

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

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS.—2.1. No-
ción de trabajador.—2.2. Prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.—
2.3. Reconocimiento de títulos.—3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE
DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA COMUNIDAD.—3.1. Prestaciones excluidas del
Reglamento.—3.2. Naturaleza de las prestaciones.—4. IGUALDAD DE TRATO Y NO
DISCRIMINACIÓN.—4.1. No discriminación por el origen racial o étnico.—4.2. No discri-
minación por discapacidad.—4.3. No discriminación por edad.—4.4. No discriminación por
razón de sexo.—5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO.—5.1. Derechos de informa-
ción en el contrato de trabajo.—5.2. Transmisión de empresas.—5.3. Garantía en caso de
insolvencia empresarial.

1. INTRODUCCIÓN¹

La presente reseña se ocupa de la actividad del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entre julio y diciembre de 2008. Valorando desde el punto de vista cuantitativo, merece la pena resaltar el abundante número de recursos por incumplimiento planteados por la Comisión Europea contra los Estados miembros. Además de los reseñados, existen otros que no han sido recogidos por su reducido interés, pero permiten completar el balance numérico de la acti-

vidad jurisdiccional europea. Así, deben quedar anotadas a efectos de inventario las sentencias *Comisión contra Luxemburgo* de 10 de octubre de 2008 (no transposición de la Directiva 2003/72/CE, sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea), *Comisión contra Luxemburgo* de 4 de diciembre de 2008 (no adaptación de la normativa de libre circulación tras la adhesión de Rumanía y Bulgaria), *Comisión contra República Checa* de la misma fecha (no transposición de la Directiva 86/378/CEE sobre igualdad de trato en regímenes profesionales de Seguridad Social) y *Comisión contra Bélgica* de 11 de diciembre de 2008 (mismos motivos que la última sentencia contra Luxemburgo).

En cuanto a las cuestiones prejudiciales, merecen ser destacadas por encima de todas

* 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.



las sentencias *Coleman, Petersen y Zablocka-Weyhermüller*. Son un ejemplo de la creatividad protectora que en otro tiempo caracterizó al Tribunal de Justicia y que últimamente estaba siendo puesta en cuestión tras determinados pronunciamientos desafortunados. Las posibilidades que ofrecen dichas sentencias pueden llegar a ser revolucionarias, especialmente en el caso de la primera, que amplía de forma muy sustancial la protección frente a la discriminación.

Para completar el panorama de cuestiones prejudiciales resueltas en el semestre analizado y que no han sido analizadas, hay que señalar las sentencias *Motoe* de 1 de julio (condición de empresa de la Asociación sin ánimo de lucro que representa en Grecia a la Federación Internacional de Motociclismo), *Jipa* de 10 de julio (restricciones de la libre circulación de personas cuya conducta constituya amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad), *Er* de 25 de septiembre de 2008 (derecho de residencia del hijo mayor de edad de un trabajador turco), *Renneberg* de 16 de octubre de 2008 (determinación de la base imponible del impuesto de la renta de un nacional de un Estado miembro que percibe la totalidad o la casi totalidad de sus ingresos imponibles en dicho Estado miembro), *Forster* de 18 de noviembre de 2008 (libre circulación y personas que reciben becas de subsistencia), *Altun* de 18 de diciembre de 2008 (nuevamente sobre el derecho de residencia de un hijo de un trabajador turco) y *Stamm y Hauer* (trabajadores fronterizos autónomos y Suiza).

2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

2.1. Noción de trabajador

La sentencia de 17 de julio de 2008, *Raccanelli*², analizó la consideración de un becario

² STJCE de 17 de julio de 2008, *Andrea Raccanelli y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaft-*

del Instituto Max-Planck frente a las normas sobre libre circulación. Esta conocida institución científica tiene dos modalidades de apoyo a los doctorandos, becarios y contratos de trabajo BAT II, que difieren principalmente por el hecho de que el becario no tiene ninguna obligación de desarrollar una actividad laboral para el Instituto de que se trata, sino que puede dedicarse exclusivamente a las actividades inherentes a su tesis, en tanto que el titular de un contrato relativo a un semi-puesto BAT II tiene una obligación laboral frente al Instituto y sólo puede utilizar las instalaciones de éste para su tesis fuera de su jornada laboral.

El Sr. *Raccanelli* disfrutó inicialmente de una beca, que fue continuada posteriormente como invitado, excluyéndose en ambos casos relación laboral alguna, lo cual no fue obstáculo para que reclamara dicha condición, alegando que había sido objeto del mismo trato que quienes tenía un contrato BAT II.

El Tribunal descartó en primer lugar la excepción de inadmisibilidad planteada por el Max-Planck, con un interesante argumento sobre el contenido de las cuestiones prejudiciales y la necesidad de que proporcionen determinados elementos de valoración al Tribunal, a los Estados y a las partes.

La determinación efectiva de la condición de trabajador, a juicio del Tribunal, corres-

ten eV, asunto C-94/07 (Rec. 2008, p. I-5939). Comentada en R. REPASI, «Europäischer Arbeitnehmerbegriff – Doktorandenstipendium», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, pp. 532-533; L. DRIGUEZ, «Notion de travailleur salarié au sens de l'article 39 CE et égalité de traitement», *Europe*, Comm. n° 315, 2008, p.23; J. CAVALLINI, «Un doctorant peut-il être un travailleur communautaire?», *La semaine juridique – Social*, 1533, 2008, pp.2 5-26; D. HORN, «Beschäftigungsbedingungen / Grundsatz der Nichtdiskriminierung / Dienstalterszulagen», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2009, pp. 293-296; S. BORELLI, «La nozione di "lavoratore" e l'efficacia dell'art. 39 Trattato CE», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1, 2009, p. 225-228; C. BIRKEMEYER, «Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten», *Europarecht*, 5, 2010, pp. 662-677.



pondría al órgano judicial proponente, y la sentencia se limitó a indicar las pautas que debería seguir. El Sr. Raccanelli habría de ser considerado trabajador a efectos del artículo 39 TCE (actual 45 TFUE) si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a dicha asociación y si hubiese percibido una retribución, como contrapartida de la referida actividad.

Otra alegación del demandante apuntaba a una posible discriminación por razón de nacionalidad, al no permitirle optar entre beca y contrato. El Tribunal consideró que el Max-Planck está sujeto a las reglas comunitarias en la materia, pero la determinación de la existencia de la discriminación correspondía nuevamente al órgano nacional, que debía determinar si se habían producido desigualdades de trato entre los doctorandos alemanes y extranjeros.

Preguntado el Tribunal, en último lugar, por las consecuencias de esta declaración de existencia de discriminación, la sentencia contestó nuevamente de forma delegada, señalando que corresponde al órgano jurisdiccional remitente dilucidar, a la vista de la legislación nacional aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, la índole de la reparación a la que pudiera tener derecho el Sr. Raccanelli.

2.2. Prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad

La cláusula de los Tratados (en el momento de estos litigios, el artículo 39.4 TCE; actualmente el artículo 45.4 TFUE) que permite excluir de la libre circulación de personas a los empleos en la Administración no abandona la actualidad comunitaria y no hay año en que el Tribunal tenga que enfrentarse a un obstáculo nacional. En las sentencias comentadas, se trataba de la misma profesión, que ya había sido objeto de cues-

tiones prejudiciales anteriores³: capitán de barco.

