

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el año 2018*

Review of case-law from the EU Court of Justice during the year 2018

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO**

SUMARIO: 1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. 2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UE. 3.1. Ley aplicable. 3.2. Prestaciones. 4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. 4.1. Igualdad entre mujeres y hombres. 4.2. Origen racial o étnico. 4.3. Discapacidad. 4.4. Discriminación por religión. 5. CONDICIONES DE TRABAJO. 5.1. Tiempo de trabajo. 5.2. Contratos de duración determinada. 5.3. Insolvencia empresarial. 5.4. Despidos colectivos. 5.5. Transmisión de empresas.

2018 fue el año de la consolidación del *liderazgo* de España en el planteamiento de cuestiones prejudiciales en el orden social. Los órganos que en años anteriores ya habían incorporado este mecanismo a su práctica habitual han continuado empleándolo y nuevos órganos, tanto del orden social como del contencioso-administrativo, se han unido a esta tendencia. Las sentencias más destacadas del año fueron, sin duda, *Montero Mateos*, *Grupo Norte* y *De Diego Porras II*, tan sobradamente comentadas que serán omitidas en esta reseña.

En materia de movilidad de las personas, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto su capacidad interpretativa para actualizar la letra de las Directivas a la realidad social. Las sentencias sobre matrimonios entre personas del mismo sexo y parejas no casadas ponen de manifiesto que el Tribunal sigue siendo, cuando quiere, una fuente de innovación. En la otra vertiente de la movilidad, la que se dirige a las empresas antes que a las personas, la tendencia flexibilizadora continúa, en cambio.

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

La sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept e Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor*

*Interne, con intervención de Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, asunto C-673/16*¹, sacudió poderosamente las conciencias de los países del Centro y del Este de Europa. Se trató de una sentencia dictada en Gran Sala, con observaciones de los Gobiernos de Rumanía, Letonia, Hungría, Países Bajos y Polonia, además de la Comisión Europea.

* Este trabajo se inserta en los resultados del proyecto (AEI) "Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales", concedido a la Universidad de Santiago de Compostela.

** Universidad de Santiago de Compostela.

¹ ECLI:EU:C:2018:385

El punto de partida de la cuestión prejudicial era la Directiva 2004/38/CE, que concede a los miembros de la familia de un ciudadano comunitario que no tengan dicha condición un derecho de residencia derivado. El punto de llegada era el Código Civil rumano, que establece que “los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía”.

El Sr. Coman era nacional rumano y estaba casado, conforme al Derecho belga, con el Sr. Hamilton, estadounidense. Al consultar las condiciones de residencia en Rumanía, la respuesta que obtuvieron fue muy restrictiva, al negarse cualquier valor a su matrimonio. Impugnada esta decisión, por discriminatoria por razón de la orientación sexual y contraria a la libre circulación, el *iter* judicial rumano terminó ante el Tribunal Constitucional, que fue el que elevó la cuestión prejudicial.

El inicio de la sentencia no pudo ser más desalentador para las pretensiones del matrimonio: “de una interpretación literal, sistemática y teleológica de las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE resulta que esta únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos de aquel del que es nacional y no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional”.

Consciente de esta limitación, el Tribunal recoló, sin que nadie se lo hubiera pedido, el litigio en el ámbito del artículo 21 TFUE: “el efecto útil de los derechos que el artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere al ciudadano de la Unión de que se trate exige que la convivencia familiar que este ciudadano ha mantenido en dicho Estado miembro pueda continuar a su regreso al Estado miembro del que es nacional, mediante la concesión de un derecho de residencia derivado al miembro de la familia en cuestión, nacional de un tercer Estado”. Dicho esto, podía iniciar el examen de las cuestiones prejudiciales, ya que existía una convivencia anterior en Bélgica.

El Tribunal no se anduvo con rodeos: “debe recordarse ante todo que el concepto de «cónyuge» en el sentido de la Directiva 2004/38/CE es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate”. Merece la pena recalcar aquí la capacidad del Tribunal de poner al día una norma frente a la voluntad inicial del legislador. Quien piense que en 2004 la Directiva incluía ya este enfoque, cuando sólo los Países Bajos y Bélgica admitían el matrimonio entre personas del mismo sexo, es el elegido para acariciar a un unicornio.

El siguiente razonamiento fue también de notable finura. Si el artículo 2.2.b remite expresamente a las legislaciones nacionales para determinar qué es “miembro de la familia”, el silencio respecto del cónyuge del artículo 2.2.1 implica que las legislaciones nacionales no pueden decir nada al respecto. Un razonamiento éste, por cierto, por el que podría colarse el matrimonio poligámico, si llegara a estar admitido alguna vez en un Estado miembro.

