

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

JOSE MARÍA MIRANDA BOTO*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. 1.1. Ciudadanía de la Unión. 1.2. Prohibición de discriminación. 1.3. Reconocimiento de títulos. 1.4. Otros aspectos del Mercado interior - articulación de sistemas judiciales.—2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO.—3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA COMUNIDAD. 3.1. Prestaciones familiares. 3.2. Jubilación. 3.3. Protección social de entidades infraestatales. 3.4. Cotización multinacional.—4. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN. 4.1. Protección de la maternidad. 4.2. Igualdad entre hombres y mujeres. 4.3. Discriminación por motivos de orientación sexual.—5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO. 5.1. Trabajo a tiempo parcial. 5.2. Trabajo de duración determinada. 5.3. Garantía en caso de insolvencia empresarial. 5.4. Seguridad y salud.

INTRODUCCIÓN¹

La presente reseña se ocupa de la actividad del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entre enero y junio de 2008. Este periodo ha venido marcado por una *recuperación* cuantitativa de las sentencias sobre Seguridad Social, pero más especialmente por la tercera sentencia de la

trilogía oscura del Tribunal, la sentencia *Rüffert. Laval y Viking* se han visto acompañadas por un tercer pronunciamiento que resuelve el choque entre las libertades económicas y los derechos laborales de forma cuando menos controvertida.

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

Considerada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como un fundamento de la Comunidad², «la libre circulación de personas

* Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Dado que esta reseña se refiere a la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se mantiene la terminología pertinente en ese momento y no la que debe ser empleada a partir del 1 de diciembre de 2009.

² STJCE de 09 de diciembre de 1965, *Singer*, asunto 44/65.



es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario e incluye el derecho a vivir y trabajar en otro Estado miembro (...), es un medio para la creación de un mercado de trabajo europeo y para el establecimiento de un mercado laboral más flexible y eficiente, en beneficio de los trabajadores, los empresarios y los Estados miembros». En estas palabras de la Comisión³ queda sintetizado casi íntegramente el contenido de esta libertad, con su vertiente personal y su vertiente económica, sus aspectos individuales y sus aspectos generales, que casi cincuenta años después de su pleno funcionamiento siguen siendo polémicos en sede judicial.

1.1. Ciudadanía de la Unión

La ciudadanía de la Unión se configura como el reconocimiento de ciertos derechos civiles y políticos. Como ya se señaló en una reseña anterior, la jurisprudencia ha recalado en varias ocasiones que el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto⁴.

Dos sentencias en este periodo han ahondado en esta trascendental cuestión. La primera en el tiempo es la sentencia de 22 de mayo de 2008, *Nerkowska*⁵. En ella se estudió

el caso de una nacional polaca cuyos padres fallecieron en Siberia durante la dictadura comunista, siendo ella misma deportada en su infancia e internada en un campo de concentración que le dejó secuelas físicas permanentes. Residiendo años después en Alemania, solicitó beneficiarse de una prestación polaca, posterior evidentemente a la caída del Muro, que buscaba compensar a personas que hubieran sufrido este tipo de penurias. Le fue denegada, esgrimiendo que no residía en Polonia.

En esta sentencia merece ponerse de manifiesto, desde el punto de vista del origen de la cuestión prejudicial, la habilidad con que se esquivó la invocación del Reglamento (CEE) n° 1408/71. Éste establece en su artículo 4.4 que no es aplicable «a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de la guerra o de sus consecuencias», descripción en la que encaja a la perfección la prestación estudiada. Nada se habría conseguido invocando, pues, la norma comunitaria central en materia de Seguridad Social. De ahí que la cuestión prejudicial se planteara sobre la base del principio de libre circulación recogido en el artículo 18 TCE para todo ciudadano de la Unión.

Retomando los razonamientos recogidos en varias sentencias anteriores⁶, el Tribunal afirmó la aplicabilidad del precepto a la situación considerada. Sobre esta base elaboró una argumentación similar a la empleada en casos precedentes, recalando que una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 18 TCE reconoce a todo ciudadano de la Unión. La única excepción admitida, como

³ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN «La libre circulación de trabajadores: La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades», COM (2002) 694 final de 11.12.2002.

⁴ En especial a partir de la sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, asunto C-184/99.

⁵ Sentencia de 22 de mayo de 2008, *Halina Nerkowska y Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, asunto C-499/06.

⁶ Entre otras, sentencia de 26 de octubre de 2006, *Tas-Hagen y Tas*, asunto C-192/05; de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, C-209/03; y de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03.



de costumbre, se derivaría de la existencia de razones objetivas de interés general que cumplieran un requisito de proporcionalidad.

El Tribunal examinó el requisito de residencia y afirmó, a propósito de la primera exigencia, que «tanto la voluntad de garantizar la existencia de un vínculo entre la sociedad del Estado miembro interesado y el beneficiario de una prestación como la necesidad de comprobar que éste sigue reuniendo los requisitos para la concesión de tal prestación» podían entenderse como consideraciones objetivas de interés general. Sin embargo, el segundo requisito no superó el examen del Tribunal, que lo consideró excesivo. Otros mecanismos podrían cumplir la misma función que la residencia sin resultar excluyentes y desproporcionados. La sentencia declaró, por ello, que la legislación polaca no era conforme al Derecho comunitario⁷.

Muy próxima en el tiempo fue la sentencia de 5 de junio de 2008, *Wood*⁸, si bien su discurso es completamente diferente. Es simbólico el hecho de que la base de datos del Tribunal de Justicia haya clasificado esta sentencia en el epígrafe «Principios de Derecho comunitario» y ciertamente criticable la pésima narración de los hechos y circunstancias enjuiciados, que aparecen de forma fragmentada y confusa. Reconstruyéndolos, la sentencia se ocupa de la situación de un ciudadano británico residente en Francia cuya hija falleció en un accidente de tráfico en Australia. Tal hecho otorga a sus causahabientes el derecho a una indemnización por parte de Francia, que fue concedida a los que tenían nacionalidad francesa y denegada al británico Mr. Wood.

⁷ Extensamente comentada en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «La radical evolución de la jurisprudencia comunitaria sobre exportación de prestaciones no contributivas», *Noticias de la Unión Europea*, 300, 2010.

⁸ Sentencia de 5 de junio de 2008, *James Wood y Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions*, asunto C-164/07.

Tan tosca discriminación por razón de nacionalidad fue reconocida por el Gobierno francés en el transcurso del juicio y condenada por el Tribunal de Justicia sin excesivos razonamientos. Merece la pena señalar, eso sí, la ligereza con la que el Tribunal pasa por encima de la justificación jurídica del derecho. En la cuestión planteada, el precepto invocado es el artículo 12 TCE, la prohibición de discriminación vinculada a la ciudadanía de la Unión. En su razonamiento, el Tribunal menciona tanto el artículo 39 TCE, para la libre circulación de trabajadores, como el 43 TCE, para la libertad de establecimiento, pero lo hace de forma general. En todo el desarrollo de la sentencia no hay mención expresa a la conexión entre el status del Sr. Wood y el derecho que le ampara: en tanto que «padre discriminado», no habría otra opción que el artículo 12 TCE, del que el Tribunal hace caso omiso.