La primera sentencia, de 11 de septiembre de 2008, *Comisión contra Italia*⁴, estudió la reserva que hacía la legislación de este país de los puestos de capitán y primer oficial en todo barco con pabellón italiano. El fundamento alegado para ello eran las funciones públicas que tienen atribuidas, similares a las que prevé la legislación española (estado civil, testamentos, policía judicial). Las sentencias indicadas no habían conllevado modificación legislativa alguna en Italia, lo que llevó a la Comisión a plantear el recurso por incumplimiento, lo que motivó a su vez una propuesta italiana de reforma y admisión de los nacionales comunitarios condicionada a su dominio de la lengua italiana. La Comisión continuó con el recurso, no obstante.

Con los antecedentes de *Colegio de Oficiales y Anker*, el Tribunal construyó una sentencia sólidamente anclada en su doctrina anterior. Así, recordó la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones recogidas en el Tratado; la falta de motivos de orden público, seguridad pública o salud pública que pudieran justificar una exclusión general; y la admisibilidad de cláusulas como las cuestionadas únicamente en el caso de que dichas funciones de autoridad pública fueran ejercidas de forma habitual y no marginal. La conclusión, no obstaculizada por las promesas italianas de reforma ni por el proceso electoral que atravesaba el país en aquel momento, fue la condena de Italia.

La segunda sentencia, de 20 de noviembre de 2008, *Comisión contra España*⁵, puso de

³ La primera de ellas, la STJCE 30 septiembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* asunto C-405/01.

⁴ STJCE de 11 de septiembre de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*, asunto C-447/07 (Rec. 2008, p. I-125*).

⁵ STJCE de 20 de noviembre de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*,

manifiesto la falta de diligencia de los Estados miembros en la adaptación de sus ordenamientos a las exigencias del Derecho comunitario. A resultas de la sentencia *Colegio de Oficiales*, la Comisión interrogó a España sobre las reformas llevadas a cabo para cumplir con lo dispuesto en la sentencia. Éstas no habían sido completas, sino que mantenían la reserva de nacionalidad para algunos navíos (todos aquellos distintos de los buques mercantes de arqueo bruto inferior a 100 toneladas, que transporten carga o menos de 100 pasajeros, que operen exclusivamente entre puertos o puntos situados en zonas en que el Reino de España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción).

La excusa ofrecida por España sobre la imposibilidad de culminar la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley General de Navegación Marítima por la disolución de las Cortes para las elecciones generales de 2008 no fue admitida por el Tribunal y la condena recayó sobre nuestro país. Disueltas de nuevo las Cortes en 2011, no cabe sino apuntar con bochorno que el siguiente proyecto de Ley tampoco ha sido tramitado ni nada parece indicar que se haya adaptado nuestra legislación a las exigencias comunitarias.

2.3. Reconocimiento de títulos

Este aspecto inicialmente colateral de la libre circulación cada día gana más importancia en la jurisprudencia del Tribunal. Es un claro síntoma de que, poco a poco, el mercado interior de trabajo se consolida, especialmente en lo que concierne a las profesiones cualificadas, necesitadas de dicho reconocimiento para su ejercicio transfronterizo en muchas ocasiones. Las reticencias y barreras de los Estados a abrir el segmento «preparado» de su mercado laboral van siendo derriba-

asunto C-94/08 (Rec. 2008, p. I-160*, publicación del sumario).

das poco a poco, en una llamativa combinación de recursos por incumplimiento y cuestiones prejudiciales que se extienden a lo largo de los últimos años.

La primera sentencia que merece ser comentada es la de 16 de octubre de 2008, *Comisión contra España*⁶, a propósito de los controladores aéreos. La Comisión ya había cuestionado tiempo atrás la compatibilidad de los requisitos de acceso en nuestro país a esta profesión, si bien una primera sentencia del Tribunal de Justicia había declarado la inadmisibilidad del recurso, basándose en que la formulación de los motivos y la delimitación del objeto del litigio, tal como figuraban en la demanda de la Comisión, adolecían de falta de claridad y de coherencia, impidiendo de este modo al Tribunal de Justicia pronunciarse eficazmente sobre el recurso⁷. En el segundo intento, ahora analizado, la Comisión se mostró más acertada.

El centro de la polémica residía en la consideración o no de los controladores aéreos como profesión reglada de acuerdo con el sistema de las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE (el litigio es anterior a la entrada en vigor de la aprobación de la Directiva 2006/23/CE, que fija reglas propias para los controladores). Para la Comisión, lo era, puesto que al exigir un título universitario para el acceso, cumplía plenamente los requisitos. En cambio, para el Gobierno español no lo era, puesto que en España no existe un «título», en el sentido de las directivas, que habilite por sí solo para el ejercicio de dicha profesión, sino que tan sólo la obtención de un conjunto de titulaciones definidas permite el ejercicio de esta profe-

⁶ STJCE de 16 de octubre de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, asunto C-136/07 (Rec. 2008, p. I-7793). Comentada en H.-J. REINHARD, «Anerkennung von Diplomen / Anerkennung von Berufsausbildungen», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2009, pp. 242-245.

⁷ STJCE de 14 de octubre de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, asunto C-55/03.



sión. Otros de los argumentos manejados por el Gobierno incluían la invocación de la Directiva específica de 2006 para señalar la existencia de una laguna anterior en lo concerniente a los controladores o la necesidad de una habilitación local para el ejercicio de la profesión en España.

Examinando el sistema regulado en el RD 3/1998, el Tribunal señaló que el ejercicio de la actividad de controlador de tránsito aéreo está efectivamente regulado en España por disposiciones normativas que establecen un régimen que tiene por efecto reservar expresamente dicha actividad profesional a aquellas personas que reúnen determinados requisitos y prohibir el acceso a la misma a aquellas otras personas que no cumplen tales requisitos.

Por lo tanto, debería ser considerado como profesión reglada, atendiendo a las peticiones de la Comisión. La falta de una titulación específica fue salvada por el Tribunal al señalar que las directivas también recogen el «conjunto de títulos» en su ámbito, descripción en la que encaja el íter formativo de los controladores. La conclusión obvia era la imposibilidad de rechazar los títulos para ejercer como controlador obtenidos en otros Estados miembros.

Tras rechazar el argumento sobre la Directiva 2006/23/CE, el Tribunal se detuvo a considerar el carácter local de la habilitación necesaria. Con esta alegación España había intentado esgrimir la especificidad de las exigencias españolas como barrera de entrada. El Tribunal, a este propósito, afirmó que «no se reconoce un título por el valor intrínseco de la formación que sanciona, sino porque permite acceder a una profesión regulada en el Estado miembro en el que se ha expedido o reconocido. La existencia de diferencias en la organización o en el contenido de la formación obtenida en el Estado miembro de origen respecto a la impartida en el Estado miembro de acogida no basta para justificar la denegación del reconocimiento de la cualificación

profesional de que se trate. A lo sumo, si esas diferencias tienen un carácter sustancial, podrán justificar que el Estado miembro de acogida exija que el solicitante se someta a alguna de las medidas compensatorias previstas en el artículo 4 de dichas Directivas». Con este razonamiento, la sentencia desechó el argumento español y concluyó definitivamente con la declaración de la incompatibilidad de la normativa española con el Derecho comunitario.

La sentencia de 23 de octubre de 2008, *Comisión contra España*⁸, fue preparada por el Tribunal en paralelo con la sentencia contra Grecia que se incluye a continuación. En ambas se estudió la obligación para un Estado miembro de reconocer títulos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro al término de estudios cursados en su propio territorio.

