEZ, BERNARDO: “Jurisprudencia Constitucional en materia sociolaboral (2006-2017)” Editorial BOE, 2018.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO: “La conformidad con el derecho de la Unión del régimen español de indemnización por extinción de los contratos de duración determinada: rectificación de la 1ª Sentencia De Diego Porras”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs.375-380.

GARRIGUES GIMÉNEZ, AMPARO: “Las Nuevas relaciones de Trabajo: Una perspectiva de Género”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 92, 2019. pág. 5.

GIL PLANA, JUAN: “La aplicación del principio de prioridad del convenio de empresa instaurado por la Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156, 2021, págs. 231-240.

GONZÁLEZ DEL REY, IGNACIO: “El Trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria”, *Nueva época* vol 19. Núm., 2 ,2016.

GONZÁLEZ DÍAZ, FRANCISCO ANTONIO: “La Obligación Empresarial de Prevención de Riesgos Laborales”, *Monografía publicada por el Consejo Económico y Social* (Madrid, 2002).

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, CARLOS: *Registro de la jornada y problemas en la determinación de la jornada efectiva de trabajo*, Aranzadi (Colección Guías Prácticas), 2020.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, CARLOS: “Modificaciones de las condiciones de trabajo y su incidencia en el cómputo de los umbrales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2018, págs. 131-146.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, ELÍAS: “Muerte del empresario y despido colectivo”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones*

prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 61-70.

HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JUAN JOSÉ: “Unidad de referencia para calcular los umbrales del despido colectivo en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 71-78.

HERNANDEZ MARTIN, ANGEL: “Las contratas de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencias Cristel Schmidt a la Sentencia Hernández Vidal.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 1999.

HIERRO HIERRO, FRANCISCO JAVIER: “La insolvencia empresarial, responsabilidad subsidiaria del FOGASA y valor de los acuerdos de conciliación sobre abono de indemnización por despido”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 225-229.

IBARRA SÁNCHEZ, JUAN LUIS: “El Tribunal Constitucional tumba, por unanimidad, la Ley de Tasas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2016, págs. 127-134.

IZQUIERDO SANS, CRISTINA: “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 34, 2010, págs. 193-233.

LASA LÓPEZ, AINHOA: “El juez europeo matiza el significado y alcance de la normativa española del despido colectivo en materia de unidad especial de referencia (artículo 51.1 ET). Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13)”, *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2015, págs. 91-106.

LASAOSA IRIGOYEN, ELENA: “La titularidad femenina del permiso por maternidad español a la luz del Derecho social comunitario” (en coautoría con Barrios Baudor, G. L.), en VV.AA.: *Cuestiones actuales sobre Derecho social comunitario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 571-580.

LASAOSA IRIGOYEN, ELENA: “Aplicabilidad de las reglas de coordinación de la prestación por desempleo a la protección por cese de actividad para trabajadores

autónomos en España”, en VV.AA.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho internacional*, Laborum, Murcia, 2017, págs. 303-311.

LASAOSA IRIGOYEN, ELENA: “Reclamación de reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016, págs. 61-93.

LÓPEZ CUMBRE, LOURDES: “Negativa del Fondo de Garantía Salarial al pago de la indemnización por despido acordada en conciliación extrajudicial”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 231-237.

LÓPEZ INSUA, BELEN DEL MAR: “Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española (2013)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 5, núm. 10, 2013, págs. 243-263.

LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO: *La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia vista desde un órgano judicial español*, Laborum, 2021.

LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO: “El principio de igualdad de mujeres y hombres, en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Tesis doctoral, 2013, pág. 238.

MANEIRO VÁZQUEZ, YOLANDA: “Del cómputo de los trabajadores despedidos y las extinciones asimilables a despidos en materia de despido colectivo”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 79-84.

MARTÍNEZ MOYA, JUAN. ” Las vacaciones” en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic.. 935-956.

MARTÍNEZ YAÑEZ, NORA MARÍA: “Periodo de prueba y protección frente al despido injustificado en el marco de las competencias de la Unión”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 53-58.

- MARTÍNEZ LUCAS, JOSÉ ANTONIO:** “La Ley 12/2001, de 9 de Julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2001, pág. 3.
- MARTÍN PUEBLA, EDUARDO:** “El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2010, págs. 91-107.
- MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, MANUEL:** “Alcance del efecto directo del artículo 10 de la directiva 92/85/CEE ante el incumplimiento de un Estado miembro: Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 520, 2002.
- MILLETT, TIMOTHY** “El efecto directo de las Directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?” , *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 95, 2006.
- MIRANDA BOTO, JOSÉ MARÍA:** “Historia de ida y vuelta: la discutida indemnización de los interinos”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 337-342.
- MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL:** “Estabilidad comunitaria y contratación temporal inusualmente larga nacional”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 381-386.
- MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL:** El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *La Ley*, 2017.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS.** “Reversión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 147-158.
- MORENO VIDA, MARÍA NIEVES:** “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015, págs. 195-242.

- MORCILLO MORENO, JUANA et altri:** “Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 201, 2019.
- NIEVES NIETO, NURIA (de):** “Permiso parental y protección en caso de despido a la vista de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 1. 2001, Vol I, pág. 126.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA:** “Multinivel garantista y eficacia horizontal del principio de igualdad en la protección por imago de créditos al trabajador en caso de insolvencia empresarial”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 201-211.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, DAVID:** “Equiparación y abuso en el empleo público temporal. Las soluciones en la jurisprudencia europea y española”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, 2019.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, DAVID:** “Enfoques y desenfoces en la aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado por los jueces españoles”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6, 2018.
- PÉREZ CAMPOS, ANA ISABEL.** “Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Enero-Junio 2011)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2012.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO:** “Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contratos constituye sucesión de empresas”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 95-100.
- PÉREZ REY, JOAQUÍN:** “La contratación de duración determinada”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 685-733.
- PRECIADO DOMENECH, CARLOS HUGO:** “La discriminación por razón de edad”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 431-454.

- PUEBLA PINILLA, ANA (de la):** “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 67, marzo 2007, pág. 303.
- PULIDO QUECEDO, JAVIER:** “La impugnación directa de disposiciones generales por vulneración del Derecho Comunitario Europeo” *Revista Aranzadi*, núm. 13, 2003.
- PUNZÓN MORALEDA, JESUS:** “Aplicación judicial del Derecho comunitario: La Sentencia Wagner Miret”. *REALA-1995*, núm. 266..
- REQUENA CASANOVA, MILLÁN:** “La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: La expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL.** “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (dir.), Ignacio García-Perrote Escartín (coord.), Adriano Gómez García-Bernal (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (coord.), Ediciones Francis Lefebvre, 2019, 2ª edic., págs. 51-71.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA:** “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, núm 1. 2021, Vol 11, pág. 69.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA:** “El derecho a igualdad en el empleo entre hombre y mujeres: despido discriminatorio, reparación efectiva del perjuicio sufrido, sanciones disuasorias y daños punitivos”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 479-484.
- ROJO TORRECILLA, EDUARDO:** “Despidos colectivos. Computo bidireccional de los 90 días: ni hacia atrás, ni hacia delante, sino ambos. Examen del litigio que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19), disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/11/despidos-colectivos-computo.html>.
- ROJO TORRECILLA, EDUARDO:** “UE. Contrato de interinidad por vacante. El TSJ de Madrid cuestiona frontalmente la jurisprudencia del TS sobre la interpretación del art. 70 del EBEP y eleva cuestión prejudicial al TJUE. Análisis del auto de 23 de septiembre de 2019, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/ue-contrato-de-interinidad-por-vacante.html>.
- ROJO TORRECILLA, EDUARDO:** “Sobre los trabajadores móviles y los conductores autónomos. ¿Adecuación de la normativa española a la Directiva 2002/15/CE? Inadmisión de la cuestión prejudicial por el TJUE. Nota breve a la

sentencia de 2 de marzo de 2017 (asunto C-97/16)”, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/03/sobre-los-trabajadores-moviles-y-los.html>.

ROMAGNOLI, UMBERTO: El derecho, el trabajo y la historia, *Consejo Económico y Social de España*, 1997.

RUIZ-JARABO y COLOMER, DAMASO: La justicia de la Unión Europea, *Cívitas*, 2011.

RUIZ-JARABO y COLOMER, DÁMASO y LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales”, *Revista del poder judicial*, núm. 47, 1997, págs. 83-114.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA y GARCÍA-ROMERO de TEJADA, CARLOS DE FUENTES: “Despido colectivo y unidad de referencia (I). La trasposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales (2017)”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, págs. 117-163.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a YOLANDA: “Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018.

SÁNCHEZ QUIÑONES, LUIS: “Derechos expectantes de jubilación y concurso. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia 9 de septiembre de 2020, asunto Textar”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2020.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN: “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, núm. 2, 2019, Vol. 4, pág. 16.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN (dir.): *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Francisco Javier Hierro Hierro, Djamil Tony Kahale Carrillo (coords), Boletín Oficial del Estado, 2018.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN: “La seguridad y salud laboral en el Derecho de la Unión Europea: trabajadoras lactantes (el caso Otero Ramos)”, en *Derecho del trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, María Areta Martínez (coord.), Miguel Cardenal Carro (dir.), Ana Isabel Pérez Campos (dir.), 2019, págs. 173-188.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN: “Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 451, 2020, págs. 209-215.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN: “Jubilación anticipada de mujeres con pensión inferior a la mínima: Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/2019)”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021, págs. 199-209.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN y FOLGOSO OLMO, ANTONIO: “Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno

de la propia empresa: STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)², *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 5, 2019.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN y GALLEGO MOYA, FERMÍN: “Vacaciones y maternidad”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 603-613.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN y GALLEGO MOYA, FERMÍN: “Incidencia de la reciente doctrina del TJUE sobre temporalidad en el empleo público”, *Revista de Derecho*, Vol. 17, 2016, págs. 47-49.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables: (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia género, discapacitados, jubilados forzosos)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14, 2008.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “La edad para trabajar, al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 897, 2015.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Vacaciones: de Paz Merino a Vicente Pereda, y...” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 791, 2019.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. y CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO: “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. “La subrogación convencional”, en *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, págs. 171-182.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Sobre la “impermeabilidad” de la casación: ejemplo social y civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2020.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Mucho ruido y pocas...retribuciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2010.

SEMENT VIDAL, MARÍA JOSÉ y GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO: “¡Mis socios no me dejan conciliar! El derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral en las sociedades cooperativas. Comentario a la sentencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 16 de junio de 2016”, *Revista Cooperativismo y Economía social*, núm. 38 (2015-2016), págs. 193-220, disponible en <https://revistas.webs.uvigo.es/index.php/CES/article/view/1279>

SERENA GARRALDA, JORGE: “Responsabilidad solidaria del administrador social por obligaciones sociales (indemnización por despido) acaecidas tras la causa legal de disolución: Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de julio de 2019 (rec. 3654/2016)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2020.