1.2. Prohibición de discriminación

Como se sabe, el núcleo central de la libre circulación es la no discriminación en el acceso al empleo por motivos de nacionalidad y la igualdad de trato en las condiciones de trabajo respecto de los trabajadores nacionales del Estado miembro de que se trate. El Tribunal ha declarado que este principio es directamente aplicable y vincula tanto a la Administración de los Estados miembros como a los particulares, pudiendo exigirse ante los tribunales nacionales.

En este marco, la sentencia de 15 de mayo de 2008, *Delay*⁹, no se ocupó de un tema original en absoluto, sino que volvió sobre los problemas de integración en el ordenamiento laboral italiano de los lectores de lengua extranjera, que ya habían sido objeto de

⁹ Sentencia de 15 de mayo de 2008, *Nancy Delay y Università degli studi di Firenze, Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, República italiana, asunto C-276/07.



abundante sentencias anteriores¹⁰. Concretamente, se trataba de la adquisición de derechos principalmente de antigüedad a raíz de la transformación en trabajadora indefinida de la demandante en el litigio original: a diferencia de lo que hubiera sucedido con un trabajador italiano, a la Sra. Delay, de nacionalidad belga, le habían sido denegados.

El *quid* de la cuestión, por lo tanto, era determinar si existía o no una discriminación por razón de nacionalidad. Sin embargo, el Tribunal no entró a aclarar dicho dilema para el caso concreto. Formuló una solución de carácter general, prohibiendo la existencia de una discriminación como la descrita para cualquier trabajador, pero remitió al órgano nacional la tarea de comprobar si la coincidencia de circunstancias entre la demandante y el trabajador nacional comparable era exacta. De ser así, no cabría perjuicio alguno para la Sra. Delay.

Otro tema que reaparece en la jurisprudencia de este semestre es el de la reserva de los puestos de capitán de barco y primer oficial a los nacionales y la consiguiente exclusión de los ciudadanos de otros Estados miembros. A raíz de las sentencias *Colegio de oficiales de la Marina mercante española y Anker* de 2003, la Comisión había exigido a Francia que reformara las cláusulas protectoras de su legislación, por estimarlas contrarias al Derecho comunitario, conforme a dichos pronunciamientos. No existiendo diferencia sustancial alguna con las situaciones estudiadas en estos casos, la sentencia *Comisión contra Francia*¹¹, de 11 de marzo de 2008, condenó el incumplimiento francés, exigiendo la remoción de dichas cláusulas de reserva.

¹⁰ Entre otras, sentencia de 30 de mayo de 1989, *Allué y Coonan*, asunto 33/88; de 2 de agosto de 1993, *Allué y otros*, asuntos acumulados C-259/91, C-331/91 y C-332/91; y de 26 de junio de 2001, *Comisión contra Italia*, asunto C-212/99.

¹¹ Sentencia de 11 de marzo de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, asunto C-89/07.

Otro aspecto colateral de la libre circulación estudiado por la jurisprudencia es el derecho de residencia, no ya de los trabajadores, sino de quienes lo han sido y han pasado a una situación de jubilados y económicamente inactivos. Ése fue el objeto de la sentencia *Comisión contra Países Bajos*¹², de 10 de abril de 2008. La Administración holandesa exigía demostrar la disponibilidad de recursos suficientes por periodo de un año, lo cual a juicio de la Comisión era desproporcionado pues no guardaba relación con el periodo de estancia. Tal fue también el entender del Tribunal, que condenó a los Países Bajos, si bien en el tiempo del proceso ya se había modificado la legislación litigiosa en el mismo sentido que exigía la sentencia.

1.3. Reconocimiento de títulos

Concebido inicialmente como un complemento indispensable de la libre circulación de personas, de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento, el sistema comunitario de reconocimiento de cualificaciones se ha consolidado en la actualidad como un elemento más de la Estrategia de Lisboa. Esta categoría pone de manifiesto lo inútil de las clasificaciones rígidas en el ámbito comunitario. Su origen en el marco de las libertades fundamentales le da una evidente dimensión de instrumento del mercado de empleo comunitario¹³ y no puede pasarse por alto su vinculación con la formación pro-

¹² Sentencia de 10 de abril de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos*, asunto C-398/06.

¹³ Y como tal la entiende J. L. GOÑI SEIN, «Organizzazione del mercato del lavoro comunitario», en VV.AA. (A. BAYLOS GRAU et al., eds.), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bolonia, 1996, p. 403: «Un ulteriore elemento funzionale alla strategia comunitaria di istaurazione di un mercato europeo del lavoro, è costituito, come già accennato, dal riconoscimento generalizzato dei titoli di studio e di qualificazione professionale».



fesional, puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia¹⁴.

La sentencia *Van Leuken*¹⁵ de 17 de abril de 2008 estudió el problema de un agente inmobiliario holandés especializado en la venta de inmuebles situados en Bélgica, que como nota pintoresca tenía su oficina en una antigua aduana entre ambos países, claro testimonio de la eficacia del Mercado interior derribando fronteras. Ésta, sin embargo, no es absoluta. Si bien las barreras físicas habían sido eliminadas, subsistían determinados obstáculos legales: a requerimiento de dos organizaciones de defensa de intereses de agentes inmobiliarios belgas, fue multado y obligado a cesar en su actividad.

Para superar tales trabas y poder ejercer en Bélgica, el Sr. Van Leuken debería superar una prueba de especial dificultad en la que pusiera de manifiesto su conocimiento del Derecho inmobiliario belga. Tal exigencia se identificaba, según la Administración belga, con las medidas compensatorias contempladas en el artículo 4 de la Directiva 89/48/CEE, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. El punto fundamental de la sentencia se centró en la falta de proporcionalidad de esta medida, dado que, por un lado, se permitía el acceso a la profesión a través de títulos con

insuficiente formación jurídica, y por otro se exigía a los prestadores de servicios situados fuera de Bélgica que se sometiesen a dicha prueba. Por ese motivo, el Tribunal amparó la petición del Sr. Van Leuken.

En lo referente a recursos por incumplimiento en este campo de la legislación comunitaria, la sentencia *Comisión contra España*¹⁶ de 8 de mayo de 2008 condenó a nuestro país por la falta de transposición de la Directiva 89/48/CEE en lo relativo a la profesión de farmacéutico hospitalario. La defensa del Gobierno español se basaba en la existencia de las Directivas 85/432/CEE y 85/433/CEE, específicas sobre la profesión de farmacéutico, que si bien no regulaban la figura concreta, sí permitían suponer que ésta debería estar regulada por una norma propia, y su inexistencia no volvía aplicable el marco general de la Directiva 89/48/CEE. La opinión de la Comisión era exactamente la contraria.