En este caso, el problema se planteó en España por la denegación de la homologación de determinados títulos de la Universidad de Alicante para el ejercicio como ingenieros de caminos, canales y puertos. En virtud de un convenio con la *Università Politecnica delle Marche* (Italia), los estudios de «Ingeniería Civil» impartidos por la Universidad de Alicante son coordinados y tutelados por la entidad italiana, que reconocía a los estudiantes la equivalencia entre los títulos de Ingeniero Técnico en Construcciones Civiles e Ingeniero Civil (que tenía la condición de título propio) y el título universitario italiano de Ingeniero Civil. Una vez en posesión del título italiano, los denunciantes en el origen del litigio realizaron en Italia el examen de Estado pertinente y, habiéndolo aprobado, recibieron la habilitación para el ejercicio de la profesión de ingeniero, que les autoriza a ejercer la profesión de ingeniero civil en dicho Estado miembro. Al solicitar la homologación en España,

⁸ STJCE de 23 de octubre de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, asunto C-286/06 (Rec. 2008, p. I-8025).



se les denegó por haber cursado su formación íntegramente en nuestro país, a pesar de que el título viniera avalado por la Universidad italiana.

A juicio de la Comisión, esta decisión era contraria al Derecho comunitario, puesto que la Directiva 89/48/CEE no requiere que la formación académica se haya recibido en un Estado miembro distinto del de acogida. Para España, en cambio, se trataba de un uso fraudulento del ordenamiento comunitario, puesto que la conexión con el ordenamiento italiano podía considerarse como inexistente.

La sentencia respaldó la valoración de la Comisión, señalando que la Directiva no exige en ningún momento que los interesados deban haber cursado toda o parte de su formación en un Estado miembro distinto de España. De hecho, afirma expresamente que basta con que la formación se haya adquirido, «principalmente, en la Comunidad». Según la jurisprudencia recogida en la sentencia *Beutenmüller*, esta expresión comprende tanto la formación adquirida íntegramente en el Estado miembro que haya expedido el título académico de que se trate como la adquirida íntegra o parcialmente en otro Estado miembro.

Es muy destacable la síntesis que el Tribunal hizo, casi en un *obiter dicta*, de todo el sistema de reconocimiento de cualificaciones: «Este sistema establece, en sustancia, la presunción de que las cualificaciones de un solicitante habilitado para ejercer una profesión regulada en un Estado miembro son suficientes para el ejercicio de esta misma profesión en los demás Estados miembros».

El hecho de que los denunciantes hubieran superado el examen de Estado italiano introducía el factor transnacional requerido para desmontar la argumentación española. En otra elaborada afirmación, el Tribunal señaló que «el derecho de los nacionales de un Estado miembro a elegir el Estado miembro en que prefieren adquirir sus cualificaciones

profesionales es inherente al ejercicio, en un mercado único, de las libertades fundamentales garantizadas» por los Tratados.

La sentencia recogió, pues, el deber de España de reconocer este tipo de formaciones, si bien con un interesante matiz, puesto que el apartado 73 de la sentencia (no así el fallo) admitió la compatibilidad con el Derecho comunitario de «posibles medidas de compensación».

La segunda parte de la sentencia, de menor extensión, analizó el requisito de homologación de los títulos obtenidos en otro Estado miembro para poder participar en pruebas de promoción interna en la función pública en España.

El Tribunal comenzó recordando que ya existía jurisprudencia afirmando que cuando sea aplicable la Directiva 89/48/CEE, un organismo público de un Estado miembro, obligado a respetar las normas establecidas por esta Directiva, ya no podrá exigir la homologación de los títulos de un interesado por las autoridades nacionales competentes como requisito previo al acceso a la profesión de que se trate. De ello se deriva que, tras su reconocimiento, el hecho de privar al poseedor de un título expedido en otro Estado miembro de las posibilidades de promoción que tiene el poseedor del título español equivalente, por el mero hecho de haber obtenido dicho título al término de una formación más breve, supondría perjudicar a los poseedores de un título de otro Estado miembro simplemente por haber adquirido cualificaciones equivalentes de modo más rápido. La consecuencia de ello fue, nuevamente, la declaración de la incompatibilidad de esta medida con el ordenamiento comunitario.

A los avatares económicos que atraviesa Grecia, en clave menor hay que añadir sus problemas relacionados con el sistema educativo. No hay año reciente en el que falten una o varias sentencias sobre las dificultades que existen en Grecia para lograr la aceptación de



un título extranjero. La primera sentencia en el periodo analizado es la de 23 de octubre de 2008, *Comisión contra Grecia*⁹, elaborada por el Tribunal de Justicia junto con la sentencia «española» que se acaba de comentar.

En Grecia, la enseñanza universitaria sólo puede ser pública, y como consecuencia de ello, se denegaba el reconocimiento tanto de las formaciones impartidas en el marco de un acuerdo de homologación como de los títulos expedidos por las autoridades competentes de otros Estados miembros al término de dichas formaciones. Así mismo existían otra serie de medidas restrictivas que la Comisión consideraba incompatibles con el Derecho comunitario. A pesar de que Grecia modificó a su requerimiento varias de sus normas internas, la Comisión continuó con el procedimiento por incumplimiento.

El primer aspecto tratado fue la negativa al reconocimiento de las formaciones impartidas en el marco de un acuerdo en virtud del cual una formación impartida por un organismo privado en Grecia es homologada por una autoridad competente de otro Estado miembro que expide títulos a los estudiantes que han completado dicha formación. Cuestión paralela a la sentencia contra España antes comentada, el razonamiento judicial fue también paralelo (en ocasiones, idéntico) para llegar a la misma conclusión, la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas cuestionadas. Hay en esta sentencia algún interesante matiz, como la afirmación de que «no es necesario que la formación se haya adquirido en una universidad o en un centro de enseñanza superior (...) basta con que sea un ‘centro de un nivel de formación equivalente’», organizando el sistema en tor-

no al nivel del centro y no a su forma, o el recordatorio de que la Directiva 89/48/CEE no atañe al reconocimiento de los títulos de formación académica, sino tan sólo a las cualificaciones profesionales que dan acceso a profesiones reguladas.

El segundo aspecto discutido era la rigidez de las medidas de compensación contempladas en el ordenamiento griego, que no admitía opción alguna cuando la profesión implicada exigiese un conocimiento preciso del Derecho griego para desarrollar funciones de asesoría o asistencia, ni tampoco en las profesiones objeto de disposiciones específicas. Recuértese que la regla de la Directiva es que la elección ha de corresponder siempre al solicitante. Grecia admitió la infracción, sin discusión alguna. De la misma manera, los poderes de verificación concedidos a un organismo administrativo fueron reconocidos como excesivos, puesto que introducía un control adicional, que en virtud de la Directiva debería ser omitido.

De nuevo en paralelo con el caso español, la normativa griega ponía trabas a la utilización de los títulos obtenidos en otro Estado miembro para promocionar dentro de la Administración pública. En este caso, la negativa inicial al reconocimiento conducía a un complejo procedimiento de reclasificación, que a juicio de la Comisión carecía de la necesaria seguridad jurídica. El Tribunal compartió el razonamiento, señalando que las declaraciones de buena voluntad efectuadas por el Gobierno griego en el juicio no era suficientes para garantizar los derechos reconocidos en la Directiva.

El último motivo del recurso trataba sobre las modalidades de inscripción en el Colegio Técnico de Grecia de los ingenieros y fue desestimado por el Tribunal al no ser pertinentes las disposiciones de la Directiva 89/48/CEE.

Entre las cuestiones prejudiciales sobre esta materia, hay que hacer mención de la sentencia de 4 de diciembre de 2008, *Chatzi-*

⁹ STJCE de 23 de octubre de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica*, asunto C-274/05 (Rec. 2008, p. I-7969). Comentada en L. DRIGUEZ, «Reconnaissance mutuelle des diplômes», *Comm. n.º 41, Europe*, 2008, pp. 19-20; L. KULMER, «Anerkennung von Diplomen», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2009, pp. 252-254.