TONY JUDT: *Postguerra: Una historia de Europa desde 1945*, Taurus, 2006.

TRILLO GARCÍA, ANDRÉS RAMÓN: “Los subsidios de la Seguridad Social en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pág. 169.

URCELAY LECUE, MARÍA CRUZ: “Posible discriminación indirecta por discapacidad al despedir a un trabajador, debido a faltas de asistencia justificadas, pero intermitentes: STJUE, de 18 enero (TJCE 2018, 3) Asunto C-270/16: Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroservicios Auxiliares, S.A., y Ministerio Fiscal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2018.

USHAKOVA, TATIANA: “El despido colectivo en el derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2014.

VICENTE PACHÉS, FERNANDO (de): “Impugnación por lesividad de convenio colectivo: disposición convencional interpretada de conformidad con el derecho comunitario: SJS Madrid 17 noviembre 1999”, *Aranzadi Social*, 1999.

ANEXOS

I. CUADROS GENERALES DE SENTENCIAS

1. Relación cronológica de sentencias estudiadas CRONOLOGICO

En el siguiente cuadro se relacionan las Sentencias del TJUE, la referencia y nombre de la cuestión, el órgano nacional que la planteó, la fecha de la sentencia final, materia (Laboral -Lab-, Seguridad Social -SS- Mercantil -M- Contencioso -C-) y ello ordenado por orden cronológico. No obstante se resalta nuevamente que el análisis se ha centrado exclusivamente en sentencias de laboral.

1.	STJUE 16-12-1993 (C-334/92). Caso WAGNER MIRET	TSJ Castilla la Mancha
2.	STJUE de 15-06-1995 (C-422/93, C-423/93, C-424/93). Caso ZABALA ERASUN.	TSJ P. Vasco (acumulados) Lab.
3.	STJUE 14-04-1997 (336/95). Caso BURDALO TREVEJO.	JS nº 16 Barcelona. Lab.
4.	STJUE de 10-12-1998 (C-127/96; C-229/96 y C-74/97). Caso HERNANDEZ VIDAL	TSJ de Murcia JS nº 1 Pontevedra, Juzgado Alemán. Lab.
5.	STJUE de 10-12-1998 (C-173/96 y C-247/96). Caso SANCHEZ HIGALGO.	TSJ Castilla la Mancha y Tribunal Alemán. Lab.
6.	STJUE de 08-07-1999 (C-234/97). Caso MUSEO DEL PRADO.	JS nº 4 de Madrid. Lab.
7.	STJUE de 03-10-2000 (C-303/98). Caso SINDICATO MEDICO.	TSJ de la Comunidad Valenciana. Lab.
8.	AUTO de 03-07-2001 (C-241/99). Caso SERVICIO GALEGO DE SAÚDE.	TSJ de Galicia. Lab
9.	STJUE de 4-10-2001 (C-438/99). Caso JIMENEZ MELGAR.	JS único de Algeciras. Lab.
10.	STJUE de 12-12-2002 (C-442/00). Caso RODRÍGUEZ CABALLERO.	TSJ de Castilla La Mancha. Lab.
11.	STJUE de 18-3-2004 (C-342/01) Caso MERINO GÓMEZ.	JS nº 33 Madrid. Lab.
12.	STJUE de 16-12-2004 (C-520/03). Casi OLASO VALERO.	TSJ Comunidad Valenciana . Lab.
13.	AUTO TJUE de 13-11-2005 (C-177/05) Caso GUERRERO PECINO.	JS Único de Algeciras . Lab.
14.	STJUE de 16-2-2006 (C-294/04). Caso SARKATZIS HERRERO.	JS nº 30 de Madrid. Lab.
15.	STJUE de 11-7-2006 (C-13/05) Caso CHACÓN NAVAS.	JS nº 33 de Madrid. Lab.
16.	STJUE de 7-9-2006 (C-81/05) Caso CORDERO ALONSO.	TSJ de Castilla y León. Lab.
17.	STJUE de 13-9-2007 (C-307/05) Caso CERRO ALONSO.	JS nº 1 de San Sebastián. Lab.
18.	STJUE de 16-10-2007 (C-411/05). Caso PALACIOS DE LA VILLA.	JS nº 33 de Madrid. Lab.
19.	STJUE de 17-1-2008 (C-246/06) Caso VELASCO NAVARRO.	JS Único de Algeciras. Lab.
20.	STJUE de 21-2-2008 (C-498/06) Caso ROBLDILLO NÚÑEZ.	JS Único de Algeciras.. Lab.
21.	STJUE de 16-7-2009 (C-537/07) Caso GÓMEZ-LIMÓN SÁNCHEZ-CAMACHO.	JS nº 30 de Madrid. Lab.
22.	STJUE de 10-09-2009 (C-277/08) Caso VICENTE PEREDA.	JS nº 23 de Madrid. Lab.
23.	AUTO TJUE de 21-10-2009 (C-452/08) Caso FLORES FANEGA.	TSJ País Vasco. Lab.
24.	STJUE de 10-12-2009 (C-323/08) Caso RODRÍGUEZ MAYOR Y OTROS	TSJ de Madrid. Lab.
25.	STJUE de 29-7-2010 (C-151/09) Caso UGT y AYUNTAMIENTO DE LA LÍNEA DE LA CONCEPCIÓN.	JS Único de Algeciras. Lab

26.	STJUE de 30-9-2010 (C-104/09) Caso PEDRO MANUEL ROCA ÁLVAREZ.	TSJ de Galicia. Lab.
27.	STJUE de 20-1-2011 (C-463/09) Caso CLECE, S.A. y AYUNTAMIENTO DE COBISA.	TSJ de Castilla y La Mancha. Lab.
28.	AUTO de 18-3-2011 (C-273/10) Caso UNIVERSIDAD DE ALICANTE.	TSJ de la Comunidad Valenciana. Lab.
29.	STJUE de 19-5-2011 (C-256/10 y C-261/10) Caso BARCENILLA FERNÁNDEZ.	TSJ de Castilla y León. Lab.
30.	STJUE de 21-6-2012 (C-78/11) Caso ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN.	TS 3-10-2012. Lab.
31.	STJUE de 22-11-2012 (C-385/11) Caso ELBAL MORENO.	JS nº 33 de Barcelona. Lab.
32.	AUTO de 21-2-2013 (C-194/12) Caso MAESTRE GARCÍA FRENTE A CENTROS CARREFOUR.	JS nº 1 de Benidorm. Lab.
33.	ATJUE de 7-3-2013 (178/12) Caso RIVAS MONTES.	JS nº 1 de Córdoba. Lab.
34.	STJUE de 19-9-2013 (C-5/12) Caso BETRIU MONTULL	JS nº 1 de Lleida. Lab.
35.	STJUE de 13-3-2014 (C-190/13) Caso MÁRQUEZ SAMOHANO.	JS nº 3 de Barcelona. Lab.
36.	STJUE de 27-3-2014 (C-265/13) Caso TORRALBO MARCOS.	JS nº 2 de Terrassa (auto). Lab.
37.	STJUE de 10-7-2014 (C-198/13) Caso VÍCTOR MANUEL JULIAN HERNÁNDEZ.	JS nº 1 de Benidorm. Lab.
38.	AUTO TJUE de 11-12-2014 (C-86/14) Caso AYUNTAMIENTO DE HUÉTOR VEGA.	JS nº 1 de Granada. Lab.
39.	STJUE de 5-2-2015 (C-117/14) Caso NISTTAHUZ POCLAVA.	JS nº 23 de Madrid. Lab.
40.	STJUE de 13-5-2015 (C-392/13) Caso RABAL CAÑAS.	JS nº 33 de Barcelona. Lab.
41.	STJUE de 20-9-2015. C-266/14 Caso TYCO.	Audiencia Nacional. Lab.
42.	STJUE de 15-10-2015 (C-352/14 y C-353/14) Caso BANKIA, S.A.	JS nº 2 de Terrassa. Lab.
43.	STJUE de 11-11-2015 (C-422/14) Caso PUJANTE RIVERA.	JS nº 33 de Barcelona. Lab.
44.	STJUE de 26-11-2015 (C-509/14) Caso ADIF.	TSJ País Vasco. Lab.
45.	STJUE 17-12-2015 (C 407/14). Caso ARJONA CAMACHO.	JS. nº 1 Córdoba. Lab.
46.	STJUE de 10-06-2016 (C-351/14) Caso Estrella RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.	JS n.º 33 de Barcelona. Lab.
47.	STJUE de 14-09-2016 (C-596/14) Caso DIEGO PORRAS I.	TSJ Madrid. Lab.
48.	STJUE de 1-12-2016 (C-395/15) Caso MOHAMED DAOUIDI.	JS nº 33 Barcelona. Lab.
49.	STJUE de 2-3-2017 (C-97/16) Caso PÉREZ RETAMERO.	JS nº 3 de Barcelona. Lab.
50.	AUTO TJUE de 24-3-17 (C-269/16) Caso BARBA GIMÉNEZ I.	JS n.º 2 de Terrassa. Lab
51.	STJUE de 19-10-2017 (C-531/15) Caso ELDA OTERO.	TSJ Galicia. Lab
52.	STJUE de 14-12-2017 (C-243/16) Caso ANTONIO MIRAVITLLES.	JS n.º 30 de Barcelona. Lab.
53.	STJUE de 18-1-2018 (C-270/16) Caso RUIZ CONEJERO.	JS n.º 1 de Cuenca. Lab.
54.	STJUE de 22-2-2018 (C-103/16) Caso JESSICA PORRAS GUIADO-BANKIA.	TSJ Cataluña. Lab.
55.	AUTO de 12-4-18 (C-432/16) Caso MINAYO LUQUE.	TSJ Cataluña. Lab.
56.	STJUE de 5-6-2018 (C-677/16) Caso LUCÍA MONTERO.	JS n.º 33 Madrid. Lab.
57.	STJUE de 5-6-18 (C-574/16) Caso GRUPO NORTE FACILITY.	TSJ Galicia. Lab.
58.	STJUE de 28-6-2018 (C-57/17) Caso SORAYA CHECA.	TSJ Valencia. Lab.
59.	STJUE de 11-7-2018(C-60/17) Caso ÁNGEL SOMOZA.	TSJ Galicia. Lab.
60.	STJUE de 25-7-2018 (C-96/17) Caso GARDENIA VERNAZA.	JS n.º 2 de Terrassa. Lab.