Para resolver el enfrentamiento, el Tribunal señaló que el reconocimiento de títulos reconocido en el Tratado de la Comunidad está directamente vinculado con las libertades fundamentales y que por lo tanto goza de un valor que ha de ser especialmente protegido. Con este argumento, el Tribunal interpretó restrictivamente la excepción del artículo 47.3 TCE para las profesiones médicas y farmacéuticas, afirmando que su objetivo «no es limitar el alcance del derecho al reconocimiento de los títulos, sino evitar la aplicación de un sistema de reconocimiento automático de los títulos de acceso a las profesiones sanitarias cuando no existe coordinación de las disposiciones que regulan el ejercicio de estas profesiones». Consecuencia de ello, el Tribunal declaró la inclusión de la profesión de farmacéutico hospitalario en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/48/CEE y el incumplimiento español.

¹⁴ STJCE de 30 de mayo de 1989, *Comisión contra Consejo*, asunto 242/87: «El artículo 57 es claramente pertinente para delimitar el alcance del artículo 128. En efecto, el artículo 57 prevé específicamente la adopción de Directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, y para la coordinación de las disposiciones nacionales relativas al acceso y el ejercicio de las actividades no asalariadas. De ello se deduce que este tipo de medidas, aunque se refieran al ámbito de la formación profesional, no están comprendidas en el artículo 128».

¹⁵ Sentencia de 17 de abril de 2008, *Confederatie van Immobiliën-Beroepen van België VZW, Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars y Willem Van Leuken*, asunto C-197/06.

¹⁶ Sentencia de 8 de mayo de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, asunto C-39/07.



1.4. Otros aspectos del Mercado interior – articulación de sistemas judiciales

El paulatino proceso de integración comunitaria también ha afectado al Derecho internacional privado, en su dimensión material y conflictual. Desde la perspectiva social interesa especialmente esta última perspectiva. El panorama comunitario se caracteriza por una singular evolución desde un plano paralelo a las Comunidades, en un momento inicial, a la plena inserción en éstas, en la actualidad. Es natural que la Comunidad Europea se haya interesado por esta materia. El impacto de la libre circulación de trabajadores o de las otras libertades fundamentales¹⁷ se ha hecho sentir por fuerza en el ámbito de la determinación de la ley aplicable o del foro competente. De ahí la aparición de esta normativa¹⁸, cuyas bases jurídicas específicas han sido situadas en un Título dedicado, precisamente, a «otras políticas relativas a la libre circulación de personas».

La sentencia de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline*

¹⁷ Sobre todo de estas últimas, sostiene J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Libre circulación de trabajadores y conflicto de competencia ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Actualidad Laboral*, III, 1999, p.787: «En términos de Derecho comunitario europeo, los problemas de internacionalización provienen, más bien, de la libertad de establecimiento y de la libertad de prestación de servicios que de la libertad de circulación de trabajadores. Si un trabajador español emigra a Francia para trabajar allí para una empresa francesa, normalmente no habrá problemas de internacionalización: se aplicará la ley francesa y serán competentes los tribunales franceses. Pero si una empresa desplaza a sus trabajadores españoles para prestar servicios en Francia o para trabajar en una sucursal de la empresa española en Francia o, simplemente, si una empresa española contrata a un trabajador francés para trabajar para ella en Francia, es más fácil que surjan problemas de internacionalización».

¹⁸ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Criterios para la determinación del foro y de las normas aplicables», en VV.AA. (J. GARCÍA MURCIA, dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005, p. 711.

*ne*¹⁹, analizó las reglas de competencia judicial en materia de contrato de trabajo recogidas en el Reglamento (CE) n° 44/2001. Como es sabido, éste contiene en la sección 5 de su Título II normas específicas para estos litigios, diseñando una protección especial para los trabajadores. En el caso considerado por esta sentencia, un trabajador despedido pretendía demandar a sus antiguos empleadores en términos favorables para él invocando disposiciones de carácter general recogidas en el artículo 6 del Reglamento, situado en la sección 2 del mismo Título. De aplicarse éste, podría demandar ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieran vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.

El punto de partida del razonamiento del Tribunal fue el carácter exhaustivo que tiene la sección 5 del Título II: «resulta del artículo 18, apartado 1, del Reglamento, por una parte, que todo litigio que tenga por objeto un contrato individual de trabajo debe ser planteado ante un tribunal designado conforme a las reglas de competencia previstas en la sección 5 del capítulo II del mismo Reglamento y, por otra parte, que esas reglas de competencia sólo pueden ser modificadas o completadas por otras reglas de competencia enunciadas en el propio Reglamento en caso de que se haga una remisión expresa a éstas en la misma sección 5».

En una primera interpretación literal, el artículo 6, fuera de dicha sección, carece de relevancia en los litigios laborales y no puede ser invocado. El Tribunal puso de manifiesto, no obstante, que recurriendo a una interpretación teleológica algunos Estados veían posi-

¹⁹ Sentencia de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline y Jean-Pierre Rouard*, asunto C-462/06.



ble que un trabajador pudiera invocar dicho artículo. El Tribunal, sin embargo, consideró que dar tal derecho al trabajador implicaría concedérselo al empresario así mismo, desmontando de esa manera los foros privilegiados que diseña el Reglamento (CE) n° 44/2001. La concesión únicamente al primero, propuesta por los Estados, supondría a juicio del Tribunal romper el equilibrio de intereses con el cual fue elaborada por la norma. La seguridad jurídica, pues, fue considerada por el Tribunal como un valor superior a la intención protectora reflejada en algunas partes del Reglamento.

2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Nuevamente los choques entre la libre prestación de servicios y el Derecho del Trabajo ocupan la *primera plana* de la actividad judicial comunitaria. Como ya se adelantó, *Rüffert* ha supuesto un episodio más del acerbo choque entre ambos sectores del ordenamiento comunitario, que nuevamente se ha saldado con la victoria de la primera.

En efecto, la sentencia de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, analizó si constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios el hecho de obligar legalmente a una entidad adjudicadora a designar como adjudicatario de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que al licitar se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios correspondientes, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que deben prestarse tales servicios. La cuestión se planteó al comprobar una administración alemana que su adjudicataria estaba pagando salarios inferiores a lo debido a los trabajadores polacos que tenía a su servicio en el marco de una prestación transnacional de servicios. Esta situación condujo a la resolución del contrato, sancionándose así mismo a la empresa por

dicho incumplimiento. Ésta se defendió en sede judicial argumentando que la exigencia controvertida era contraria a la libre prestación de servicios amparada por el Tratado de la Comunidad.

Tal fue la conclusión a la que llegó también el Tribunal, señalando el conflicto con la Directiva 96/71/CE: la exigencia legal es una restricción, al imponer cargas económicas adicionales a los prestadores de servicios localizados en otros países, a los que se disuade de competir transnacionalmente. En su línea tradicional, el Tribunal señaló que las justificaciones invocadas por el Gobierno alemán, garantizar la protección de la organización autónoma de la vida profesional mediante sindicatos y asegurar la estabilidad financiera de los regímenes de Seguridad Social, carecían de la envergadura y la conexión necesaria con las medidas. El argumento adicional del Tribunal se centró en la falta de eficacia general del convenio aplicable, puesto que tal es la condición exigida por la Directiva.