*thanasis*¹⁰, puesto que los hechos estudiados en ella son los mismos que se analizaron en la sentencia *Comisión contra Grecia* que será comentada a continuación, y que son además paralelos a la sentencia *Comisión contra Grecia* ya comentada. No es la primera vez que, alertada por el planteamiento de una cuestión prejudicial, la Comisión inicia un procedimiento contencioso por incumplimiento contra un Estado y el Tribunal falla conjuntamente ambos litigios.

El Sr. Chatzithanasís había cursado estudios de óptica y optometría en un centro en Grecia, de carácter no universitario, cuyos títulos venían avalados por un Instituto italiano. Al solicitar en 2002 el reconocimiento de este título en Grecia para ejercer la profesión estudiada, la Administración helena se lo denegó, al no haber cursado su formación en un centro público de educación superior sino en un centro libre. Recurrida la denegación, se planteó la duda al Tribunal recogida en la cuestión prejudicial, esto es, si podía denegarse el reconocimiento basándose únicamente en que el título controvertido fue expedido por una autoridad italiana, pero tras la realización de estudios que fueron en su mayor parte cursados en Grecia en un centro que, a pesar de funcionar libremente, no era reconocido por Grecia como centro educativo en virtud de una disposición general de su ordenamiento.

Con los antecedentes ya comentados, al Tribunal le resultó sencillo construir su razonamiento, trasladando lo dicho sobre la Directiva 89/48/CEE a la Directiva 92/51/CEE. Las autoridades competentes de un Estado miembro de acogida están obligadas, sin perjuicio de la aplicación de las medidas de compensación cuya existencia contempla la propia Directi-

¹⁰ STJCE de 4 de diciembre de 2008, *Theologos-Grigorios Chatzithanasís e Ypourgos Ygeias kai Koinonikis Allilengyis, Organismos Epangelmatikis Ekpaidefsis kai Katartisis (OEEK)*, asunto C-151/07 (Rec. 2008, p. I-9013).

va, a reconocer un título expedido por una autoridad competente en otro Estado miembro, aunque dicho título sancione una formación cursada, total o parcialmente, en un centro situado en el Estado miembro de acogida y no reconocido como centro educativo, con arreglo a la normativa de este último Estado.

Lo dicho en *Chatzinathasis* con carácter particular fue ratificado con carácter general por la sentencia de la misma fecha, 4 de diciembre de 2008, *Comisión contra Grecia*¹¹. Así mismo, varias de las cuestiones tocadas en el primer recurso por incumplimiento contra Grecia se extienden aquí a otras profesiones. El juicio del Tribunal fue, por lo tanto, una condena contra Grecia por las restricciones en su sistema de reconocimiento de títulos.

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

3.1. Prestaciones excluidas del Reglamento

En ocasiones, la flexibilidad del Tribunal de Justicia parece no tener límite. Aunque normalmente sean más conocidas las sentencias en la línea de *Viking* o *Laval* por sus recortes, existen otros pronunciamientos donde el deseo de otorgar protección al ciudadano lleva al Tribunal a retorcer la letra del Derecho de la Unión hasta extremos inconcebibles. Tal es el caso de la sentencia de 4 de diciembre de 2008, *Zablocka-Weyhermüller*¹².

¹¹ STJCE de 4 de diciembre de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica*, asunto C-84/07 (Rec. 2008, p. I-171*, publicación del sumario).

¹² STJCE de 4 de diciembre de 2008, *Krystyna Zablocka-Weyhermüller y Land Baden-Württemberg, en el que participa: Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-221/07 (Rec. 2008, p. I-9029). Comentada en R. WINTER, «Kürzung der Hinterbliebenenversorgung bei Wohnsitz in Polen - Unvereinbar mit dem Gemeins-

La demandante en el litigio original, de nacionalidad polaca y residente en Alemania, estaba casada con un ciudadano alemán, que tenía la consideración de gran mutilado de guerra como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y percibía por ello una prestación de invalidez. Al fallecer éste, expresó a la Administración alemana su deseo de trasladarse a Polonia, lo cual, en aplicación de la legislación germana sólo le permitiría disfrutar de forma parcial las prestaciones destinadas al cónyuge superviviente de víctimas de guerra – si permaneciera en la República Federal, las percibiría en su integridad. Considerando que esta situación podía ser contraria a la libre circulación de personas, se planteó la cuestión prejudicial.

El comentario de la sentencia debe iniciarse por el *Godot* que nunca aparece en ella. El artículo 4.4 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 establece que «el presente Reglamento no se aplicará (...) a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de la guerra o de sus consecuencias». Aunque en apariencia este artículo deja las manos libres a los Estados al regular estas prestaciones, el Tribunal de Justicia ha encontrado una alternativa a tan clara interpretación. En efecto, la sentencia gira en torno al artículo 18 TCE (en la actualidad, 21 TFUE), relativo a la libre circulación de todo ciudadano comunitario, con independencia de su condición laboral y económica. El Gobierno alemán intentó bloquear la cuestión, alegando que estaba en trámites una reforma que eliminaría esta distinción – lo cual suponía reconocer que algo había de erróneo en la regulación vigente. El Tribunal desoyó la petición y entró al fondo del asunto.

chaftsrecht?», *Juris Praxis Report – Arbeitsrecht*, 52, 2008; J-P. LHERNOULD, «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2009, pp. 198-199; F. CHALTIEL et al, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *Concurrence, Journal du droit international*, 2009, p. 644.

Las prestaciones del tipo considerado son para el Tribunal, sin lugar a dudas, competencia exclusiva de los Estados (de ahí la omisión del Reglamento). Pero, siguiendo una doctrina asentada, la sentencia recordó que dicha competencia debe ejercerse «con observancia del Derecho comunitario, en particular de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»¹³. Dado que el *quid* de la cuestión estaba vinculado con la residencia de la demandante, el Tribunal consideró necesario examinar la cuestión desde la perspectiva de la libre circulación.

Para garantizar ésta, recordó la sentencia, deben eliminarse los obstáculos a la residencia en un Estado miembro creados por la normativa de otro Estado miembro que penaliza el hecho de que haya ejercido la libertad fundamental. En este sentido, una normativa nacional que resulte desfavorable para determinados ciudadanos comunitarios por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una clara restricción a las libertades del Tratado. Es doctrina asentada del Tribunal que estas restricciones sólo se admiten si se basan en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y fuera proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional.

La justificación alemana para la concesión de una prestación menor se derivaba de la diferencia en el coste de la vida entre Alemania y los países donde se admitía esta exportación limitada (situados todos ellos en el Centro y el Este de Europa). A juicio del Tribunal, no era proporcionada. Existen otros Estados con diferentes costes de vida, y el nivel de renta no es homogéneo en los recogidos

¹³ Doctrina recogida en la sentencia *Nerkowska*, donde el Tribunal había llevado a cabo otra finta notable muy similar a ésta.



dos en la norma y, por añadidura, la necesidad de permitir un control suficiente de la situación profesional y social de los beneficiarios debería aplicarse de idéntica manera en todos los Estados miembros.

La sentencia concluyó, finalmente, que la normativa alemana no podía por el mero hecho de la residencia limitar la percepción de la prestación considerada. La pregunta que queda es hasta dónde puede extender el Tribunal esta tutela avanzada de la libre circulación, fundada directamente sobre el Tratado, y que esquiva los límites recogidos en el Derecho derivado.