61. STJUE de 7-8-2018 (C-472/16) Caso COLINO SIGÜENZA.	TSJC Castilla y León. Lab.
62. Auto de 21-8-2018 (C-212/17) Caso RODRÍGUEZ OTERO.	TSJ Galicia. Lab.
63. STJUE de 19-9-2018 (C-41/17) Caso GONZÁLEZ CASTRO.	TSJ Galicia. Lab.
64. Auto de 25-10-2018 (C-426/17) Caso BARBA GIMÉNEZ II.	JS n.º 2 de Terrassa. Lab.
65. STJUE de 21-11-2018 (C-619/17) Caso DIEGO PORRAS II.	TS. Lab.
66. STJUE de 11-04-2019 (C-29/18, C-30/18 y C-44/18) Caso COBRA SERVICIOS AUXILIARES.	TSJ Galicia. Lab.
67. STJUE de 14-05-2019 (C-55/18) Caso DEUTSCHE BANK, S.A.E.	Audiencia Nacional. Lab.
68. Auto de 19-03-19 (C-293/18) Caso UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA.	TSJ Galicia. Lab.
69. STJUE de 11-9-19 (C-397/18) Caso NOBEL PLASTIQUES IBÉRICA, S.A.	JS n.º 3 Barcelona. Lab.
70. STJUE de 18-9-19 (C-366/18) Caso ORTIZ MESONERO.	JS n.º 33 de Madrid. Lab.
71. ATJUE 15-10-19 (C-439/18 y C-472/18.) Caso OH Y ER CONTRA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (AEAT).	TSJ Galicia. Lab.
72. STJUE 11-11-20 (C-300/19). Caso MARCLEAN.	JS n.º 3 Barcelona. Lab.
73. ATJUE 3-03-2021 (C-841/19). Caso JL Y FOGASA.	JS. n.º41 Madrid. Lab.
74. STJUE 3-6-21 (C-726/19). Caso INSTITUTO MADRILEÑO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO AGRARIO Y ALIMENTARIO.	TSJ Madrid. Lab.
75. STJUE 24-6-21 (C-550/19). Caso EV Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS S.A., ACCIONA AGUA S.A.	JS n.º 14 Madrid.
TOTALES SENTENCIAS Y AUTOS DEL TJUE	75

2. Relación sistemática de sentencias estudiadas

El cuadro de Sentencias y Autos se estructura con la misma numeración dada en su análisis individual

II. NO DISCRIMINACIÓN

1. Maternidad

- STJUE 16 febrero de 2006. Caso Carmen Herrero. C-294/04.
- STJUE 16 Julio de 2009. Caso Gómez-Limón Sánchez-Camacho C-537/07.
- ATJUE 21 octubre de 2009. Caso Flores Fanega. C-452/08.
- STJUE 30 septiembre de 2010. Caso Pedro Manuel Roca Álvarez C-104/09.
- STJUE 19 septiembre de 2013. Caso Marc Betriu Montull. C-5/12.
- STJUE 17 diciembre de 2015. Caso Arjona Camacho. C-407/14.

2. Riesgo lactancia

- STJUE 19 octubre de 2017. Caso Elda Otero. C-531/15.
- STJUE 19 septiembre de 2018. Caso González Castro. C-41/17.

3. Conciliación cuidado hijo. Adscripción turno fijo

- STJUE 16 junio de 2016. Caso Estrella Rodríguez Sanchez. C-351/14.
- STJUE 18 septiembre de 2019. Caso Ortiz Mesonero. C-366/18.

4. Discapacidad (su protección frente al despido)

- STJUE 11 julio de 2006. Caso Chacón Navas. C-13/05.
- STJUE 1 diciembre de 2016. Caso Mohamed Daouidi. C-395/15.
- STJUE 18 enero de 2018. Caso Ruiz Conejero. C-270/16.
- STJUE 11 septiembre de 2019. Caso Nobel Plastiques Ibérica S.A. C-397/18.

5. Incidencia sobre antigüedad

- STJUE 13 septiembre de 2017. Caso Cerro Alonso. C-307/05.
- ATJUE 28 marzo de 2011. Caso Universidad de Alicante. C-273/10.
- STJUE 7 marzo de 2015. Caso Rivas Montes. C-178/12.

6. Edad

- STJUE 16 octubre de 2007. Caso Felix Palacio De La Villa. C-411/05.
- STJUE 11 noviembre de 2015. Caso Mario Vital Perez. C-416/13.

III. TIEMPO DE TRABAJO

1. Jornada

- STJUE de 3 de octubre de 2000. Sindicato Médico. C-303/98.
- ATJUE 3 de julio de 2001. Caso Servicio Galego de Saúde. C-241/99.
- STJUE 20 septiembre de 2015. Caso Tyco. C-266/14.
- STJUE 2 de marzo de 2017. Asunto Pérez Retamero. C-97/16.
- STJUE 14 de mayo de 2019. Caso Deutsche Bank. C-55/18.

2. Vacaciones

- STJUE 18 marzo de 2004. Caso Merino Gómez. C-342/01.
- STJUE 10 septiembre de 2009. Caso Vicente Pereda. C-277/08.
- STJUE 21 junio de 2012. Caso Asociación Nacional de Grandes empresas de distribución. C-78/11.
- ATJUE 21 febrero de 2013. Caso Maestre García frente a Centros Carrefour. C-194/12.

IV. MODALIDADES CONTRACTUALES

1. Tiempo parcial

- STJUE 15 de octubre de 2019. Caso OH y ER. C-472/18 y acumulados. C-439/18.

2. Período de prueba

- STJUE 5 de febrero de 2015. Caso Nisttahuz Poclava. C-117/14.

3. Contrato temporal. Derivaciones

- STJUE 13 de marzo de 2014. Caso Márquez Samohano. C-190/13.
- STJUE 25 julio de 2018. Caso Gardenia Vernaza. C-96/17.
- ATJUE 21 agosto 2018. Caso Rodríguez Otero. C-212/17.
- STJUE 11 abril de 2019. Caso Cobra Servi Aux. C-29/18.
- STJUE 5 junio de 2018. Asunto Grupo Norte Facility.

3.1. La contratación por obra o servicio determinado

- STJUE de 24 de junio de 2021, Caso EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., Acciona Agua S.A. C-550/19.

4. Temporalidad en Administraciones Públicas

- ATJUE 11 diciembre 2014. Caso Ayuntamiento Huetor Vega. C-86/14.
- STJUE 14 de septiembre 2016. Caso Diego Porras I. C-596/14.
- STJUE 5 de junio de 2018. Caso Lucía Montero. C-677/16.
- STJUE 21 de noviembre de 2018. Caso Diego Porras II. C-619/17.
- ATJUE 19 de marzo de 2019. Caso Universidad S. Compostela. C-293/18.
- CASO Instituto Madrileño de Investigación. C-726/19.

V. VICISITUDES EMPRESARIALES

1. Insolvencia

- ATJUE 3 marzo de 2021. Caso JL y Fogasa. C-841/19.
- STJUE 12 diciembre 2002. Caso Rodríguez Caballero. C-442/00.
- STJUE 10 julio de 2014. Caso Víctor Manuel Julián Hernández. C-198/13.
- STJUE 16 diciembre 2004. Caso José Vicente Olaso Valero. (C-520/03)
- AUTO 13 diciembre de 2005. Caso Cristina Guerrero Pecino. C-177/05.
- STJUE 17 enero de 2008. Caso Velasco Navarro. C-246/06.
- STJUE 21 febrero de 2008. Caso Robledillo Núñez. C-498/06.
- STJUE 7 septiembre de 2006. Caso Cordero Alonso. C-81/05.
- STJUE 28 de junio de 2018. Caso Soraya Checa. C-57/17
- STJUE 27 de marzo de 2014. Caso Torralbo Marcos. C-265/13.
- STJUE 16 diciembre de 1993. Caso Wagner Miret. C-334/92.

2. Traspaso

- STJUE 17 abril de 1997. Caso BurdaloTrevejo y otros. C-336/95.
- STJUE 10 de diciembre de 1998. Caso Hernández Vidal y otros. C-127/96; C-229/96 y C-74/97.
- STJUE 10 diciembre de 1998. Caso Cooperativa Minerva. C-173/96 y C-247/96.
- STJUE 20 enero de 2011. Caso Clece y Ayuntamiento de Cobisa. C-463/09.
- STJUE 7 agosto de 2018. Caso Colino Siguenza. C-472/16.
- STJUE 29 julio de 2010. Caso UGT y Ayuntamiento Línea C-151/09.
- STJUE 26 noviembre de 2015. Caso ADIF. C-509/14.
- STJUE 11 julio de 2018. Caso Ángel Somoza. C-60/17.

VI. EXTINCIÓN CONTRACTUAL

1. Despido colectivo

- STJUE 13 mayo de 2015. Caso Rabal Cabañas. C-392/13.
- STJUE 15 octubre de 2015. Caso Bankia. C-352/14 y C-353/14.
- STJUE 11 noviembre de 2015. Caso Pujante Rivera. C-422/14.
- STJUE 11 noviembre de 2020. Caso Marclean. C-300/19.

2. Maternidad y despido

- STJUE 4 octubre de 2001. Caso Jiménez Melgar. C-438/99.
- STJUE 22 febrero de 2018. Caso Jessica Porrás Guisado-Bankia. C-103/16.
- ATJUE 12 abril de 2018. Caso Carolina Minayo Luque. C-432/16.

VII. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

- STJUE 19 mayo de 2011. Caso Barcenilla Fernández. C-256/10 y 261/10.

VIII. ASPECTOS PROCESALES

- STJUE 15 junio de 1995. Caso Zabala Erasun. C-422/93 y otros.
- STJUE 27 marzo de 2014. Caso Torralbo Marcos. C-265/13.
- ATJUE 24 de marzo de 2017. Caso Barba Jiménez I. C-269/16.
- ATJUE 25 octubre de 2018. Caso Barba Jiménez II. C-426/17.
- STJUE 14 diciembre de 2017. Caso Antonio Miravittles. C-243/16.

IX. OTRAS CUESTIONES

- STJUE 8 julio de 1999. Caso Museo del Prado. C-234/97.
- STJUE 10 diciembre de 2009. Caso Rodríguez Mayor. C-323/08.

1. Relación normativa de las sentencias

En los siguientes cuadros se relacionan, agrupados en los mismos capítulos, las distintas cuestiones prejudiciales analizadas, especificando muy esquemáticamente la

fecha del auto de planteamiento, de la Sentencia del TJUE, de la Sentencia final que puso fin a la controversia, un resumen de la cuestión planteada, extraída de de la propia base de datos del TJUE, la normativa europea analizada y la normativa española.

X. NO DISCRIMINACIÓN

1. Maternidad

Fecha Auto	J.Social 30 Madrid. 5-7-04
Fecha TJUE	STJUE de 16-2-06. C-294/04. ECLI:EU:C:2006:109. Caso Carmen Sarkatzis
Fecha Sentencia nacional	1-3-06
Resumen del propio TJUE	Igualdad de trato entre hombres y mujeres -Permiso de maternidad. - Acceso a la función pública. -Trabajadora interina que durante su permiso de maternidad accede a un puesto de trabajo fijo tras superar un concurso-oposición. - Cómputo de la antigüedad.
Normativa comunitaria	-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 profesional y a las condiciones de trabajo. -Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 octubre de 1992, relativa a la aplicación de medida 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 periodo. -Directiva 96/34/Ce del Consejo, de 3 junio 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.
Normativa española	Orden 5 julio 1971 estatuto personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seg. Social.