No es éste el marco apropiado para abordar un examen detallado de esta sentencia. Permítase por ello al cronista remitir a uno de sus más agudos analistas para sopesarla: «En otras palabras, (...) el efecto de *dumping* social es una posible consecuencia de la libertad de prestación de servicios; y que para evitarlo está la Directiva, que es en sí misma una restricción de dicha libertad justificada por razones de interés social. Esta Directiva fija el equilibrio entre la protección de los trabajadores y la libertad de los empresarios; por lo tanto, ir más allá de lo que ésta establece supone una restricción excesiva de la libertad comunitaria, ilegítima por ello. La Directiva es el máximo, no un mínimo como son por lo general las normas laborales comunitarias. Esta sentencia no ha sido bien recibida ni por las organizaciones sindicales ni por la academia laboral, que han planteado serias críticas a su doctrina desde varios puntos de vista. Aunque no resulte tan espectacular en su planteamiento como *Laval* o



Viking, que van a por el núcleo de los derechos laborales fundamentales y seña de identidad del sistema, la huelga y el convenio colectivo, su mensaje es igualmente preocupante. El *dumping* social, la búsqueda de ventajas competitivas mediante el abaratamiento de costes beneficiándose de las libertades comunitarias, es legítimo; forma parte del núcleo del Derecho a la libre circulación para los operadores económicos. Por eso se ha dicho que *Rüffert* constitucionaliza esta modalidad de competencia desleal. Pero es que *Rüffert* rompe también con lo que es una antiquísima tradición de los ordenamientos laborales nacionales, la utilización de la contratación pública como mecanismo para la promoción de los derechos de los trabajadores; esta técnica aparece ya en los mismos orígenes históricos del Derecho del Trabajo, y se ha consagrado a nivel internacional en el Convenio nº 94 de la Organización Internacional del Trabajo. La respuesta a esta condena del TJCE a este tipo de legislaciones nacionales del trabajo no se ha hecho esperar, y así en el Comité de Aplicación de Convenios examinó críticamente la doctrina *Rüffert* durante el encuentro nº 97 de la Organización Internacional del Trabajo, en junio de 2008»²⁰.

Menos revuelo ha causado la sentencia de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, que puede inscribirse con facilidad en los mismos derroteros comentados. Merece la pena señalar lo excepcional de encontrar una sentencia tan detallada y extensa en un recurso por incumplimiento, claro testimonio de la relevancia y de lo discutible que era lo disputado.

La Comisión cuestionó la normativa del Gran Ducado de transposición de la Directiva 96/71/CE, por considerarla excesivamente

restrictiva. A juicio de la Institución comunitaria, la noción de orden público («todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como las que se deriven de convenios colectivos declarados de obligación general o de un laudo arbitral con un ámbito de aplicación similar al de los convenios colectivos de obligación general») rebasaba ampliamente lo dispuesto en la Directiva y las condiciones de trabajo exigidas iban así mismo más allá de lo admitido en la norma comunitaria. La legislación luxemburguesa exigía además determinados deberes formales y documentales a las empresas extranjeras prestadoras de servicios que en opinión de la Comisión constituían severas trabas burocráticas. No es una novedad que el Tribunal de Justicia defiende la interpretación restrictiva de las excepciones a las normas comunitarias. Desde esa óptica, el examen de la cuestión concluyó con la declaración de la falta luxemburguesa, incluyendo además el reconocimiento por parte del Gran Ducado de que su legislación no garantizaba el respeto de los periodos mínimos de descanso.

En primer lugar, el Tribunal señaló que no es posible exigir la documentación escrita que justifique la relación laboral, puesto que tal tarea supone duplicar lo ya cumplido en otro Estado miembro al celebrar el contrato de trabajo. De esta manera se impondría una traba administrativa que podría disuadir a la empresa extranjera de prestar sus servicios en Luxemburgo, arruinando con ello el efecto útil de la Directiva. No existían, pues, razones imperiosas de interés general que justificaran la restricción. Un razonamiento semejante sirvió para terminar con la exigencia luxemburguesa de respeto de la regulación del trabajo a tiempo parcial y de duración determinada.

En segundo lugar, en lo que concernía al aumento automático de las retribuciones en función del coste de la vida, el Tribunal nuevamente consideró que no era una medida suficientemente justificada por Luxemburgo, al no aportar elementos de juicio suficientes

²⁰ Vid. M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Libertades económicas y Derechos sociales en la Unión Europea*, Ponencia en el XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 2009.



que permitieran conectar los objetivos de mantenimiento del poder adquisitivo de los trabajadores y de la paz social con dicho aumento automático.

Resultan especialmente severas, desde la óptica iuslaboralista, las afirmaciones relativas a la negociación colectiva: «nada justifica que las disposiciones referentes a los convenios colectivos de trabajo, es decir, las que regulan su elaboración y su aplicación, puedan subsumirse, *per se* y sin más precisión, en el concepto de orden público (...). Se impone tal afirmación en relación con las propias disposiciones de tales convenios colectivos que tampoco pueden subsumirse en dicho concepto, en su totalidad y por el mero motivo de que emanan de ese tipo de actos».

Muy detallado fue el análisis de las exigencias administrativas, que en la línea habitual del Tribunal suelen ser erradicadas como obstáculos encubiertos. Nuevamente se cumplió esta tendencia, puesto que la sentencia declaró que el deber de comunicar a la Inspección de Trabajo luxemburguesa «antes de que se inicie el trabajo, mediando un simple requerimiento y a la mayor brevedad posible, la información esencial indispensable para la labor inspectora, en el caso de un desplazamiento» contenía demasiadas ambigüedades que podían, una vez más, disuadir a las empresas extranjeras.

En cuanto al deber de conservar en Luxemburgo, en poder de un mandatario *ad hoc* residente en dicho Estado, los documentos necesarios para la labor inspectora de los desplazamientos de trabajadores, el Tribunal señaló que no existían elementos concretos en apoyo de la tesis de que únicamente la conservación de los documentos de que se trata por un mandatario residente en Luxemburgo permitiría que dichas autoridades realizaran la labor inspectora que les incumbe. En todo caso, la designación de un trabajador presente en el lugar de la prestación de servicios con el cometido de poner a disposición de las autoridades nacionales competentes los documen-

tos necesarios para realizar la labor inspectora constituiría una medida menos restrictiva de la libre prestación de servicios y tan eficaz como la obligación controvertida, a juicio de la sentencia.

3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA COMUNIDAD

Tras la curiosa sequía señalada en una crónica anterior, el más feraz campo de la jurisprudencia comunitaria vuelve por sus cauces habituales y proporciona cinco sentencias a esta crónica, que abarcan los más variados aspectos de la protección social.

3.1. Prestaciones familiares

La sentencia de 21 de febrero de 2008, *Klöppel*²¹, estudió el caso de una ciudadana alemana que dio a luz en este país, percibiendo ella y su compañero una prestación para crianza de hijos al suspender sus respectivos trabajos. Al trasladarse a Austria tiempo después por la reincorporación laboral de su pareja, la Administración de la república alpina no le otorgó la prestación de crianza en su duración máxima, dado que ésta sólo se concedía cuando los dos padres hubieran solicitado la prestación, haciendo caso omiso del tiempo de disfrute conjunto en Alemania.