3.2. Naturaleza de las prestaciones

Por sendas similares discurrió la sentencia de 11 de septiembre de 2008, *Petersen*¹⁴. En ella se analizó la naturaleza legal, en Austria, de un anticipo pagado a los desempleados que han solicitado, con arreglo al régimen obligatorio de pensiones o prestaciones por accidente, una prestación por incapacidad laboral total o parcial, destinada a permitir al solicitante de una pensión de invalidez mantenerse en el mercado de trabajo durante esa fase de incertidumbre para evitar dificultarle el acceso posterior a éste en caso de denegársele la pensión de invalidez. El problema se planteaba al haber trasladado el demandante en el litigio original su domicilio de Austria a Alemania. A juicio de la Administración austriaca, la prestación era de desempleo, y por

¹⁴ STJCE de 11 de septiembre de 2008, *Jörn Petersen y Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Niederösterreich*, asunto C-228/07 (Rec. 2008, p. I-6989). Comentada en L. DRIGUEZ, «Exportabilité des droits à prestations sociales des travailleurs migrants», *Comm.* n° 372, *Europe*, 2008, pp. 35-36 ; J-P. LHERNOULD, «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2009, p. 16-18; S. DEVETZI, «Auswirkungen der Wohnsitzverlegung auf den sozialrechtlichen Leistungsexport in Europa», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2009, pp. 63-69.

lo tanto no exportable; a juicio del demandante, era de invalidez, y por lo tanto exportable, conforme en ambos casos al Reglamento (CEE) n° 1408/71.

La prestación discutida tenía rasgos de ambas, por lo cual correspondió al Tribunal delimitar cuál era la predominante y por lo tanto qué régimen debía seguirse. Analizando el régimen de la prestación, el Tribunal consideró especialmente relevante el hecho de que la obtención de un empleo remunerado por parte del beneficiario conllevara la pérdida del derecho a esa prestación. Recurriendo a la doctrina sentada en la sentencia *De Cuyper*, el Tribunal recordó que «una prestación concedida a raíz de la materialización del riesgo de la pérdida de un puesto de trabajo, y a la que deja de tenerse derecho cuando cesa esa situación como consecuencia del ejercicio por el interesado de una actividad remunerada, debe ser considerada una prestación por desempleo». La base para el cálculo se determinaba igual que en el caso de la prestación por desempleo, pero el importe tenía como límite el de la prestación de invalidez – si bien únicamente para optimizar la gestión y evitar devoluciones.

A favor del régimen de la invalidez estaba el hecho de no requerirse, como excepción a lo exigido por la normativa nacional para adquirir el derecho a las prestaciones por desempleo, que el solicitante demuestre su capacidad y su voluntad de trabajar ni que se encuentre disponible en el mercado de trabajo. A pesar de ello, el Tribunal no consideró que esta dispensa tuviera entidad suficiente para desvirtuar el carácter de prestación de desempleo que reconoció a la ayuda controvertida.

Establecida esta naturaleza, la segunda parte de la cuestión prejudicial buscaba estudiar los requisitos de residencia y su posible contradicción con la libre circulación de trabajadores. En este caso, el Tribunal sí examinó el Reglamento (CEE) n° 1408/71 y de su aplicación se habría seguido la imposibilidad



de exportar la prestación. Pero acto seguido señaló la sentencia que «el objetivo que persiguen los artículos 39 CE a 42 CE no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder los beneficios de Seguridad Social que les concede la legislación de un Estado miembro, en particular cuando tales beneficios suponen la contrapartida de las cotizaciones que aquellos pagaron. En efecto, semejante consecuencia podría disuadir al trabajador comunitario de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo para dicha libertad». Con este giro retórico el Tribunal abría la posibilidad de aplicar directamente los Tratados.

El Tribunal consideró al Sr. Petersen como trabajador, recordando además que determinados derechos vinculados a la condición de trabajador se garantizan a los trabajadores migrantes aunque éstos ya no estén vinculados por un contrato de trabajo. Situada así la cuestión, la sentencia pasó a estudiar la no exportabilidad como una discriminación por razón de nacionalidad encubierta. El Gobierno austriaco no fue capaz de presentar motivo alguno que justificara la restricción, descartando el Tribunal por sí solo la existencia de un riesgo de grave perjuicio para el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social. De ahí pasó a considerar el requisito como desproporcionado y por lo tanto declaró contraria al Derecho de la Unión Europea la restricción de la exportabilidad de la prestación. Una vez más, cabe preguntarse sobre los potenciales límites de esta doctrina: ¿por qué esta prestación de desempleo sí puede ser exportada y las restantes están sometidas a condiciones? Si el Gobierno austriaco hubiera impuesto las mismas condiciones que para el desempleo ordinario, ¿la sentencia habría ido en el mismo sentido?

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La tendencia señalada en crónicas anteriores continúa. Disminuyen las sentencias origi-

nadas por las Directivas en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres, mientras que aumentan las que traen causa de las Directivas generales de 2000. En concreto, merece la pena resaltar que la sentencia *Feryn* es la primera que ha analizado la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

4.1. No discriminación por el origen racial o étnico

En efecto, la sentencia de 10 de julio de 2008, *Feryn*¹⁵, abre un nuevo capítulo en la

¹⁵ STJCE de 10 de julio de 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y Firma Feryn NV*, asunto C-54/07 (Rec. 2008, p. I-5187). Comentada en F. BAYREUTHER, «Drittbezogene und hypothetische Diskriminierungen», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008, pp. 986-990; J. CAVALLINI, «Une déclaration publique d'un employeur peut constituer en elle-même une discrimination fondée sur la race ou l'ethnie», *La Semaine Juridique – Social*, 1520, 2008, pp. 25-26; T. NAGUIB, «Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Richtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive», *Aktuelle juristische Praxis – AJP*, 2008, pp. 1240-1254, A. POTZ, «GIBG-Hopping? Schadenersatzjäger und das GIBG», *Österreichisches Recht der Wirtschaft*, 2008, p. 730-733; M. SPRENGER, «Aktuelle Tendenzen des EuGH im Diskriminierungsrecht - Rechtsprechung oder Rechtsfortbildung?», *Betriebs-Berater*, 2008, pp. 2405-2409; H. TISSANDIER, «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2008, pp. 885-887; A. POTZ, «Öffentliche Äußerungen eines Unternehmers im Lichte des europäischen Gleichbehandlungsrechts», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2008, pp. 495-505; L. FABIANO, «Le parole come pietre» nel diritto antidiscriminatorio comunitario», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 2054-2058; J. F. LINDNER, «Staatliches 'Anprangern' des Arbeitgebers wegen Verstoßes gegen das AGG?», *Recht der Arbeit*, 2009, pp. 45-48; F. SAVINO, «Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1, 2009, pp. 243-251; R. KRAUSE, «Case C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV, [2008] ECR I-5187», *Common Market Law Review*, 47, 3, 2010, pp. 917-931.

trayectoria de la Unión Europea en materia de igualdad de oportunidades, al ser la primera que se pronuncia sobre la Directiva 2000/43/CE. El litigio original, puesto en marcha por el organismo belga responsable de la promoción de la igualdad de trato, perseguía la condena de una empresa belga especializada en la venta y la instalación de puertas basculantes y seccionales cuyo administrador había manifestado públicamente que no podía emplear a «extranjeros» a causa de las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado durante la ejecución del trabajo¹⁶. Los tribunales belgas habían rechazado la iniciativa, al no existir prueba ni presunción de que alguna persona hubiera solicitado el empleo y no hubiera sido contratada por razón de su origen étnico. La cuestión prejudicial planteada abarcaba un amplio abanico de cuestiones recogidas en la Directiva.