Fecha Auto	J. Social 30 Madrid. 20-11-07
Fecha TJUE	STJUE de 16-7-09. C-537/07 ECLI:EU:C:2009:462. Caso Gomez-Limon Sanchez Camacho.
Fecha Sentencia nacional	27-7-09
Resumen del propio TJUE	Acuerdo marco sobre el permiso parental -Derechos adquiridos o en curso de adquisición al inicio del permiso - Continuidad en la percepción de prestaciones de seguridad social durante el permiso -Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social -Adquisición de derechos a una pensión de incapacidad permanente durante el permiso parental»
Normativa comunitaria	- Directiva 96/34/CE 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 («Acuerdo marco sobre el permiso parental»), -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
Normativa española	- Estatuto de los Trabajadores: Art. 37 E.T. - Ley General de la Seguridad Social: Artículo 139, apartado 2 y Artículo 109, apartado 1 - Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la seguridad social- Art. 65. -Orden 18 julio 1991, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la seguridad social: Articulo 14

Fecha Auto	TSJ. P.Vasco. 29-9-09
Fecha TJUE	ATJUE de 21-10-09. C-452/08. ECLI:EU:C:2009:644. Caso Flores Fanega.
Fecha Sentencia nacional	13-10-09
Resumen del propio TJUE	-Igualdad -Discriminación razón de sexo. -Discriminación indirecta. -Incapacidad permanente. -Base reguladora. -Aplicación directa de Directiva. -Desistimiento.
Normativa comunitaria	Directiva 96/34/CE 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 («Acuerdo marco sobre el permiso parental»), -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
Normativa española	- Estatuto de los Trabajadores: Art. 37 E.T. - Ley General de la Seguridad Social : Artículo 139, apartado 2 y Artículo 109, apartado 1 - Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la seguridad social- Art. 65. -Orden 18 julio 1991, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la seguridad social: Articulo 14

Fecha Auto	TSJ. Galicia. 13-2-09
Fecha TJUE	STJUE de 30-9-10. C-104/09. ECLI:EU:C:2010:561. Caso Pedro Manuel Roca Álvarez
Fecha Sentencia nacional	12-11-10
Resumen del propio TJUE	—Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras —Derecho a un permiso a favor de las madres trabajadoras por cuenta ajena —Posible utilización por la madre trabajadora por cuenta ajena y por el padre trabajador por cuenta ajena —Madre que no es trabajadora por cuenta ajena —Exclusión del derecho al permiso para el padre trabajador por cuenta ajena»
Normativa comunitaria	Tratado de la UE. Arts 2 y 3 y 141. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, arts. 21 y 23. Carta Social Europea firmada en Turín el 18-10-61. Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, 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. Artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y artículo 5. Directiva 1996/34/CE del Consejo de 3 de junio relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.
Normativa española	Estatuto de los trabajadores: -Art 1,1 y 1, 3 y 37 E.T.

Fecha Auto	J. Social 1 Lleida. 21-12-01
Fecha TJUE	STJUE de 19-9-13. C-5/12. ECLI:EU:C:2013:571 Caso Marc Betriu Montull
Fecha Sentencia nacional	27-11-13
Resumen del propio TJUE	—Protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia —Permiso de maternidad Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras —Derecho a un permiso en favor de las madres trabajadoras por cuenta ajena después del nacimiento de un hijo — Posible utilización por la madre trabajadora por cuenta ajena y por el padre trabajador por cuenta ajena — Madre que no es trabajadora por cuenta ajena y no está aliada a un régimen público de seguridad social —Exclusión del derecho al permiso para el padre trabajador por cuenta ajena —Padres biológicos y padres adoptivos —Principio de igualdad de trato»
Normativa comunitaria	-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. Artículo 1, 2 y 5. - Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 que deroga la Directiva 96/34 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, y del principio de igualdad de trato consagrado por el Derecho de la Unión. Acuerdo marco. -Directiva 92/85 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.
Normativa española	E.T., modificado por Ley 39/1999. Art. 1 y. 48. -LGSS, texto refundido modificado por Ley 39/1999. Artículo 133 bis

Fecha Auto	J. Social 1 Cordoba. 27-8-2014
Fecha TJUE	STJUE de 17-12-2015. C-407/14 Caso Arjona Camacho.
Fecha Sentencia nacional	9-3-2017
Resumen del propio TJUE	—Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación —Despido discriminatorio. Artículo 18 —Indemnización o reparación efectiva del perjuicio sufrido. —Carácter disuasorio. Artículo 25 —Sanciones —Daños punitivos
Normativa comunitaria	-Directiva 2006/54/CE el 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).
Normativa española	LRJS. Arts. 179.3 y 180

2. Riesgo lactancia

Fecha Auto	TSJ Galicia 17-7-15
Fecha TJUE	STJUE de 19-10-17. C-531/15. ECLI:EU:C:2017:789. . Caso Elda Otero Ramos.
Fecha Sentencia nacional	8-11-2017
Resumen del propio TJUE	—Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores —Trabajadora en período de lactancia —Evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo —Impugnación por parte de la trabajadora afectada — —Igualdad de trato —Discriminación por razón de sexo —Carga de la prueba»
Normativa comunitaria	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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). 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 casos de empleo y ocupación (refundición)
Normativa española	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales Ley General de la Seguridad Social

Fecha Auto	TSJ Galicia. 30-12-16
Fecha TJUE	STJUE de 19-9-18. C-41/17. ECLI:EU:C:2018:736. Caso González Castro.
Fecha Sentencia nacional	30-10-18
Resumen del propio TJUE	—Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores —Trabajadora en período de lactancia —Trabajo nocturno —Trabajo a turnos realizado parcialmente en horario nocturno —Evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo —Medidas de prevención —Impugnación por parte de la trabajadora afectada —Igualdad de trato — Discriminación por razón de sexo —Carga de la prueba»
Normativa comunitaria	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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).: 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 CASOS de empleo y ocupación (refundición). Directiva 2003/88/CE.
Normativa española	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Ley General de la Seguridad Social, art 135 bis.

3. Conciliación cuidado hijo

Fecha Auto	J.Social 33 Barcelona. 16-6-16.
Fecha TJUE	STJUE 16-6-2016. C-351/14. ECLI:ES:TJUE:2016:107 Caso Estrella Rodríguez Sánchez.
Fecha Sentencia nacional	16-6-16
Resumen del propio TJUE	-Conciliación entre la vida profesional y la vida familiar -Reincorporación de una socia trabajadora tras el permiso de maternidad —Petición de reducción de jornada y de concreción horaria —Situación no incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco revisado —Inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial»
Normativa comunitaria	-Directiva 2010/18 derogó, con efectos a 8 de marzo de 2012, la Directiva 96/34/CE 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 (DO 1996, L 145, p. 4). -Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000
Normativa española	Estatuto de los Trabajadores, arts. 1 y 34, 37 y 48

Fecha Auto	JS núm. 33 Madrid. 29-5-18
Fecha TJUE	STJUE 18-9-19. C-366/18. ECLI:EU:C:2019:757 Caso Ortiz Mesonero.
Fecha Sentencia nacional	16-10-2019
Resumen del propio TJUE	— Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental — Normativa nacional que supedita la concesión del permiso parental a la reducción de la jornada laboral, con una disminución proporcional del salario — Trabajo a turnos con un horario variable — Solicitud del trabajador para realizar su trabajo con un horario fijo a fin de ocuparse de sus hijos menores de edad — Igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en CASOS de empleo y ocupación — Discriminación indirecta — Inadmisibilidad parcial»
Normativa comunitaria	Directiva 2010/18/UE -TFUE. -Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea., -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 casos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23), en relación con 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 BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DO 2010, L 68, p. 13).
Normativa española	E.T. arts. 34, 37-6,

4. Discapacidad

Fecha Auto	JS nº 33 de Madrid 7-1-05
Fecha TJUE	STJUE de 11-7-2006. C-13/05. ECLI:EU:C:2006:184 Caso Chacón Navas.
Fecha Sentencia nacional	17-10-2006
Resumen del propio TJUE	--Igualdad de trato en el empleo y la ocupación --Concepto de discapacidad»
Normativa comunitaria	-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. -Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea art. 136. -Recomendación 86/379/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad. - Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, apartado 26.
Normativa española	CE Art. 14 Principio de igualdad y no discriminación. ET., Art. 55, 56 y 17.

Fecha Auto	JS nº 33 Barcelona 14-7-15
Fecha TJUE	STJUE de 1-12-2016. C-395/15 ECLI:EU:C:2016:371 Caso Mohamed Daouidi.
Fecha Sentencia nacional	23-12-16
Resumen del propio TJUE	— Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Prohibición de discriminación por motivos de discapacidad — Existencia de una “discapacidad” — Concepto de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo” -Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta»
Normativa comunitaria	Convenio nº 158 de la OIT (Ratificado por España, sin reserva ni exclusión, el 18.2.85, e integrado en el ordenamiento interno). Carta Social Europea (ratificada por España el 29.4.80 respecto a los protocolos de 1988 y 1991, integrada en el ordenamiento interno). Tratado de la Unión Europea Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
Normativa española	Constitución: art. 9.2, 10.2, 14, 15, 35.1, 41, 43, 96.1 . Estatuto: art. 55, 56. 110, LRJS. Arts. 96, 108, 113, 181.2

Fecha Auto	JS n.º 1 de Cuenca 5-5-16
Fecha TJUE	STJUE de 18-1-2018. C-270/16 ECLI:EU:C:2018:17. Caso Ruiz Conejero.
Fecha Sentencia nacional	7-3-18
Resumen del propio TJUE	-Igualdad de trato en el empleo y la ocupación —Prohibición de discriminación por motivo de discapacidad —Normativa nacional que permite, en determinadas circunstancias, el despido de un trabajador por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes —Ausencias del trabajador a causa de enfermedades atribuibles a su discapacidad —Diferencia de trato por motivo de discapacidad -Discriminación indirecta —Justificación — Combatir el absentismo laboral — Carácter apropiado -Proporcionalidad.
Normativa comunitaria	Directiva 2000/78: relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
Normativa española	CE E.T. Azt. 52 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Fecha Auto	JS nº 3 Barcelona 30-5-18
Fecha TJUE	STJUE de 11-9-19 C-397/18 ECLI:EU:C:2019:703 Caso Nobel Plásticos Ibérica, S.A.
Fecha Sentencia nacional	4-11-19
Resumen del propio TJUE	—Igualdad de trato en el empleo y la ocupación —Prohibición de toda discriminación por motivos de discapacidad —Trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional —Existencia de una “discapacidad” —Despido por causas objetivas basado en criterios de productividad, polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y absentismo —Desventaja particular para las personas con discapacidad — Discriminación indirecta —Ajustes razonables —Persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate»
Normativa comunitaria	Directiva 2000/78/CE
Normativa española	E.T. LRJS. Real Decreto Legislativo 1/2013, TR Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

5. Incidencia sobre antigüedad

Fecha Auto	6-7-05. J.Social 1 S.S
Fecha TJUE	STJUE 13-9-07 C-307/05. ECLI:EU:C:2007:509. Caso Cerro Alonso.
Fecha Sentencia nacional	11-10-07
Resumen del propio TJUE	Principio de no discriminación —Concepto de “condiciones de trabajo” —Primas de antigüedad — Inclusión —Razones objetivas que justifican una diferencia de trato — Inexistencia
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Clausula 4.
Normativa española	-Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. -Decreto 231/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal del Servicio vasco de Salud.