Tan enrevesada situación fue resuelta expeditivamente por el Tribunal. Considerando que si el disfrute conjunto hubiera tenido lugar en Austria y no en Alemania se habría otorgado la prestación extendida, la sentencia no dudó en señalar una discrimina-

²¹ Sentencia de 21 de febrero de 2008, *Malina Klöppel y Tiroler Gebietskrankenkasse*, asunto C-507/06.

²² Cuestión que el Tribunal ya había manejado en la sentencia de 18 de enero de 2007, *Celozzi*, asunto C-332/05.



ción indirecta fundada en la residencia²², prohibida específicamente por el artículo 3 del Reglamento (CEE) n° 1408/71.

Por su parte, la sentencia de 20 de mayo de 2008, *Bosmann*²³, estudió unos hechos también enrevesados: el caso de una nacional belga residente en Alemania que empezó a trabajar en los Países Bajos, dejando con ello de percibir ayudas familiares alemanas por criar en solitario a sus hijos y siéndole denegadas ayudas holandesas de la misma naturaleza, por las diferentes edades contempladas en ambas legislaciones. Complicaba el caso el hecho de que el Tribunal de origen no había indicado, un tanto torpemente, si la Sra. Bosmann tenía la condición de trabajadora fronteriza o no, por no estar claro este punto.

El Tribunal recordó el criterio básico de determinación de legislación aplicable conforme al Reglamento (CEE) n° 1408/71: Estado de trabajo, no de residencia, tanto con carácter general como por las normas específicas sobre prestaciones familiares. Conforme al Derecho comunitario interpretado de forma estricta, la legislación aplicable era la holandesa, que no recogía ayudas como las demandadas. Ahora bien, la respuesta humanitaria del Tribunal fue señalar que el Reglamento no impone, pues, a Alemania el pago de la prestación, pero tampoco se opone a ello al no haber acumulación alguna con los Países Bajos (pues tal es el fin de la norma), recordando que «el artículo 42 CE persigue facilitar la libre circulación de los trabajadores, e implica, en particular, que los trabajadores migrantes no deben perder los derechos a las prestaciones de Seguridad Social ni sufrir una reducción de la cuantía de éstas por haber ejercitado el derecho a la libre circulación que les reconoce el Tratado».

²³ Sentencia de 20 de mayo de 2008, *Brigitte Bosmann y Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Aachen*, asunto C-352/06.

3.2. Jubilación

La sentencia de 3 de abril de 2008, *Chuck*²⁴, estudió el problema de los periodos de cotización inferiores a un año de un trabajador que accede a la jubilación, pero que la solicita desde un Estado no miembro de la Unión. Habiendo cotizado en torno a cuatro años en los Países Bajos y nueve meses en Dinamarca, la Administración holandesa no tuvo en cuenta este último periodo para el cálculo de la prestación que le correspondía, basándose en la no aplicación del artículo 48 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 al no residir el Sr. Chuck en un Estado miembro.

El Tribunal consideró tal decisión errónea. Dado que el Reglamento de aplicación permite solicitar prestaciones desde un Estado no miembro, nada en el ordenamiento comunitario impide la aplicación de las reglas del artículo 48 para el cálculo de la pensión. Naturalmente, Dinamarca no estaría obligada a pagar pensión alguna, al ser un periodo inferior a un año. Y en cuanto a los Países Bajos, obligados por la sentencia a tener en cuenta los meses daneses para efectuar el cálculo, el Reglamento no les obliga a pagar la pensión, puesto que el Sr. Chuck reside fuera de la Comunidad. En estos casos, «las modalidades prácticas con arreglo a las cuales se realiza el pago de una pensión de jubilación quedan sujetas a las disposiciones del Derecho nacional del Estado miembro de la institución deudora de dicha pensión»²⁵.

²⁴ Sentencia de 3 de abril de 2008, *K.D. Chuck y Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, asunto C-331/06.

²⁵ Cfr. D. CARRASCOSA BERMEJO, «Novedades en el cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente en el marco de la norma de coordinación comunitaria: Ley 40/2007 y última jurisprudencia nacional», en VV.AA. (C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, p.57: «Los problemas del cálculo de las pensiones provienen de la oscuridad del propio texto del Capítulo III del Título III del vigente Reglamento CEE/1408/1971, cuyo articula-



3.3. Protección social de entidades infraestatales

Tiene gran interés la sentencia de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté Française*²⁶, por estudiar la configuración de la protección social en Estados compuestos y su incidencia en los ciudadanos comunitarios que se han desplazado. La región belga de Flandes creó en 1999 un seguro de dependencia condicionado inicialmente a la residencia en la zona de habla flamenca o en la región bilingüe de Bruselas, que tras las advertencias de la Comisión se extendió también a quienes trabajasen en el territorio de las regiones mencionadas y residiesen en un Estado miembro que no fuese el Reino de Bélgica, excluyendo de su ámbito de aplicación a quienes residiesen en esas regiones, pero estuviesen sujetos al régimen de Seguridad Social de otro Estado miembro. En el marco de uno de los litigios entre comunidades lingüísticas que sacuden Bélgica²⁷, la disputa entre valones y flamencos llegó al Tribunal de Justicia, al considerar los primeros que la exclusión de quienes trabajasen en Flandes o en Bruselas pero viviesen en Valonia o en la

do fue modificado en profundidad, por última vez, a través del Reglamento CEE/1248/1992. Normativa que asumía mucha de la jurisprudencia del TJCE dictada sobre la coordinación de estas pensiones –mayoritaria entre las más de 400 sentencias del TJCE dictadas sobre los Reglamentos– y pretendió sin éxito simplificar la coordinación de las mismas, pues transcurridos 16 años la litigiosidad que se manifiesta ante el TJCE no ha decrecido. El problema no se reduce a la aplicación en España, ni tampoco se circunscribe a los Estados de nueva incorporación, pues los tribunales de los Estados miembros que en su día formaron la inicial Comunidad Económica Europea siguen teniendo dudas interpretativas, algunas tan sorprendentes como la dictada recientemente sobre el asunto *Chuck*».

²⁶ Sentencia de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon y Gouvernement flamand*, asunto C-212/06.

²⁷ Cfr. el expresivo título del comentario de M. AMENDE, «But not the Walloons! Internal quarrel - or a case for the Court?», *European Law Reporter*, 2008, pp.114-117.

región germanófona era contraria a la libre circulación de personas.

Para el Tribunal, no había duda alguna sobre la inclusión de la prestación en el ámbito del Reglamento, como ha venido manteniendo en repetidas ocasiones sobre otras modalidades de protección de la dependencia, cumpliendo los requisitos sobre financiación, destinatarios, etc²⁸. Ahora bien, es de sobra sabido que el Reglamento sólo se aplica cuando existe un punto de conexión con el desplazamiento entre Estados miembros. Las situaciones puramente internas entre valones, germanófonos y flamencos quedan al margen del Derecho comunitario. La Ciudadanía de la Unión carece de trascendencia en estos escenarios.