El primer punto de discusión era la existencia, o no, de una discriminación directa, ante la ausencia de una víctima identificable. Frente a la argumentación defendida por el Reino Unido, el Tribunal consideró que el objetivo de promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social difícilmente se alcanzaría si el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 se limitara únicamente a los supuestos en los que un candidato a un empleo que no haya sido contratado, y se considere víctima de una discriminación directa, haya ejercitado acción judicial contra el empleador. La capacidad de disuasión que afirmaciones como las estudiadas tienen sobre los potenciales trabajadores

¹⁶ «Debo cumplir las exigencias de mis clientes. Si usted me dice: ‘quiero tal producto o quiero esto o lo otro’, y yo le digo ‘yo no lo hago, envíe a mis empleados’, usted dirá ‘no quiero su puerta’. Terminaría por cerrar mi negocio. Debemos responder a las exigencias de los clientes. Ése no es mi problema. Yo no he creado este problema en Bélgica. Quiero que la empresa funcione y que al final del año alcancemos nuestro volumen de negocios, y ¿cómo lo consigo? [...] idebo alcanzarlo adaptándome a los deseos del cliente!».

era manifiesta, de acuerdo con la sentencia. En cuanto a los medios para reaccionar contra ella, la Directiva no impide la adopción por parte de los Estados de mecanismos que habiliten la intervención de asociaciones y organismos, en lugar de limitarlo a los hipotéticos perjudicados. Por todo ello, el Tribunal concluyó la existencia de una discriminación directa prohibida por la Directiva.

Admitido este punto, el razonamiento judicial se centró a continuación en la inversión de la carga de la prueba recogida en el texto comunitario. Las declaraciones del empresario en el litigio original fueron consideradas por la sentencia como un hecho susceptible de dar lugar a la inversión. Eso sí, el tribunal remitente debería verificar si los hechos estaban probados y valorar la suficiencia de los elementos aportados en su defensa (por ejemplo, una demostración de que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones).

La última cuestión trataba de las sanciones que podrían imponerse al empleador. De acuerdo con la Directiva, corresponde a los Estados determinar su régimen, especificando únicamente que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que podrán incluir el pago de una indemnización a la víctima. Al no existir en este caso una víctima directa, el Tribunal tuvo que mostrarse considerablemente creativo, y ofreció una amplia respuesta: «Esas sanciones pueden consistir en su caso, y si ello parece apropiado para la situación controvertida en el litigio principal, en la declaración de la discriminación por el tribunal o la autoridad administrativa competente, acompañada del grado de publicidad adecuado, cuyo coste en tal caso soporte la parte demandada. Pueden también consistir en la conminación al empleador, según las reglas del Derecho nacional, a cesar en la práctica discriminatoria declarada, en su caso junto con una multa coercitiva. Pueden consistir además en la concesión de una indemnización al organismo que haya promovido el procedimiento».



4.2. No discriminación por discapacidad

Tiene gran interés la sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman*¹⁷. En ella el Tribunal ha estudiado la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, con una notable peculiaridad en el ámbito subjetivo: el origen de la discriminación no era el propio trabajador sino un familiar discapacitado.

En efecto, la Sra. Coleman alegaba haber sido despedida de su empresa por tener un hijo discapacitado y necesitado de importantes cuidados. Los hechos aceptados como probados en el litigio principal indicaban que había sido objeto de un trato peor que el recibido por trabajadores de la misma empresa cuyos hijos no eran discapacitados (negación de derechos, comentarios insultantes, amenazas de despido...). La mayor parte de los siete Gobiernos que intervinieron en el asunto

¹⁷ STJCE de 17 de julio de 2008, *S. Coleman y Attridge Law, Steve Law*, asunto C-303/06 (Rec. 2008, p. I-5603). Se ofrece aquí únicamente una selección del amplísimo número de comentarios. G. TOGGENBURG, «Discrimination by association: a notion covered by EU equality law?», *European Law Reporter*, 2008, pp. 82-88; F. BAYREUTHER, «Drittbezogene und hypothetische Diskriminierungen», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008, pp. 986-990; B. MESTRE: «Discrimination by association: protected by EU Law but limiting the scope of Mangold», *European Law Reporter*, 2008, pp. 300-305; A. BOUJEKA, «Le handicap par association. Note sous CJCE, Grande chambre, 17 juill. 2008, S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law, aff. C-303/06», *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, pp. 865-873; M. LE BARBIER – LE BRIS, «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2008, pp. 883-885; P. MELOT DE BEAUREGARD, «Diskriminierungsschutz ohne Ende?», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2009, pp. 18-22; F. WELTI, «Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf / Unmittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2009, p. 148-152; M.I. ROFES I PUJOL, «Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 20, 2009, pp. 200-211.

to se mostró contraria a considerar esta situación como una discriminación, puesto que sostenían que sólo podían ser víctimas de ella aquellas personas que, en una situación análoga a la de otras personas, fueran tratadas de manera menos favorable o colocadas en una situación desventajosa en razón de características que les fuesen propias.

El Tribunal comenzó su razonamiento señalando que, ciertamente, algunas de las disposiciones de la Directiva sólo tienen sentido si se aplican a personas discapacitadas. Pero también señaló que la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, puesto que el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la norma. En apoyo de esta interpretación, el Tribunal recurrió al sexto considerando de la Directiva, que menciona la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, y que remite tanto al combate general contra toda forma de discriminación como a la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad.

Un serio obstáculo para que la petición prosperase era la anterior doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Chacón Navas*, donde se había establecido una interpretación restrictiva de la noción de discapacidad. Invocada por los Gobiernos, el Tribunal eliminó la traba señalando que la restricción apuntada se refería a los tipos de discriminación no incluidos en la Directiva, pero que nada exigía que los motivos efectivamente recogidos fueran interpretados de tal forma. Una interpretación como ésta reduciría considerablemente el efecto útil de la Directiva y de ahí que la sentencia considerara acertado atender al fundamento «objetivo» de la discriminación y no al criterio subjetivo: «no es menos cierto que el motivo del trato



menos favorable del que la Sra. Coleman alega haber sido víctima lo constituye precisamente la discapacidad».

Tras remitir al litigio original la necesidad de probar la discriminación, con la pertinente indicación sobre el peso de la carga, el Tribunal continuó analizando las cuestiones planteadas. Reconocida la existencia de discriminación, se seguía el reconocimiento de la existencia de una conducta tipificable como acoso en los términos de la Directiva, recordando, eso sí, los posibles matices que cada Estado puede dar a esta definición.

Destacadísima sentencia, en conclusión, que amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE y que abre muy interesantes posibilidades para su invocación en el futuro en otras materias.

4.3. No discriminación por edad

El amplio abanico de causas recogido en la Directiva 2000/78/CE incluye la edad, que está siendo una de las materias más prolíficas como origen de cuestiones prejudiciales, en línea con lo advertido en crónicas anteriores. La sentencia de 23 de septiembre de 2008, *Bartsch*¹⁸, estudió el caso de una ciudadana alemana a la que se le denegó una pensión de viudedad, a cargo de la empresa de su difunto cónyuge, por el hecho, recogido en su Reglamento, de ser quince años más joven que el fallecido.

El Tribunal de Justicia se mostró muy cauteloso a la hora de abordar la cuestión prejudicial. En primer lugar, por cuestiones temporales, puesto que en el momento de autos no había concluido el plazo de transposición de la Directiva. Lo cual, no obstante, no ha impedido al Tribunal pronunciarse en otros

¹⁸ STJCE de 23 de septiembre de 2008, *Birgit Bartsch y Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfür- sorge GmbH*, asunto C-427/06 (Rec. 2008, p. I-7245).

casos. En segundo lugar, se señaló que el Reglamento de pensiones de la empresa no era en modo alguno una norma de desarrollo de la Directiva.

La rápida respuesta fue, en definitiva, que el Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario.