Fecha Auto	14-5-10. TSJ C.Valenciana
Fecha TJUE	STJUE 18-3-11 C-273/10. ECLI:EU:C:2011:167. Caso Universidad de Alicante.
Fecha Sentencia nacional	16-6-11
Resumen del propio TJUE	– Contratos de trabajo de duración determinada en el sector público – Derecho a trienios. – Principio de no discriminación.
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Clausula 4
Normativa española	Ley Orgánica 6/2001, de Universidades de 21 de diciembre de 13-4-07. Decreto 174/2002 Generalitat Valenciana, sobre Régimen y Retribuciones personal Investigador Contratado Laboral Universidades Publicas. Estatuto de los Trabajadores.

Fecha Auto	27-2-12. J.Social 1 Cordoba
Fecha TJUE	AUTO TJUE 7-3-13. C-178/12. ECLI:EU:C:2013:150 Caso Rivas Montes.
Fecha Sentencia nacional	8-4-13
Resumen del propio TJUE	Principio de igualdad de trato -Contratos de trabajo de duración determinada en el sector público -Determinación de la antigüedad -Diferencia de trato entre personal funcionario y personal laboral -Toma en consideración de los períodos de servicio prestados anteriormente en la Administración -Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia»
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada
Normativa española	Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto básico Empleado Público. Ley 70/1978 de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios prestados en la administración Publica. Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, desarrollo Ley 70/1978. Estatuto de los trabajadores. Convenio colectivo personal laboral del IMDECO (Instituto Municipal Deporte de Córdoba).

6. Edad

Fecha Auto	J.Social. 33 Madrid 14-11-05
Fecha TJUE	STJUE de 16 -10-07 2007. ECLI:EU:C:2007:604 C-411/05. Caso Palacios de la Villa
Fecha Sentencia nacional	14-11-07
Resumen del propio TJUE	–Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Alcance –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 –Discriminación por motivos de edad. – Justificación»
Normativa comunitaria	-Directiva 2000/78 del Consejo, de 27-11-00, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, arts. 2, apartados 1 y 6
Normativa española	CE. E.T.

Fecha Auto	J.Contencioso Oviedo. 16-7-13
Fecha TJUE	STJUE de 11-11-15. C 416/13. ECLI:EU:C:2014:2371. Caso Mario Vital Perez.
Fecha Sentencia nacional	16-12-14
Resumen del propio TJUE	Igualdad de trato en el empleo y la ocupación —Discriminación por razón de la edad —Requisito para la selección de agentes de la Policía Local —Fijación de la edad máxima en 30 años -Justificaciones»
Normativa comunitaria	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. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
Normativa española	Ley del Principado de Asturias 2/2007

XI. TIEMPO DE TRABAJO

1. Jornada

Fecha Auto	TSJ C. valenciana 10-7-98
Fecha TJUE	STJUE de 3-10-00. C-303/98. ECLI:EU:C:2000528. Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública.
Fecha Sentencia nacional	2-11-200. TSJ S (en casación).
Resumen del propio TJUE	Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores -Médicos de Equipos de Atención Primaria -Duración media del trabajo - Inclusión del tiempo de atención continuada - Trabajadores nocturnos y por turnos»
Normativa comunitaria	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 base) Directiva 93/104/CE del consejo de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Directiva 2003/88/CE -EDL 2003/198134- (es la sucesora de las anteriores y no era de aplicación por la fecha).establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo que se refiere a los períodos de descanso diario, de pausas, de descanso semanal, de la duración máxima del trabajo semanal, de las vacaciones anuales y a determinados aspectos del trabajo nocturno, por turnos y del ritmo de trabajo.
Normativa española	Real Decreto 137/1984, de 11 de enero sobre estructuras básicas de salud. Acuerdo celebrado con fecha 3 de julio de 1992 entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales más representativas en el sector de Atención Primaria en España. Acuerdo el 7 de mayo de 1993 entre los Sindicatos más representativos y la Administración de la Generalidad Valenciana. Orden de la Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana de 20 de noviembre de 1991, se aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Equipos de Atención Primaria de la Comunidad Valenciana. Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo.

Fecha Auto	TSJ Galicia 4-5-99
Fecha TJUE	ATJUE de 3-7-01. C-241/99. ECLI:EU:C:2001:371. Caso Servicio Galego de Saúde.
Fecha Sentencia nacional	10-9-01
Resumen del propio TJUE	- Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. - Ambito de aplicación - Personal de servicios de atención primaria -Duración media del trabajo - Inclusión del tiempo de atención continuada»
Normativa comunitaria	-Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 junio 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el Trabajo (Directiva base), y -Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de Noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
Normativa española	Decreto 172/1995 de la Xunta de Galicia, que establece el plan de urgencias extra hospitalarias.

Fecha Auto	Audiencia Nacional 22-5-14
Fecha TJUE	STJUE de 20-9-2015. C-266/14. EU:C:2015:578 Caso Tyco.
Fecha Sentencia nacional	14-10-2015
Resumen del propio TJUE	Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores —Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo — Tiempo de trabajo — Concepto —Trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo o habitual o han dejado de tenerlo —Tiempo de desplazamiento entre el domicilio de los trabajadores y los centros del primer y del último cliente — Inclusión
Normativa comunitaria	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
Normativa española	E.T. art. 34.

Fecha Auto	J.Social 3 Barcelona. 2-2-16
Fecha TJUE	STJUE de 2-3-17. C-97/16. ECLI:EU:C:2017:158. Caso Pérez Retamero
Fecha Sentencia nacional	7-4-17
Resumen del propio TJUE	— Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Ordenación del tiempo de trabajo — Transporte por carretera — Trabajador móvil — Conductor autónomo — Concepto -Inadmisibilidad»
Normativa comunitaria	Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera
Normativa española	E.T.

Fecha Auto	A.Nacional 29-1-18
Fecha TJUE	STJUE de 14-5-19. C-55/18. ECLI:EU:C:2019:402. Caso Deutsche Bank SAE
Fecha Sentencia nacional	
Resumen del propio TJUE	— Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Ordenación del tiempo de trabajo Descanso diario y semanal — Duración máxima del tiempo de trabajo semana — Seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo — Obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador»
Normativa comunitaria	-Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. -Directiva 2003/88/CE -Directiva 89/391/CEE
Normativa española	E.T.

2. Vacaciones

Fecha Auto	J.Social 33 Madrid 3-9-2001
Fecha TJUE	STJUE de 18-3-2004 C-342/01. ECLI:EU:C:2004:160 Caso Merino Gomez.
Fecha Sentencia nacional	29-4-2004
Resumen del propio TJUE	— Igualdad de trato entre hombres y mujeres — Permiso de maternidad — Trabajadora cuyo permiso de maternidad coincide con el período de vacaciones anuales de todo el personal establecido en un convenio colectivo en materia de vacaciones anuales»
Normativa comunitaria	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. 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 periodo de lactancia. Directiva 93/104 del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
Normativa española	E.T. Convenio colectivo de empresa

Fecha Auto	J.Social23 de Madrid 17-6-08
Fecha TJUE	STJUE de 10-09-2009 C-277/08. ECLI:EU:C:2015:542. Caso Vicente Pereda.
Fecha Sentencia nacional	8-1-2010
Resumen del propio TJUE	— Ordenación del tiempo de trabajo — Derecho a vacaciones anuales retribuidas — Incapacidad temporal — Vacaciones anuales que coinciden con una incapacidad temporal — Derecho a disfrutar las vacaciones anuales en otro período»
Normativa comunitaria	Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
Normativa española	Estatuto de los Trabajadores.

Fecha Auto	Sala Social TS. 26-1-11
Fecha TJUE	STJUE de 21-6-2012 C-78/11. ECLI:EU:C:2012:372. Caso Asociación Nacional de grandes empresas de distribución.
Fecha Sentencia nacional	3-10-2012
Resumen del propio TJUE	– Ordenación del tiempo de trabajo – Derecho a vacaciones anuales retribuidas – Baja por enfermedad – Vacaciones anuales coincidentes con una baja por enfermedad – Derecho a disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas durante otro período»
Normativa comunitaria	Ídem Directiva 2003/88
Normativa española	E.T., modificado Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo Artículo 38 y 48.4. Conv. Colec. de Grandes Almacenes.

Fecha Auto	J. Social Benidorm 22-2-12
Fecha TJUE	AUTO 21-2-2013. C-194/12. ECLI:EU:C:2013:102. Caso Maestre García frente a Centros Carrefour.
Fecha Sentencia nacional	26-4-13
Resumen del propio TJUE	– Ordenación del tiempo de trabajo – Derecho a vacaciones anuales retribuidas – Vacaciones anuales fijadas por la empresa coincidentes con una incapacidad temporal por enfermedad – Derecho a disfrutar de las vacaciones anuales durante otro período – Compensación económica por las vacaciones anuales no disfrutadas»
Normativa comunitaria	Reglamento de Procedimiento Ídem Directiva 2003/88
Normativa española	E.T.