Sin embargo, los ciudadanos comunitarios que estuvieran en una de las situaciones polémicas descritas sí estarían sujetos a la aplicación del Reglamento: «los trabajadores migrantes que ejerzan o tengan la intención de ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en una de esas dos Regiones podrían resultar disuadidos de hacer uso de su libertad de circular y de dejar su Estado de origen para residir en Bélgica, por el hecho de que su instalación en determinados lugares del territorio belga implicaría perder la posibilidad de disfrutar de prestaciones a las que, de otro modo, podrían tener derecho». A ojos del Tribunal, la medida era característicamente restrictiva de derechos, por muy limitado que fuera el número de perjudicados.

Las alegaciones del gobierno flamenco sobre su falta de competencia fueron desechadas por el Tribunal con el argumento clásico empleado en los recursos por incumplimiento, según el cual una autoridad de un Estado miembro no puede invocar disposiciones,

²⁸ Véanse, en ese sentido, las sentencias de 5 de marzo de 1998, *Molenaar*, asunto C-160/96; de 8 de marzo de 2001, *Jauch*, asunto C-215/99; y de 21 de febrero de 2006, *Hosse*, asunto C-286/03.



prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluidas las resultantes de la estructura constitucional de dicho Estado, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario²⁹.

3.4. Cotización multinacional

La riqueza de situaciones laborales que se producen en el Mercado interior se refleja indefectiblemente en la jurisprudencia del Tribunal. Tal es el caso de la sentencia de 3 de abril de 2008, *Derouin*³⁰, cuyo protagonista era abogado en París y socio de una firma legal en Londres. Como consecuencia de ello, tributaba en ambos países, cotizando a la Seguridad Social francesa en virtud del artículo 14 bis 2 del Reglamento (CEE) n° 1408/71. El problema que dio origen a la cuestión prejudicial fue la toma en cuenta de sus ingresos británicos para el cálculo de las cotizaciones relativas a determinadas contribuciones especiales: para el demandante, tal pago eran impuestos encubiertos y no cotizaciones, por lo cual, al haber tributado ya en el Reino Unido por ellos estaría exento.

²⁹ Cfr. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «Novedades en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el Reglamento 1408/71», en VV.AA. (C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp.42-3: «De la sentencia objeto de análisis pueden extraerse varios temas de reflexión, pues hay que reconocer que la cuestión de la financiación de las prestaciones sociales no tiene un interés puramente académico, sino práctico, dado que en numerosas ocasiones las cotizaciones han sido consideradas como una carga para la competitividad de las empresas (...). Cada vez resulta más etérea la frontera entre prestaciones contributivas y no contributivas, dada la dificultad de deslindar qué haya de interpretarse como impuesto o como cotización social».

³⁰ Sentencia de 3 de abril de 2008, *Philippe Derouin y Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales de Paris - Région parisienne (Urssaf de Paris - Région parisienne)*, asunto C-103/06.

Ha de recordarse que las calificaciones formales como «impuestos» no impiden la aplicación del Reglamento comunitario. Como declaró anteriormente el Tribunal, «a circunstancia de que una legislación nacional califique de impuesto a un gravamen no significa que, con respecto a este Reglamento, ese mismo gravamen no pueda considerarse comprendido dentro de su ámbito de aplicación»³¹. Ciertamente, señaló la sentencia, cada Estado es libre para organizar sus sistemas de cotización, no existiendo una armonización comunitaria al respecto.

La respuesta definitiva del Tribunal fue ambivalente. Así, proclamó que un Estado miembro tiene derecho a renunciar, unilateralmente o en el marco de un convenio fiscal, a incluir, en la base de contribuciones como las estudiadas, los rendimientos percibidos en otro Estado miembro por un trabajador por cuenta propia residente que se halle en una situación como la del demandante. En sentido inverso, el Tribunal también puso de manifiesto que si bien es cierto que ninguna disposición del Reglamento (CEE) n° 1408/71 prohíbe a un Estado miembro calcular el importe de las cotizaciones sociales de un residente teniendo en cuenta la totalidad de los rendimientos de éste, es preciso señalar que ninguna disposición del mismo Reglamento le obliga a ello.

4. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Lo señalado en crónicas anteriores sigue confirmándose con el paso del tiempo. El ámbito objetivo de la protección de la igualdad dispensada por el Derecho comunitario no deja de aumentar. La igualdad entre sexos, ingrediente primigenio, sigue conser-

³¹ En este sentido, sentencias de 15 de febrero de 2000, *Comisión contra Francia*, asunto C-34/98; y de la misma fecha, *Comisión contra Francia*, asunto C-169/98.



vando su primacía, pero es imposible dejar de constatar la pujanza de las sentencias derivadas de la interpretación de las Directivas del año 2000, que a buen seguro está llamada a extenderse hacia el futuro.

4.1. Protección de la maternidad

La sentencia de 26 de febrero de 2008, *Mayr*³², es un claro ejemplo de cómo el Derecho tiene que adaptarse a los cambios tecnológicos a través de la jurisprudencia, puesto que a buen seguro puede afirmarse que el legislador comunitario en 1992 no contemplaba en modo alguno un supuesto como el estudiado. Se trataba del despido de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad, que había tenido lugar antes de que los óvulos ya fecundados hubieran sido transferidos a su útero. La cuestión se centraba, evidentemente, en discernir si la trabajadora se consideraba o no embarazada en el momento del despido, y sometida por lo tanto a las reglas protectoras de la Directiva 92/85/CEE.

En opinión del Tribunal de Justicia, la Directiva no resulta de aplicación hasta el momento de la transferencia, por puros motivos de seguridad jurídica («Podría tener el efecto de conceder el beneficio de esta protección aun cuando esta transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella, al efectuarse la fecundación *in vitro* como mera medida de precaución»)³³.

³² Sentencia de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, asunto C-506/06.

³³ Cfr. B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, «Tratamiento de fecundación *in vitro* de la trabajadora desconocido por el empresario y despido», *Relaciones Laborales*, 11, 2008: «Asume por tanto el Tribunal, como decíamos, una argumentación similar a la que adoptaría de pronunciarse negativamente sobre la existencia del embarazo. Justifica esta interpretación aludiendo a los efectos perniciosos que tendría adelantar la tutela de la salud de las madres a supuestos que, se considere que ha comen-

Ahora bien, esto no implicaba la desprotección de la trabajadora. Recurriendo a su propia versión del *iura novit curia*, el Tribunal invocó la Directiva 76/207/CEE, puesto que todo despido relacionado con un embarazo es una discriminación por razón de sexo. Si el empresario de la Sra. Mayr no conseguía demostrar razones objetivas ante el Tribunal proponente, el despido sería discriminatorio.

4.2. Igualdad entre hombres y mujeres

Por su parte, la sentencia de 6 de marzo de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*³⁴, se limitó a constatar pacíficamente el retraso en la transposición de la Directiva 2002/73/CE por parte del Gran Ducado.