4.4. No discriminación por razón de sexo

No deja de resultar llamativo que la única sentencia destacada sobre esta materia en el periodo analizado haya tenido lugar en el marco de un recurso por incumplimiento. En efecto, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Comisión contra Italia*¹⁹, ha tenido una considerable repercusión, puesto que analizó las diferentes edades de jubilación de funcionarios (65 años) y funcionarias (60 años) en aquel país. La Comisión, sobre la base del artículo 141 TCE, consideró que la remuneración recibida tras la jubilación estaba sometida

¹⁹ STJCE de 13 de noviembre de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*, asunto C-46/07 (Rec. 2008, p. I-151*, publicación del sumario). Comentada en W. FERRANTE, «Condanna dell'Italia per la differente età pensionabile tra uomini e donne pubblici dipendenti», *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 4 Sez. II, 2008, pp. 50-52; J-P. LHERNOULD, «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2009, pp. 201-202; P. SCHLESINGER y F. BONETTI, «Pensione di vecchiaia dei dipendenti pubblici e parità di trattamento tra uomini e donne», *Il Corriere giuridico*, 2009, pp. 589-599; L. TERMINIELLO, «La previsione di un diverso requisito anagrafico per uomini e donne ai fini della percezione della pensione INPDAP viola l'art. 141 del Trattato CE», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2009, pp. 452-456; F. ANGELINI, «Il principio della parità retributiva nel lavoro pubblico», *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, pp. 721-730.

da a este precepto y que por lo tanto no cabían diferencias basadas en el sexo. Es jurisprudencia asentada del Tribunal que las prestaciones pagadas por los Estados a sus antiguos empleados pueden ser consideradas como remuneración.

Tras analizar extensísimamente los criterios establecidos por el Tribunal en las sentencias *Beune et Niemi* sobre la consideración de un sistema de jubilación como régimen profesional (que la pensión no afecte más que a una categoría particular de trabajadores; que se calcule en función del tiempo de servicio; y que su montante se calcule sobre la base del último salario del funcionario), la sentencia estableció que, en efecto, se trataba de tal figura, y no de un régimen ordinario de Seguridad Social (que queda excluido del artículo 141 TCE). Los argumentos ofrecidos por Italia sobre el carácter de medida protectora de las mujeres de este régimen fueron así mismo rechazados.

5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO

5.1. Derechos de información en el contrato de trabajo

La sentencia de 18 de diciembre de 2008, *Ruben Andersen*²⁰, se ha ocupado de analizar un nuevo aspecto de la Directiva 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo, en el marco de las peculiaridades del Derecho danés, que en ocasiones admite la transposición de directivas a través de convenios colectivos.

En efecto, el Sr. Andersen celebró varios contratos de reinserción con un municipio

²⁰ STJCE de 18 de diciembre de 2008, *Ruben Andersen y Kommunernes Landsforening*, asunto C-306/07 (Rec. 2008, p. I-10279). Comentada en F. TEMMING: «Richtlinienumsetzung durch die Sozialpartner: Die blosse Anwendung einer tarifvertraglichen Regelung reicht aus», *European Law Reporter*, 2009, pp. 142-149.

danés, que en lugar de aplicar la legislación general en materia de derechos de información se rigen por un convenio colectivo específico de transposición. De acuerdo con éste, en el supuesto de que un municipio no haya expedido una carta de contratación o de que ésta contenga errores, el municipio podrá expedir dicha carta o corregirla en un plazo de quince días a partir de que el trabajador le advierta de la omisión o de los errores. Si el empleador no responde dentro de dicho plazo, el trabajador puede acudir a los tribunales para esgrimir sus derechos. Habiéndose producido errores en materia de información en los contratos del Sr. Andersen y no estando éste afiliado a ningún sindicato, consideró que no le era de aplicación el mencionado convenio, sino la legislación general, de lo cual se derivaría el derecho a percibir una indemnización y no una simple corrección.

Para el Tribunal, el hecho de que no estuviera afiliado a sindicato alguno carecía de transcendencia, siempre que el sistema imperante garantizase la protección efectiva dispensada por la Directiva. Dado que el convenio cuestionado permitía el acceso a los tribunales a todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, o al menos tal situación debía comprobar el juez nacional, la alegación fue descartada. En línea con este razonamiento, el Tribunal consideró que el Sr. Andersen estaba «cubierto» por un convenio, lo cual descartaba las excepciones recogidas en la propia Directiva sobre las vías de acceso a los tribunales nacionales.

La última parte de la cuestión prejudicial buscaba la interpretación de la expresión «contrato o relación laboral temporal» utilizada en el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 para exceptuar del mismo requisito del requerimiento previo del trabajador para acceder a la vía judicial, pretendiendo aclarar si debe interpretarse en el sentido de que se refiere al conjunto de contratos y relaciones laborales de duración determinada o solamente a los de corta duración.



Esta terminología es una excepción en el Derecho comunitario, puesto que no se recoge en ningún otro texto (recuérdese que la Directiva 1999/70/CE utiliza «trabajo de duración determinada», y ni siquiera la Directiva 2008/104/CE, sobre empresas de trabajo temporal ha resucitado la expresión). Esta situación llevó al Tribunal a afirmar que el legislador comunitario no tenía motivos particulares para referirse a todos los trabajadores con contratos de duración determinada (puesto que ya existía esta terminología y deliberadamente la esquivó), sin distinción alguna y cualquiera que fuese la duración del contrato. Afirmó la sentencia, por lo tanto, que pretendía referirse a los trabajadores que tuviesen un contrato de corta duración, dado que precisamente dicha duración podía obstaculizar en la práctica su acceso efectivo a esta vía.

La determinación de la «corta» duración del contrato correspondería a los tribunales nacionales, pero siempre teniendo en mente que el legislador comunitario quiso referirse a los trabajadores cuyo contrato es de tan corta duración que la obligación de proceder a un requerimiento previo al recurso judicial podría perjudicar su acceso efectivo a la vía judicial.

5.2. Transmisión de empresas

La sentencia de 16 de octubre de 2008, *Kirtruna*²¹, tiene el interés añadido, a pesar de su exótico nombre, de estudiar el Derecho español. En el marco del proceso concursal de Red Elite de Electrodomésticos, Electro Calvet se subrogó en los contratos de 127 trabajadores y 27 establecimientos, comprometiéndose a mantener esos contratos laborales.

²¹ STJCE de 16 de octubre de 2008, *Kirtruna, S.L., Elisa Vígano y Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Cristina Delgado Fernández de Heredia, Sergio Sabini Celio y Miguel Oliván Bascones, en calidad de administradores concursales de Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Electro Calvet, S.A.*, asunto C-313/07 (Rec. 2008, p. I-7907).

Al producirse la cesión, la propietaria de los locales arrendados de Sitges donde se encontraba uno de los establecimientos instó su desahucio, pues a su entender dicha subrogación implicaba un traspaso no consentido. Los contratos de arrendamiento originales excepcionaban la Ley de Arrendamientos Urbanos, estableciendo que toda cesión del contrato habría de ser consentida por el arrendador y que, en caso contrario, éste tendría la facultad de instar su resolución. El desahucio conllevaría la extinción de los contratos transmitidos y en este punto se plantearon las dudas sobre los efectos de la Directiva 2001/23/CE al Juzgado de lo Mercantil de Barcelona.

Merece la pena destacar que esta cuestión prejudicial dedica más apartados a resolver la admisibilidad de las preguntas planteadas que a resolver su fondo, poniendo de manifiesto varias de las reglas procedimentales más destacadas. Entre éstas, cabe destacar la presunción de pertinencia de la cuestión («la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario 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» y «no puede destruirse por la mera circunstancia de que una de las partes del litigio principal niegue algunos hechos, cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia y de los cuales depende la definición del objeto de dicho litigio»).