XII. MODALIDADES CONTRACTUALES

1. Tiempo parcial

Fecha Auto	TSJ Galicia 22-6-18
Fecha TJUE	ATJUE de 15-10-19. C-439/18, C-472/18. ECLI:EU:C:2019:858. Caso OH y ER contra Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).
Fecha Sentencia nacional	18-12-19
Resumen del propio TJUE	— Trabajadores y trabajadoras — Principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en casos de empleo y ocupación — Trabajador fijo discontinuo — Reconocimiento de la antigüedad — Método de cálculo de los trienios — Exclusión de los períodos no trabajados
Normativa comunitaria	Directiva 97/81/CE del Consejo, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en Casos de empleo y ocupación (refundición).
Normativa española	E.T., art. 12 y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

2. Periodo de prueba

Fecha Auto	11-3-2014. J.Social Madrid 23
Fecha TJUE	STJUE de 5-2-15. C-117/14. ECLI:EU:C:2015:60. Caso Nisttahuz Poclava
Fecha Sentencia nacional	JS 23 Madrid. 18-3-15
Resumen del propio TJUE	– Normativa nacional que establece un contrato de trabajo por tiempo indefinido con un período de prueba de un año — Aplicación del Derecho de la Unión — Inexistencia — Incompetencia del Tribunal de Justicia»
Normativa comunitaria	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. – 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.
Normativa española	E.T. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

3. Contratatración temporal

Fecha Auto	4-4-13. J.Social 3 Barcelona.
Fecha TJUE	STJUE de 13-3-14. C-190/13. ECLI:EU:C:2014:146. Caso Antonio Marquez Samohano.
Fecha Sentencia nacional	28-3-14
Resumen del propio TJUE	<ul style="list-style-type: none"> - Universidades - Profesores asociados - Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada - Medidas que tienen por objeto prevenir el recurso abusivo a los contratos de trabajo de duración determinada - Concepto de “razones objetivas” que justifican tales contratos - Concepto de “contrato de trabajo de duración indefinida” - Sanciones - Derecho a indemnización - Diferencia de trato entre trabajadores con contrato de trabajo de duración indefinida»
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada
Normativa española	<ul style="list-style-type: none"> - Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, de 21 de diciembre. - Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario. - La Ley 1/2003, de 19 de febrero, de universidades de Cataluña. - Estatutos de la Universitat Pompeu Fabra, (aprobados por el Decreto 209/2003, de 9 de septiembre, y modificados por el Acord GOV/203/2010, de 9 de noviembre de 2010). - Estatuto de los Trabajadores.

Fecha Auto	26-1-17. J. Social 2 Tarrasa
Fecha TJUE	STJUE de 25-7-2018 C-96/17. ECLI:EU:C:2018:603. Caso Gardenia Vernaza.
Fecha Sentencia nacional	JS n.º 2 de Terrassa 17-18-2018
Resumen del propio TJUE	<ul style="list-style-type: none"> -Consecuencias de un despido disciplinario calificado de improcedente —Concepto de “condiciones de trabajo” —Trabajador indefinido no fijo —Diferencia de trato entre el trabajador fijo y el trabajador temporal o indefinido no fijo —Readmisión del trabajador o concesión de una indemnización»
Normativa comunitaria	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 determinado. Carta Derechos fundamentales.
Normativa española	Estatuto de los Trabajadores. Estatuto básico empleado público.

Fecha Auto	2-11-16. TSJ Galicia
Fecha TJUE	STJUE de 5-6-18 C-574/16. ECLI:EU:C:2018:390. Caso Grupo Norte Facility.
Fecha Sentencia nacional	Sala Social TSJ Galicia 20-6-18
Resumen del propio TJUE	<ul style="list-style-type: none"> Principio de no discriminación —Concepto de “condiciones de trabajo” —Comparabilidad de las situaciones —Justificación —Concepto de “razones objetivas” —Indemnización en el supuesto de extinción de un contrato fijo por concurrir una causa objetiva —Indemnización de menor cuantía abonada al finalizar un contrato de relevo de duración determinada»
Normativa comunitaria	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
Normativa española	Estatuto de los Trabajadores. Art. 12. 15, 49.52, 53

Fecha Auto	5-4-17 TSJ Galicia
Fecha TJUE	AUTO TEJUE 21-8-18 C-212/17 ECLI:EU:C:2018:690 Caso Rodríguez Otero.
Fecha Sentencia nacional	TSJ Galicia 31-7-18
Resumen del propio TJUE	Archivo, por similitud CASO Norte Facility.
Normativa comunitaria	
Normativa española	

Fecha Auto	26-12-17 TSJ Galicia
Fecha TJUE	STJUE 11-4-19. C-29/18, C-30/18 y C-44/18. ECLI:EU:C:2019:315. Caso Cobra servicios auxiliares S.A.
Fecha Sentencia nacional	TSJ Galicia 14-5-19
Resumen del propio TJUE	Principio de no discriminación —Concepto de “condiciones de trabajo” —Comparabilidad de las situaciones —Justificación —Concepto de “razones objetivas” —Indemnización en Caso de extinción de un contrato de trabajo por tiempo indefinido por concurrir una causa objetiva —Indemnización de menor importe abonada al finalizar un contrato de trabajo por obra o servicio
Normativa comunitaria	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.
Normativa española	E.T.

Fecha Auto	J.Social 14 Madrid. 4-7-19.
Fecha TJUE	STJUE 24-6-2021. Caso EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., Acciona Agua S.A. C-550/19
Fecha Sentencia nacional	
Resumen del propio TJUE	ial — Política social —Medidas que tienen por objeto prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada — Sucesivos contratos de duración determinada en el sector de la construcción denominados “fijos de obra” — Concepto de “razones objetivas” que justifican la renovación de tales — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Subrogación en los contratos de trabajo producida en virtud de las estipulaciones de un convenio colectivo — Convenio colectivo que limita los derechos y obligaciones de los trabajadores subrogados a los derechos y obligaciones generados por el último contrato suscrito con la empresa saliente»
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada .contratos — Directiva 2001/23/CE — Artículo 1, apartado
Normativa española	E. Trabajadores. Convenio colectivo sectorial de la construcción.

4. Temporalidad en AAPP

Fecha Auto	7-2-14. J. Social 1 Granada.
Fecha TJUE	ATJUE de 11-12-2014 C-86/14. ECLI:EU:C:2014:2447 Caso Ayuntamiento de Huétor vega.
Fecha Sentencia nacional	18-2-2015
Resumen del propio TJUE	Aplica el acuerdo marco entre UNICE, CEEP y CES.
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70
Normativa española	Estatuto Trabajadores.

Fecha Auto	17-12-14. TSJ Madrid
Fecha TJUE	STJUE de 14-09-16. C-596/14. ECLI:EU:C:2016:683. Caso Diego Porras I.
Fecha Sentencia nacional	Sala Social TSJ de Madrid 5-10-2016
Resumen del propio TJUE	—Principio de no discriminación —Concepto de “condiciones de trabajo” —Indemnización por la finalización de un contrato —Indemnización no prevista en la normativa nacional relativa a los contratos de trabajo temporal —Diferencia de trato en relación con los trabajadores fijos»
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70/CE — Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada - considerando 14 de la Directiva 1999/70. - artículo 1 de la Directiva 1999/70, ésta tiene por objeto «aplicar el Acuerdo marco [...], que figura en el anexo, celebrado [...] entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)». - La exposición de motivos del Acuerdo marco precisa en su párrafo tercero - cláusula 1 del Acuerdo marco. La cláusula 3 del Acuerdo marco
Normativa española	Estatuto de los Trabajadores. RD 2710/88 por el que se desarrolla art. 15 E.T.

Fecha Auto	21-12-16 J.Social 33 Madrid
Fecha TJUE	STJUE de 5-6-18. C-677/16. ECLI:EU:C:2018:393. Caso Lucia Montero.
Fecha Sentencia nacional	J.Social 33 Madrid. 28-6-18
Resumen del propio TJUE	—Principio de no discriminación — Concepto de “condiciones de trabajo” —Comparabilidad de las situaciones —Justificación —Concepto de “razones objetivas” —Indemnización en el supuesto de extinción de un contrato fijo por concurrir una causa objetiva — Inexistencia de indemnización al finalizar un contrato de interinidad»
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70 del Consejo de la Unión.
Normativa española	Estatuto de los trabajadores. RD 2720/98, de 18 de diciembre, desarrollo E.T. en materia de contratos de duración determinada.

Fecha Auto	25-10-16. T. Supremo
Fecha TJUE	STJUE de 21-11-2018 C-619/17. ECLI:EU:C:2016:683 Caso De DIEGO PORRAS II
Fecha Sentencia nacional	Sala Social TS. 13-3-19.
Resumen del propio TJUE	—Principio de no discriminación —Justificación —Medidas que tienen por objeto prevenir los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada —Indemnización en Caso de extinción de un contrato fijo por concurrir una causa objetiva —Inexistencia de indemnización al finalizar un contrato de interinidad»
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70
Normativa española	Estatuto de los trabajadores. RD 2720/1998, de 18 de diciembre de desarrollo del art. 15 E.T.

Fecha Auto	12-4-18. TSJ Galicia
Fecha TJUE	AUTO TJUE 19-3-19. C-293/18. ECLI:EU:C:2019:224 Caso Universidad de Santiago Compostela
Fecha Sentencia nacional	
Resumen del propio TJUE	« Concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” —Principio de no discriminación —Comparabilidad de las situaciones — Justificación —Indemnización en Caso de extinción de un contrato de trabajo por tiempo indefinido por concurrir una causa objetiva —Inexistencia de indemnización al finalizar un contrato predoctoral»
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada Cláusulas 2 y 3
Normativa española	El artículo 20 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE n.º 31, de 2 de junio de 2011), dispone Estatuto de los Trabajadores: -artículo 15, apartado 6, del -artículo 49, -artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores -artículo 53, apartado 1,

Fecha Auto	TSJ Madrid 23-9-19
Fecha TJUE	STJUE 3-6-21. ECLI:EU:C:2021:439. Caso IMIDRA. C-726/19
Fecha Sentencia nacional	23-6-21
Resumen del propio TJUE	— Aplicabilidad — Concepto de “sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” — Contratos de trabajo de duración determinada en el sector público — Medidas que tienen por objeto prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada — Concepto de “razones objetivas” que justifican dichos contratos — Medidas legales equivalentes — Obligación de interpretación conforme del Derecho nacional — Crisis económica
Normativa comunitaria	Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada
Normativa española	E. Trabajadores. Art- 15- R.D. 2720/19. Art. 4.1.

XIII. VICISITUDES EMPRESARIALES

1. Insolvencia

Fecha Auto	J.Social 41 Madrid 7-11-19
Fecha TJUE	AUTO 3-3-21. C-841/19 ECLI:EU:C:2021:159. Caso JL y Fogasa.
Fecha Sentencia nacional	
Resumen del propio TJUE	— Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras — Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial — Cláusula 4 — Trabajadores a tiempo parcial, esencialmente de sexo femenino — Institución nacional que garantiza a los trabajadores afectados el pago de los créditos no abonados por sus empresarios insolventes — Límite al pago de estos créditos — Cuantía del límite reducida para los trabajadores a tiempo parcial en función de la relación entre la jornada laboral de estos y la jornada laboral de los trabajadores a tiempo completo — Principio de pro rata temporis»
Normativa comunitaria	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 Directiva 2006/54/CE del Parlamento 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. 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. Carta de los Derechos Fundamentales de la UE
Normativa española	E.T. art. 33.

Fecha Auto	SSTSJ Castilla la Mancha 27-10-00
Fecha TJUE	STJUE de 12-12-2002. C-442/00. ECLI:EU:C:2002:752 Caso Rodríguez Caballero.
Fecha Sentencia nacional	8-1-2003
Resumen del propio TJUE	-Ámbito de aplicación - Concepto de "créditos" - Concepto de "retribución" - Salarios de tramitación - Pago asegurado por la institución de garantía - Pago supeditado a la adopción de una resolución judicial»
Normativa comunitaria	Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados.
Normativa española	-E.T.