4.3. Discriminación por motivos de orientación sexual

Una nueva sentencia se une, pues, al trayecto jurisprudencial de interpretación de la Directiva 2000/78/CE. Tras la sentencia

zado el embarazo o no, pueden extenderse considerablemente en el tiempo, al ser posible la congelación de los óvulos fecundados. Renuncia a sentar una regla general de aplicación de la tutela de la seguridad y salud de la mujer embarazada en los casos de fecundación *in vitro*, que podría fundamentarse en una interpretación teleológica de las normas que regulan esta materia. Si la preocupación del Tribunal radica en los desequilibrios que aplicar dicha tutela pudiese producir en supuestos en los que el óvulo fecundado no va a ser transmitido de forma inminente al cuerpo de la madre, la regla de aplicabilidad de la tutela comunitaria de la seguridad y salud de la madre podría haberse mantenido introduciendo excepciones para estos casos. Se podría admitir, creemos, la regla general de aplicación de las normas de protección de la seguridad y salud de la madre si se introdujese una excepción para los supuestos en los que el periodo de tutela se pudiesen alargar notablemente fruto de congelaciones de los óvulos fecundados, provocando un sacrificio de los intereses empresariales excesivo».

³⁴ Sentencia de 6 de marzo de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*, asunto C-340/07.



Mangold sobre edad, la sentencia *Chacón Navas* sobre discapacidad y la sentencia *Palacios de la Villa* nuevamente sobre la edad, la sentencia de 1 de abril de 2008, *Maruko*³⁵, supone un paso más en la consolidación de esta Directiva como una norma central en la lucha contra la discriminación en el ámbito de la Unión Europea. El motivo del litigio era la denegación de una pensión de viudedad a cargo de un régimen profesional al supérstite pareja homosexual de un fallecido, al no tener la consideración formal de cónyuge.

El primer paso del Tribunal de Justicia fue determinar si una pensión de viudedad tiene la consideración de remuneración a los efectos de la Directiva, puesto que de lo contrario no quedaría incluida en su ámbito de aplicación. Anteriormente, el Tribunal ya había reconocido el carácter salarial de prestaciones similares³⁶, aunque se pagasen al supérstite, puesto que son «una ventaja que procede de la participación en el plan del cónyuge del superviviente, de modo que la pensión corresponde a este último por el vínculo de empleo entre el empresario y dicho cónyuge y se le paga en razón de su empleo». Examinando otros criterios recogidos en su jurisprudencia, el Tribunal afirmó sin lugar a dudas el carácter retributivo de la prestación discutida.

De ello se seguía la aplicabilidad de la Directiva 2000/78/CE. Sin embargo, el Tribunal no dio la respuesta final, puesto que remitió al órgano de origen la tarea de comprobar si matrimonio y pareja estable eran figuras equivalentes conforme a la legislación alemana. Sólo en ese caso podría declararse la existencia de una discriminación, sin limitación alguna en el tiempo de sus efectos.

³⁵ Sentencia de 1 de abril de 2008, *Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, asunto C-267/06.

³⁶ Entre otras, sentencias de 6 de octubre de 1993, *Ten Oever*, asunto C-109/91; de 17 de abril de 1997, *Evrenopoulos*, asunto C-147/95; y de 9 de octubre de 2001, *Menauer*, asunto C-379/99.

5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO

5.1. Trabajo a tiempo parcial

La sentencia de 24 de abril de 2008, *Michaeler y Subito*³⁷, ha analizado nuevamente el trabajo a tiempo parcial. Conforme a la anterior legislación italiana, todo contrato a tiempo parcial debía ser notificado con copia a la Administración laboral (tal obligación ya no está en vigor). La falta de esta notificación conllevó para los litigantes una cuantiosa multa. Esgrimiendo que este deber formal era una traba burocrática contraria a la Directiva 97/81/CE y que consecuentemente implicaba una discriminación de las mujeres, la cuestión prejudicial pretendía evitar dicha sanción.

Dado que la obligación de notificación no existía para los contratos a tiempo completo, creando así una notable diferencia, el Tribunal consideró que dicho deber era contrario a la Directiva. El hecho de que su incumplimiento conllevara además una multa contribuía, según la interpretación del Tribunal, a desincentivar la utilización de contratos a tiempo parcial, lo cual era ciertamente contrario a los objetivos de la Directiva. Resuelta así la cuestión, el Tribunal no entró a analizar el aspecto de la discriminación por razón de sexo, al no encontrar conexión suficiente con la cuestión principal.

5.2. Trabajo de duración determinada

La segunda Directiva sobre contratos atípicos también es una presencia casi constan-

³⁷ Sentencia de 24 de abril de 2008, *Othmar Michaeler, Subito GmbH, Ruth Volgger, y Amt für sozialen Arbeitsschutz*, anteriormente *Arbeitsinspektorat der Autonomen Provinz Bozen, Autonome Provinz Bozen*, asuntos acumulados C-55/07 y C-56/07. La explicación de tan germánicos nombres en una cuestión prejudicial italiana se debe a su procedencia de la ciudad de Bolzano, en la provincia germanófona del Alto Adigio / Tirol del Sur.



te en la jurisprudencia del Tribunal. En este caso, la sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, vuelve sobre su alcance en el sector público³⁸, en un pronunciamiento muy extenso (135 párrafos) emitido por la Gran Sala del Tribunal, y que supone el reverso de la medalla de *Laval, Viking o Rüffert*. Basta con comprobar la acogida, casi entusiasta, que ha recibido en el sindicalismo europeo³⁹.

La cuestión prejudicial se sitúa en el marco de un litigio entre un sindicato y sus afiliados con la Administración irlandesa, que venía denegando a sus trabajadores eventuales los derechos de los que gozarían si estuvieran en el sector privado: cláusulas sobre igualdad salarial, consolidación por encadenamiento de contratos, etc. Invocada directamente la Directiva 1999/70/CE, se plantearon además problemas jurisdiccionales a propósito de la capacidad de determinados órganos de aplicar con efecto directo la normativa comunitaria.

El obstáculo procesal fue resuelto por el Tribunal a partir del precedente de la ya clásica sentencia *Von Colson*, conforme a la cual

³⁸ Como ya había hecho, por ejemplo, en la sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, asunto C-212/04.

³⁹ Cfr. la opinión de JOHN MOKS, Secretario General de la CES, recogida en la web de la confederación europea: «Following the very negative rulings in *Laval, Viking and Rüffert*, the *IMPACT* judgement is a bit of good news from the ECJ at last! The interpretation of the European judges of the equal treatment provision to include pay and pension and the liability of national authorities acting as public employers is exactly as we intended it to be. This judgement, in particular the direct effect of the non-discrimination clause and the message that the Directive must be implemented effectively, will help to secure a better protection for fixed term workers around Europe, which was the aim of our agreement. We explicitly said in the agreement that indefinite contracts are the general form of employment relationship. Fixed term contracts can only be accepted as a way to respond to specific and temporary needs of both employers and workers, not to create second class workers who would for long periods of time be denied the benefit of stable employment».