Descartadas dos de las preguntas por su carácter hipotético, el Tribunal resolvió conjuntamente las restantes, que en síntesis buscaban aclarar si la Directiva amparaba el mantenimiento del contrato de arrendamiento de un local de negocio celebrado por el cedente de la empresa con un tercero cuando



la resolución de dicho contrato pueda implicar la extinción de los contratos laborales transmitidos al cesionario.

La sentencia señaló que el contenido de la Directiva se refiere a los derechos que resultan de un contrato de trabajo o de una relación laboral. En estos términos, un contrato de arrendamiento no tiene, evidentemente, tal carácter, puesto que establece una relación jurídica entre un arrendador y un arrendatario que tiene por objeto la regulación de las condiciones del arrendamiento. A pesar de su finalidad protectora, la Directiva no puede abarcar estos aspectos, puesto que supondría quebrar su letra en exceso. Ha de recordarse, por añadidura, que la propia norma establece que el traspaso de una empresa no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario, pero no impide los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo. El desahucio estudiado, pues, podría dar lugar a estos despidos sin que la Directiva funcionara como un escudo frente a ellos.

Una segunda sentencia, de 27 de noviembre de 2008, *Juuri*²², retomó el tema centrándolo en la protección a la que tienen derecho los trabajadores en caso de incumplimiento de lo establecido en la Directiva. La demandante en el litigio original trabajaba en un restaurante para empleados de una empresa regida por el convenio de metalurgia, que también se le aplicaba a ella. Como consecuencia de una

²² STJCE de 27 de noviembre de 2008, *Mirja Juuri y Fazer Amica Oy*, asunto C-396/07 (Rec. 2008, p. I-8883). Comentada en S. KRIEGER, «Kriterium der festen wirtschaftlichen Präsenz eines Unternehmens bei Lohngarantieansprüchen», *Neue juristische Wochenschrift*, 2009, p. 47-48; R. RESCH, «Betriebsübergang/Beendigung Arbeitsvertrag/Finanzielle Entschädigung», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 2009, pp. 195-198; J-P. LHERNOULD, «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2009, pp. 193-195.

transmisión de empresa, pasó a aplicársele, en su debido momento, el convenio de hostelería y restauración. La Sra. Juuri reclamó el mantenimiento del convenio metalúrgico y a resultas de la negativa de la empresa rescindió su contrato de trabajo, exigiendo una indemnización por el perjuicio resultante.

Tras un considerable periplo judicial, se planteó la cuestión, que versaba sobre la responsabilidad del empresario cuando un contrato de trabajo se extingue por voluntad del trabajador, fundamentada en un empeoramiento esencial de las condiciones de trabajo a consecuencia de una transmisión de empresa, si el cesionario ha mantenido, después de la transmisión, las condiciones de trabajo pactadas mediante un convenio colectivo que confería al trabajador mejores condiciones laborales solamente hasta la fecha de expiración del convenio colectivo y, de esta forma, ha causado el deterioro de las condiciones laborales. La pretensión principal de la demandante era obtener una indemnización por despido improcedente, la más alta contemplada en el Derecho finlandés.

El Tribunal de Justicia comenzó su razonamiento recordando que la Directiva no fija las consecuencias de su incumplimiento, sino que entrega a los Estados dicha responsabilidad. Así, no prevé ninguna obligación a cargo de los Estados miembros de garantizar a los trabajadores una indemnización ni, lo por tanto, de garantizar que las modalidades de este régimen sean idénticas a otros regímenes más protectores garantizados en los Derechos nacionales. No existe, pues, una armonización de la protección ofrecida en los Estados miembros.

Ahora bien, para garantizar el efecto útil de la Directiva, los Estados, a través de los órganos judiciales especialmente, deben garantizar al menos que, en supuestos como éste, el cesionario soporte las consecuencias que el Derecho nacional aplicable asigna a la rescisión del contrato de trabajo o de la relación de trabajo imputables al empresario,



como el pago del salario y de otras ventajas correspondientes, en virtud de ese Derecho, al período de preaviso que dicho empresario debe respetar.

En cuanto al periodo de «supervivencia» del convenio colectivo, la sentencia señaló que la Directiva no obliga al cesionario a garantizar el mantenimiento de las condiciones de trabajo convenidas con el cedente más allá de la fecha de expiración de éste, aunque esta fecha coincida con la de la transmisión de la empresa. Se trata de una obligación, pues, de mínimos.

5.3. Garantía en caso de insolvencia empresarial

Una normativa que no deja de generar cuestiones prejudiciales es la relativa a la protección en caso de insolvencia empresarial. En este caso, la sentencia de 16 de octubre de 2008, *Holmqvist*²³, analizó aspectos transnacionales de esta situación. La normativa comunitaria regula situaciones en las que una empresa desarrolla actividades en dos o más Estados miembros, pero en este caso concreto se trataba de una empresa sueca de transportes internacionales que carecía de filiales en otros Estados. Al declararse la insolvencia de dicha empresa, el demandante del litigio original vio denegada su protección por la Administración sueca al considerar ésta que sus actividades principales se desarrollaban en los Estados a los que transportaba las mercancías y no en Suecia. Considerando que la Directiva 80/987/CEE podía verse infringida, el Tribunal sueco planteó la cuestión prejudicial.

De acuerdo con las opiniones del Gobierno holandés, el Tribunal de Justicia consideró

²³ STJCE de 16 de octubre de 2008, *Svenska staten, representado por la Tillsynsmyndigheten i konkurser y Anders Holmqvist*, asunto C-310/07 (Rec. 2008, p. I-7871).

que era necesario dar una interpretación amplia a la expresión «actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros» recogida en la Directiva. De esta manera, se garantizaría un mínimo de protección de los derechos de los trabajadores por cuenta ajena víctimas de la insolvencia de su empresario y que se encuentran en una situación que contiene elementos de extranjería, al incluir el mayor número de supuestos basados en las relaciones laborales de carácter transnacional.

Utilizando como criterios de interpretación lo resuelto en las sentencias *Mosbæk y Everson y Barrass* y recordando la tramitación de la reforma de la Directiva que incluyó las cláusulas relativas a la actividad transnacional, el Tribunal fue aceptando y descartando los distintos razonamientos propuestos por los Gobiernos, que han participado de forma muy intensa en esta cuestión prejudicial. Así, afirmó que «se refiere a un vínculo más débil que una presencia de la empresa a través de una sucursal o de un establecimiento permanente», rechazando sin embargo la propuesta sueca de que basta con que un trabajador ejerza cualquier forma de trabajo en otro Estado miembro por cuenta de su empleador y que dicho trabajo resulte de una necesidad y una orden de éste, para que se considere que una empresa tiene actividades en el territorio de dicho Estado miembro.

Aceptando el argumento británico, el concepto de «actividad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a elementos que comportan un cierto grado de permanencia en el territorio de un Estado miembro. Dicha permanencia se traduce, como indicó el Gobierno holandés, en la contratación estable de uno o más trabajadores en dicho territorio. Corolario de ello, «para considerar que la empresa establecida en un Estado miembro tiene actividades en el territorio de otro Estado miembro ésta debe disponer en este último Estado de una presencia económica permanente, caracterizada por la existencia de



medios humanos que le permitan llevar a cabo las actividades». Traslado esta doctrina al caso concreto, la simple carga y descarga de los camiones, que no empleaba a

personal propio más allá del conductor, no parecía encajar en la interpretación, lo cual conduciría a la necesidad de la protección sueca de la insolvencia.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