Fecha Auto	J.S. Benidorm. 21-2-13
Fecha TJUE	STJUE de 10-7-2014. C-198/13. ECLI:EU:C:2014:2055 Caso Julian Hernández.
Fecha Sentencia nacional	9-12-14
Resumen del propio TJUE	— Ámbito de aplicación — Derecho a indemnización de un empresario frente a un Estado miembro por los salarios pagados a un trabajador durante el procedimiento de impugnación del despido de este último después del 60º día hábil desde la presentación de la demanda por despido — Inexistencia del derecho a indemnización en el Caso de despidos nulos — Subrogación del trabajador en el derecho a indemnización de su empresario en Caso de insolvencia provisional de este último — Discriminación de los trabajadores que han sido objeto de un despido nulo.
Normativa comunitaria	- la Directiva 2008/94/CE 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, y -Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 20.
Normativa española	- CE. -E.T. -LPL.

Fecha Auto	SSTSJ C.Valenciana 27-11-03
Fecha TJUE	STJUE de 16-12-2004 C-520/03. ECLI:EU:C:2004:826. Caso Olaso Valero.
Fecha Sentencia nacional	11-2-2005
Resumen del propio TJUE	- Concepto de "créditos" - Concepto de "retribución" - Indemnización debida en Caso de despido improcedente»
Normativa comunitaria	- Directiva 80/987/CEE, de 20 octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en Caso de insolvencia del empresario. - Directiva 2002/74/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 septiembre 2002.
Normativa española	Estatuto de Trabajadores RD 505/1985 LPL.

Fecha Auto	J.Social Algeciras 30-3-05
Fecha TJUE	AUTO TJUE de 13-12-2005 C-177/05. ECLI:EU:C:2015 Caso Guerrero Pecino.
Fecha Sentencia nacional	6-2-2006
Resumen del propio TJUE	- Indemnización pactada en el acto de conciliación - Pago asegurado por la institución de garantía - Pago supeditado a la adopción de una resolución judicial»
Normativa comunitaria	- Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, en su versión modificada por Directiva 2002/74/CE del Parlamento.
Normativa española	E.T.

Fecha Auto	J.Social Algeciras. 7-4-06
Fecha TJUE	STJUE de 17-1-2008 C-246/06. ECLI:EU:C:2008:19. Caso Jose Velasco Navarro.
Fecha Sentencia nacional	29-1-2008
Resumen del propio TJUE	- Efecto directo - Indemnización por despido acordada en una conciliación judicial - Pago asegurado por la institución de garantía - Pago subordinado a la adopción de una resolución judicial»
Normativa comunitaria	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 su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.
Normativa española	E.T.

Fecha Auto	J.Social Algeciras.18-9-06
Fecha TJUE	STJUE de 21-2-2008. C-498/06. ECLI:EU:C:2008:109. Caso Robledillo Nuñez.
Fecha Sentencia nacional	8-4-2008
Resumen del propio TJUE	- Indemnización por despido improcedente pactada en un procedimiento de conciliación extrajudicial - Pago asegurado por la institución de garantía - Pago supeditado a la adopción de una resolución judicial - Principios de igualdad y de no discriminación»
Normativa comunitaria	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 su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.
Normativa española	Art. 33.2 E.T.

Fecha Auto	SSTSJ Castilla León. 28-1-05
Fecha TJUE	STJUE de 7-9-2006. C-81/05. ECLI:EU:C:2006:529 Caso Cordero Alonso.
Fecha Sentencia nacional	2-10-2006
Resumen del propio TJUE	- Indemnización por despido acordada en acto de conciliación - Pago asegurado por la institución de garantía - Pago subordinado a la adopción de una resolución judicial»
Normativa comunitaria	Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en Caso de insolvencia del empresario, en versión original, como modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Carta de Derechos Fundamentales de Niza (artículo 20)
Normativa española	CE. Derecho igualdad ante la ley. E.T.

Fecha Auto	12 de mayo de 2019. TSJ C.Valenciana
Fecha TJUE	STJUE 28-6-18. C-57/17. ECLI:EU:C:2018:512 Caso Soraya Checa
Fecha Sentencia nacional	5 de octubre de 2018
Resumen del propio TJUE	Procedimiento prejudicial — Política social — Protección de los trabajadores asalariados en Caso de insolvencia del empresario. — Pago asumido por la institución de garantía. — Indemnizaciones debidas al término de la relación laboral — Traslado del lugar de trabajo que exige un cambio de residencia del trabajador. — Modificación de un elemento esencial del contrato de trabajo. — Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. — Principio de igualdad y no discriminación.
Normativa comunitaria	Directiva 2008/94/CE.
Normativa española	E.T

Fecha Auto	
Fecha TJUE	STJUE 23-3-14. C-265/13. Caso Torralbo Marcos
Fecha Sentencia nacional	
Resumen del propio TJUE	
Normativa comunitaria	
Normativa española	

Fecha Auto	TSJ Cataluña.
Fecha TJUE	STJUE 16-12-1993 C-334/92. ECLI:EU: Caso Wagner Miret.
Fecha Sentencia nacional	16-2-1995
Resumen del propio TJUE	Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario — Obligación, a cargo de los Estados miembros, de crear una misma institución de garantía para todas las categorías de trabajadores — Inexistencia — Legiskción nacional que no permite proporcionar al personal de alta dirección L- garantía prevista por L- Directiva — Derecho de los interesados a obtener del Estado miembro de que se trate U indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de L- Directiva En caso de que el Derecho nacional, incluso interpretado a la luz de dicha Directiva, no permitiera asegurar al personal de alta dirección el disfrute de las garantías que la misma prevé, este personal tiene derecho a solicitar al Estado miembro de que se trate la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la Directiva por lo que respecta a dicho personal.
Normativa comunitaria	— Directiva 80/987/CEE, , en su versión modificada por la Directiva 87/164
Normativa española	-E.T.

2. TRASPASO

Fecha Auto	J.Social 16 Barcelona 1-9-95
Fecha TJUE	STJUE 17-4-97 C-336/95 ECLI:EU: Caso Burdalo Treejo y otros.
Fecha Sentencia nacional	
Resumen del propio TJUE	- Transmisión de empresas - Mantenimiento de los derechos de los trabajadores - Directiva 77/187/CEE , del Consejo, de 14 de febrero de 1977. - Aplicación en el tiempo - Transmisión de empresa anterior a la fecha en que la Directiva empezó a producir efectos jurídicos en el Estado miembro afectado — Exclusión . Las disposiciones de la Directiva 77/187, 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, 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.
Normativa comunitaria	-Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, 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. Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario
Normativa española	-E.T. -RD 505/1985, de 6 de marzo.

Fecha Auto	22-2-1996. TSJ C.Murcia.
Fecha TJUE	STJUE de 10-12-98. C-127/96; C-229/96 y C-74/97. ECLI:EU:C:1998:594 Caso Hernández Vidal y otros.
Fecha Sentencia nacional	13de enero de 1999.
Resumen del propio TJUE	Esta en el anterior.
Normativa comunitaria	Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977 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
Normativa española	E.T.

Fecha Auto	25-4-96
Fecha TJUE	STJUE de 10-12-1998 C-173/96 y C-247/96. ECLI:EU:C:1998:595 Casos Sanchez Hidalgo y Cooperativa Minerva.
Fecha Sentencia nacional	Sala Social TSJ Castilla la Mancha 30-1-1999 y Tribunal Alemán.
Resumen del propio TJUE	«Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en Caso de transmisión de empresas»
Normativa comunitaria	idem
Normativa española	Art. 44 E.T.

Fecha Auto	20-10-09. Sala Social TSJ de Castilla y La Mancha
Fecha TJUE	STJUE de 20-1-2011. C-463/09. ECLI:EU:C:2011:24. Caso CLECE, S.A. y Ayuntamiento de Cobisa.
Fecha Sentencia nacional	8-3-2011
Resumen del propio TJUE	-Transmisión de empresas -Mantenimiento de los derechos de los trabajadores -Concepto de "transmisión" - Actividad de limpieza -Actividad realizada directamente por un ayuntamiento que contrata nuevo personal»
Normativa comunitaria	La Directiva 2001/23 codifica la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, 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, en su versión modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998.
Normativa española	Estatuto de los Trabajadores. C.Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Toledo:

Fecha Auto	12 de mayo de 2016. TSJ Castilla León.
Fecha TJUE	STJUE de 7-8-18 C-472/16. ECLI:EU:C:2018:646, Caso Colino Siguenza.
Fecha Sentencia nacional	19-11-18
Resumen del propio TJUE	Transmisiones de empresas —Mantenimiento de los derechos de los trabajadores —Contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música —Cesación de la actividad del primer adjudicatario antes de finalizar el curso académico y designación de un nuevo adjudicatario al comenzar el nuevo curso académico — Artículo 4, apartado 1 —Prohibición de despidos motivados por una transmisión —Excepción —Despidos efectuados por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo
Normativa comunitaria	Directiva 2001/23/CE que habría actualizado la Directiva77/187/CEE del Consejo. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Normativa española	E.T.

Fecha Auto	26-3-09. J.S. Algeciras.
Fecha TJUE	STJUE de 29-7-2010 C-151/09. ECLI:EU:C:2010:452 Caso UGT y Ayuntamiento de la Línea de la concepción.
Fecha Sentencia nacional	18-9-2010
Resumen del propio TJUE	-Mantenimiento de los derechos de los trabajadores -Representantes de los trabajadores -Autonomía de la entidad transmitida»
Normativa comunitaria	Directiva 2001/23, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en Caso de [transmisión] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.
Normativa española	E.T.Art. 44

Fecha Auto	9-9-14
Fecha TJUE	STJUE de 26-11-2015. C-509/14. Caso ADIF.
Fecha Sentencia nacional	Sala Social TSJ del País Vasco, 22-12-2015
Resumen del propio TJUE	—Transmisiones de empresas —Mantenimiento de los derechos de los trabajadores —Obligación del cesionario de hacerse cargo de los trabajadores —Empresa pública titular de un servicio público —Prestación del servicio por otra empresa en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos —Decisión de no prorrogar ese contrato a su vencimiento —Mantenimiento de la identidad de la entidad económica —Actividad que se basa esencialmente en el equipamiento —Decisión de no hacerse cargo del personal»
Normativa comunitaria	La Directiva 2001/23 constituye la codificación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, 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 centros de actividad.
Normativa española	Art. 44 E.T. versión Ley 12/2001.