«la libertad en la elección de los procedimientos y los medios destinados a garantizar la aplicación de una Directiva no menoscaba la obligación de los Estados miembros destinatarios de aquélla de adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la Directiva, conforme al objetivo por ella perseguido». La consecuencia que de ello se extrae es que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)⁴⁰. Las alegaciones irlandesas sobre la existencia de recursos alternativos no sirvieron para evitar la condena del Tribunal por cuanto la regulación vigente dificultaba la invocación de los derechos garantizados por la Directiva, abriendo así el camino al examen material de la cuestión.

El Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que para poder invocar el efecto directo de una Directiva es menester que sus previsiones no incorporadas al ordenamiento nacional sean precisas e incondicionales⁴¹. La regla de la igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos tiene tales características, a ojos del Tribunal, y no existe justificación objetiva alguna que permita a Irlanda tratar de peor forma a los empleados temporales públicos que a los privados.

⁴⁰ Detalladamente, sobre estos principios, cfr. Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La infracción del Derecho y la jurisprudencia comunitaria como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación», Comunicación en el XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp.7 y ss.

⁴¹ Entre otras, sentencias de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, asunto 152/84, y de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer*, asunto C-187/00.



En cambio, la exigencia de adoptar medidas contra la contratación temporal fraudulenta no participa de tal naturaleza. Al ofrecer un catálogo de posibilidades a los Estados, deja a éstos la elección de medios, con lo cual no es directamente invocable, en contra de lo defendido por los demandantes originales y por la Comisión. Esta afirmación no fue obstáculo para que el Tribunal considerara que la norma irlandesa que permitía celebrar contratos temporales de hasta 8 años fuera contraria a la Directiva, puesto que la privaría del efecto protector que pretende al no garantizar la estabilidad en el empleo.

La última cuestión controvertida, dejando al margen el debate sobre la retroactividad de la decisión, implicaba la determinación de las condiciones de trabajo sometidas al principio de igualdad de trato, que la Directiva no lista. Para fijar el sentido de «condiciones de trabajo», el Tribunal efectuó un intenso repaso tanto del Derecho originario como derivado, para concluir que sería absurdo excluir las condiciones económicas de tal categoría, como defendían Irlanda y el Reino Unido. Es interesantísima, en este sentido, la operación de desbloqueo del obstáculo del artículo 137.5 TCE, recogida en los párrafos 123 y siguientes⁴².

Concluyó, por lo tanto, el Tribunal que las condiciones de trabajo a las que se refiere la Directiva incluyen las condiciones relativas a la retribución y a las pensiones que dependen de la relación de trabajo, con exclusión de las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de Seguridad Social.

5.3. Garantía en caso de insolvencia empresarial

Raro es el año en el que un litigio sobre el Fondo de Garantía Salarial no llega al Tribu-

⁴² Una cuestión que ya había abordado en la sentencia de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05.

nal de Justicia. En el primer semestre de 2008, dos sentencias han resuelto sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social de Algeciras.

La primera de ellas es de 17 de enero de 2008, *Velasco Navarro*⁴³, partía de un complejo marco temporal, pues el despido que había generado las indemnizaciones disputadas (reconocidas en conciliación judicial) había tenido lugar después de la entrada en vigor de la Directiva 2002/74/CE, pero antes de que terminara el plazo de transposición. A juicio del Tribunal, esta situación imposibilitaba cualquier invocación del efecto directo de la Directiva.

Sin embargo, es una doctrina asentada del Tribunal que durante el plazo de transposición los Estados están obligados al respeto de los principios generales y los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario. De ello se deriva la obligación del juez nacional de interpretar su normativa interna conforme a lo establecido en el Derecho comunitario, para respetar en especial el principio de igualdad.

Recurriendo a su abundante doctrina anterior sobre FOGASA, el Tribunal indicó que no se había presentado ningún argumento convincente para justificar la diferencia de trato entre los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en sentencia o resolución administrativa y los relativos a indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en acto de conciliación, como sucedía en el caso discutido. Por todo ello, la sentencia llegó a la conclusión de que la interpretación restrictiva del artículo 33.2 ET era contraria al principio de igualdad al excluir que la institución de garantía se hiciese cargo del pago de las indemnizaciones reconocidas en éste último caso.

⁴³ Sentencia de 17 de enero de 2008, *Josefa Velasco Navarro y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, asunto C-246/06.



La segunda sentencia, de 21 de febrero de 2008, *Robledillo Núñez*⁴⁴, presentaba como punto destacado el hecho de que la indemnización litigiosa había sido pactada en conciliación extrajudicial, a diferencia de la anterior. Por este motivo el FOGASA se negaba a pagar las cantidades reclamadas.

A juicio del Tribunal, para hacer encajar tal negativa en las posibilidades de control reconocidas a los Estados por la Directiva, era preciso justificar objetivamente la diferencia de trato entre conciliaciones judiciales o administrativas y las extrajudiciales. El Tribunal distinguió entre los salarios de tramitación, calculados con baremos objetivos, y la indemnización por despido, que puede ser pactada libremente en el marco de la conciliación. A su juicio, los salarios de tramitación deben recibir la misma protección.

En el caso de las indemnizaciones, en cambio, el Tribunal consideró que la falta de control judicial y el escaso margen que tiene el FOGASA para denegar su pago dejaban escasas garantías para su control, después de analizar exhaustivamente la legislación española al respecto. Por ese motivo, adaptándose al artículo 10 de la Directiva, el Tribunal autorizó la exclusión de las indemnizaciones así pactadas.

5.4. Seguridad y salud

En materia de seguridad y salud, sólo cabe señalar la sentencia de 5 de junio de 2008,

*Comisión contra Francia*⁴⁵, un litigio que viene de lejos pues se refiere todavía a la transposición de la Directiva marco 89/391/CEE. A juicio de la Comisión, la adaptación del Derecho francés a las exigencias de esta norma en materia de campo de aplicación, información y formación de los trabajadores era incorrecta, como venía sosteniendo desde 1997, cuando dio inicio al procedimiento precontencioso.

En efecto, la legislación preveía la posibilidad de aplicar derogaciones específicas para la empresa encargada del transporte público en la región de París y no cubría a la perfección a la empresa encargada de la gestión de los ferrocarriles. La primera medida estaba en trámite de derogación durante el procedimiento y en cuanto a la segunda queja, la Comisión aceptó varias de las alegaciones de Francia. Sin embargo, el Tribunal señaló el incumplimiento en el sector ferroviario al carecer de una obligación de publicar listas de accidentes, al no recoger con fidelidad los deberes sobre formación en el uso de máquinas y al no prever mecanismos de información a los representantes de los trabajadores y a éstos. Una última causa de incumplimiento, a propósito de la falta de formación específica para los representantes de los trabajadores en el sector minero, también fue señalada por el Tribunal, en línea con lo solicitado por la Comisión.

⁴⁴ Sentencia de 21 de febrero de 2008, *Maira María Robledillo Núñez y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, asunto C-498/06.

⁴⁵ Sentencia de 5 de junio de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, asunto C-226/06.