Fecha Auto	30-12-16 TSJ Castilla León.
Fecha TJUE	STJUE de 11 de Julio 2018 C-60/17 ECLI:EU:C:2018:559. Caso Angel Somoza.
Fecha Sentencia nacional	26-7-18
Resumen del propio TJUE	Transmisión de empresa — Artículo 3, apartado 1 — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores —Subrogación en los contratos de trabajo por imperativo de lo pactado en un convenio colectivo —Convenio colectivo que excluye la obligación de que el cedente y el cesionario de la empresa respondan solidariamente de las obligaciones, incluidas las salariales, derivadas de los contratos de trabajo antes de la transmisión de dicha empresa
Normativa comunitaria	Idem.
Normativa española	E.T. Convenio colectivo sectorial empresas de seguridad.

XIV. EXTINCIÓN CONTRACTUAL

1. Despido colectivo

Fecha Auto	9-7-13. JS 33 Barcelona
Fecha TJUE	STJUE de 13-5-15. C-392/13. ECLI:EU:C:2015:318 Caso Rabal Cabañas.
Fecha Sentencia nacional	De instancia 10-6-15. De suplicación 22-2-16.
Resumen del propio TJUE	Concepto de “centro de trabajo” — Método de cálculo del número de trabajadores despedidos
Normativa comunitaria	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.
Normativa española	E.T.

Fecha Auto	8-7-14 JS nº 2 de Terrassa 2.
Fecha TJUE	STJUE 15-10-15 C-352/14 y C-353-14. Caso Bankia.
Fecha Sentencia nacional	26-10-2015
Resumen del propio TJUE	—Crisis financiera —Ayudas al sector financiero —Compatibilidad de una ayuda con el mercado interior —Decisión de la Comisión —Entidad financiera sometida a un proceso de reestructuración —Despido de un trabajador —Normativa nacional relativa al importe de la indemnización en Caso de despido»
Normativa comunitaria	- TFUE. - El Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [108 TFUE] (DO L 83, p. 1): artículo 7, apartados 1 a 5, art. 25,
Normativa española	Arts. 51, 52, 53, 56, Disposición transitoria quinta (ley 3/2012) E.T.

Fecha Auto	1-9-14 J.S. 33 Barcelona..
Fecha TJUE	STJUE de 11-11-2015 C-422/14 ECLI:EU:C:2015:743. Caso Pujante Rivera
Fecha Sentencia nacional	23-11-2015
Resumen del propio TJUE	—Concepto de “trabajadores habitualmente empleados” en el centro de trabajo de que se trate —Conceptos de “despido” y de “extinciones del contrato de trabajo asimiladas al despido” —Método de cálculo del número de trabajadores despedidos
Normativa comunitaria	Directiva 1998/59/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.
Normativa española	E.T.

Fecha Auto	25-3-19 J.S. 3 Barcelona
Fecha TJUE	STJUE de 11-11-20. C-300/19 ECLI:EU:C:2020:898. Caso Marclean.
Fecha Sentencia nacional	21-12-20
Resumen del propio TJUE	—Despidos colectivos —Concepto de “despido colectivo” —Métodos de cálculo del número de despidos —Período de referencia que debe tomarse en consideración
Normativa comunitaria	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
Normativa española	E.T.

2. Maternidad y despido

Fecha Auto	10-11-99 JS único de Algeciras 10-11-99
Fecha TJUE	STJUE de 4-10-2001 C-438/99 ECLI:EU:C:2001:509 Caso Jiménez Melgar.
Fecha Sentencia nacional	28-1-2002
Resumen del propio TJUE	«Protección de las mujeres embarazadas -Efecto directo y alcance - Despido -Contrato de trabajo de duración determinada»
Normativa comunitaria	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 (décima Directiva específica a tenor art. 16 Directiva 89/391/CEE). Directiva 76/207/CEE 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.
Normativa española	C.E. E.T.

Fecha Auto	20-1-16. Sala Social TSJ Cataluña.
Fecha TJUE	STJUE de 22-2-2018 C-103/16. EU:C:2019:99. Caso JESSICA PORRAS GUIADO-BANKIA
Fecha Sentencia nacional	26-4-2018
Resumen del propio TJUE	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 —Prohibición de despido de una trabajadora durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad —Ámbito de aplicación —Casos excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora afectada —Despidos colectivos —Motivos no inherentes a la persona de los trabajadores —Trabajadora embarazada despedida en el marco de un despido colectivo —Motivación del despido —Prioridad de permanencia de la trabajadora en la empresa —Prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo»
Normativa comunitaria	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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). 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. .
Normativa española	La Ley 39/99 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida personal, laboral y familiar reforma los arts. 53.4 y 55.5 Estatuto de los Trabajadores (ET). E.T. RD 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo. Artículo 13 Prioridad de permanencia en la empresa Art. 14 Notificación de los despidos.

Fecha Auto	3-6-16. Sala Social TSJ Cataluña. 3-6-16
Fecha TJUE	AUTO de 12-4-18. C-432/16. ECLI:EU:C:2018:277. Caso Minayo Luque
Fecha Sentencia nacional	1-6-2018
Resumen del propio TJUE	Archivo
Normativa comunitaria	Directiva Marco de prevención de riesgos 89/391. Directiva 92/85 de aplicación de medidas para promover la mejor seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.
Normativa española	Despido/embarazo Ley 39/99 de 5 de noviembre de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. -E.T.

XV. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

Además de la que se refiere en el cuadro siguiente, se hace expresa remisión a los aportados de riesgo durante embarazo, riesgo durante lactancia. Maternidad.

Fecha Auto	21-4-2010. TSJ Castilla León.
Fecha TJUE	STJUE 19-5-11. C-256/10 y 261/10. ECLI:EU:C:2011:326. Caso BarcenillaFernandez.
Fecha Sentencia nacional	27-7-11
Resumen del propio TJUE	Valores de exposición - Ruido - Protección auditiva - Efecto útil.
Normativa comunitaria	Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 6 de febrero de 2003 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) (decimoseptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/ 391/CEE).
Normativa española.	Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido.

XVI. ASPECTOS PROCESALES

Fecha Auto	1-6-93. TSJ P.Vasco.
Fecha TJUE	STJUE 15-6-95. C-422/93; C-423/93 y c/424/93. ECLI:EU:C:2016:447 Caso Zabala Erasun
Fecha Sentencia nacional	28-6-95
Resumen del propio TJUE	Requisitos para que el órgano jurisdiccional de remisión pueda mantener las cuestiones planteadas - Alcance de la competencia del Tribunal de Justicia.
Normativa comunitaria	- <u>REGLAMENTO 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971</u> , relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, codificada por Reglamento (CEE) 2001/83). artículos 4 (apartado 1/g y 2). -Comunicación de Reino de España de 22 abril 1987.
Normativa española.	Ley protección desempleo 31/1984.

Fecha Auto	3-5-13. J.S. Terrasa.
Fecha TJUE	STJUE de 27-3-14. C-265/13. ECLI:EU:C:2014:187 Caso Torralbo Marcos.
Fecha Sentencia nacional	11-4-14
Resumen del propio TJUE	- Derecho a la tutela judicial efectiva - Tasas judiciales en Caso de interposición de un recurso de apelación en el ámbito de la legislación social -Aplicación del Derecho de la Unión - Inexistencia - Ambito de aplicación del Derecho de la Unión -Incompetencia del Tribunal de Justicia»
Normativa comunitaria	Tratado Constitutivo de 25 marzo 1957. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Directivas 89/48 del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (derogada por Directiva 2005/36/CE) Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE (derogada por la Directiva 2005/36/CE el 20 de octubre de 2007).
Normativa española.	Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica Gratuita. Ley 10/2012, de 20 de Noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses

Fecha Auto	2-5-16. JS.2 Terrasa.
Fecha TJUE	ATJUE 24-3-17. C-269/16 ECLI:EU:C:2017:263. Caso Barba Jiménez I.
Fecha Sentencia nacional	ATJUE 24-3-17.
Resumen del propio TJUE	Petición de decisión prejudicial planteada por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Social nº2 de Terrassa Archivo
Normativa comunitaria	TFUE.
Normativa española.	LOPJ. Ley 1/1996, reguladora de la asistencia jurídica gratuita

Fecha Auto	27-6-17 JS. 2. Terrasa
Fecha TJUE	TJUE 25-10-18 C-426/17. Caso Barba Jiménez II.
Fecha Sentencia nacional	ATJUE 25-10-18
Resumen del propio TJUE	— Beneficiario de la justicia gratuita — Remuneración de los abogados designados de oficio — Fijación de las tarifas por el colegio de abogados — Falta de información previa sobre las tarifas de la abogada a su cliente — Reclamación de honorarios — Control de la existencia de cláusulas abusivas y de prácticas desleales — Litigio principal — Sometimiento del asunto a un órgano competente — Asunto no sometido al órgano jurisdiccional remitente — Respuestas a las cuestiones prejudiciales — Utilidad — Inexistencia — Inadmisibilidad manifiesta
Normativa comunitaria	
Normativa española.	

Fecha Auto	J.Social 30 Barcelona 14-4-16
Fecha TJUE	STJUE (Sala Cuarta) de 14 de diciembre de 2017. C-243/6. ECLI:EU:C:2017:969. Caso Antonio Miravittles.
Fecha Sentencia nacional	14 de mayo de 2018
Resumen del propio TJUE	«Procedimiento prejudicial — Derecho de sociedades — Cobro de créditos laborales — Derecho a ejercitar, ante el mismo órgano jurisdiccional, una acción contra la sociedad y contra su administrador, en cuanto responsable solidario de las deudas de la sociedad»
Normativa comunitaria	— Derecho de sociedades — Directiva 2009/101/CE — Artículos 2 y 6 a 8 — Directiva 2012/30/UE — Artículos 19 y 36 — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículos 20, 21 y 51 — Cobro de créditos laborales — Derecho a ejercitar, ante el mismo órgano jurisdiccional, una acción contra la sociedad y contra su administrador, en cuanto responsable solidario de las deudas de la sociedad»
Normativa española.	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

XVII. OTRAS CUESTIONES

1. Libre circulación

Fecha Auto	J.Social 4 Madrid. 30-5-97
Fecha TJUE	STJUE de 8 Julio 1999 C-234/97 ECLI:EU:C:1999:36725-2-99. Caso Museo del Prado.
Fecha Sentencia nacional	17-11-99
Resumen del propio TJUE	«Reconocimiento de títulos - Restaurador de bienes culturales -Concepto de “profesión regulada”»
Normativa comunitaria	Tratado Constitutivo de 25 marzo 1957. Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Directivas 89/48 del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (derogada por Directiva 2005/36/CE). Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE (derogada por la Directiva 2005/36/CE el 20 de octubre de 2007.
Normativa española.	Convenio colectivo de empresa.

2. Muerte empresario persona física

Fecha Auto	TSJS Madrid 14-7-2008
Fecha TJUE	STJUE 10 diciembre 2009 C-323/08 Caso Rodríguez Mayor
Fecha Sentencia nacional	10/12/2009
Resumen del propio TJUE	Extinción del contrato de trabajo por muerte del empresario
Normativa comunitaria	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
Normativa española.	E. Trabajadores.