¿Cómo casaba esto con las competencias exclusivas de los Estados en materia de estado civil? Para el Tribunal, por encima de dicha exclusividad está la necesidad de respetar el Derecho de la Unión en el ejercicio de las competencias. La negativa estatal a reconocer el matrimonio válido en otro Estado crearía una asimetría intolerable en la libertad de circulación. En el caso concreto, negaría a un ciudadano la posibilidad de retornar a su Estado de origen.

Quedaba superar el último obstáculo: las consideraciones objetivas que justifiquen la medida restrictiva, aplicadas de forma proporcionada. Varios de los Gobiernos (es fácil imaginar que todos, menos los de los Países Bajos) señalaron la voluntad de algunos Estados de preservar el matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer, añadiendo el Gobierno letón el orden público y la identidad nacional. Los argumentos bálticos fueron rechazados rápidamente: la UE respeta la identidad nacional (sin más explicaciones) y el orden público solo puede invocarse en caso de amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. A juicio del Tribunal, en nada

afectaba a la configuración de los matrimonios en dichos Estados el hecho de que reconocieran lo que sucede en el exterior, sin alterar en modo alguno sus regímenes internos.

Curiosamente, el Tribunal de Justicia empleó para reforzar su argumentación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algo del todo inhabitual: “de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de «vida privada» y en el de «vida familiar» del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación (TEDH, sentencia de 7 de noviembre de 2013, Vallianatos y otros c. Grecia, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, y TEDH, sentencia de 14 de diciembre de 2017, Orlandi y otros c. Italia, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143)”.

Vencidos así los obstáculos, el Tribunal declaró que la actuación de Rumanía era contraria al derecho a la libre circulación de las personas. Las consecuencias prácticas de ello eran que un cónyuge del mismo sexo tenía derecho de residencia en el Estado, con requisitos que no podían ser más estrictos que los exigidos a un cónyuge de distinto sexo, conforme a la Directiva 2004/38/CE.

Posteriormente, en la *sentencia de 12 de julio de 2018, Secretary of State for the Home Department y Rozanne Banger, asunto C-89/17*², el Tribunal interpretó la noción de “otros miembros de la familia”. El artículo 3.2 de la Directiva 2004/38/CE dispone que se ha de facilitar la entrada y residencia a “la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada”, que se sitúa así en un escalón inferior de derechos frente al cónyuge o la pareja de hecho registrada. La Sra. Banger, sudafricana, no había tenido el menor problema al instalarse en los Países Bajos con su pareja británica, pero al cruzar el Canal tiempo después se encontró con el rechazo de las autoridades británicas, puesto que su normativa no recogía dichas facilidades y sólo se ocupa de la “gama alta” de convivencia.

No puede olvidarse que la Directiva 2004/38/CE no funciona “en casa”. El Tribunal ha afirmado en varias ocasiones, y recalado en este caso, que “esta Directiva no puede dar soporte a un derecho del nacional de un tercer Estado, pareja no registrada de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional, a que este Estado miembro facilite la concesión de una autorización de residencia”. La solución, por lo tanto, tenía que proceder de otra fuente, en este caso el artículo 21 TFUE.

El argumento clásico del Tribunal, de nuevo utilizado aquí, es la posible disuasión en el ejercicio de la libre circulación, ante la perspectiva de que no sea posible un retorno con pareja. Por ello, la jurisprudencia viene exigiendo un trato análogo al dispensado por la Directiva en otros Estados y en esta sentencia se renovó dicho pronunciamiento, descartando los argumentos del Gobierno británico.

El reconocimiento de este derecho, no obstante, no puede ser ilimitado, concedió el Tribunal frente a la duda planteada por el órgano judicial. Los Estados conservan una cierta capacidad de rechazar la entrada y residencia. Pero, eso sí, y tal fue el contenido del fallo, la denegación “debe basarse en un estudio detenido de las circunstancias personales del solicitante y estar motivada”.

La última pregunta planteada por el órgano británico ahondaba en una cuestión que está, en los últimos tiempos, sensiblemente presente en la actividad del Tribunal de Justicia: los medios de protección internos de los derechos concedidos por el ordenamiento de la UE. La respuesta, de nuevo, estuvo en línea con lo que se viene manteniendo en casos anteriores. Los Estados miembros deben dotar de instrumentos equivalentes a estas reclamaciones, administrativos y judiciales, para garantizar el disfrute de los derechos.

2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La llamada “economía colaborativa” volvió a ser examinada por el Tribunal de Justicia y de nuevo recibió un serio revés. Tras el pronunciamiento *Asociación Profesional*

² ECLI:EU:C:2018:570

Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L., asunto C-434/15, de diciembre de 2017, la cuestión se planteó de nuevo en la *sentencia de 10 de abril de 2018, Uber France SAS, asunto C-320/16*³. De nuevo, la Gran Sala, con una composición muy similar al caso anterior y el mismo ponente, consideró que la actividad de Uber es un servicio de transportes. Repitieron así mismo participación buena parte de los Gobiernos nacionales que habían presentado observaciones hacía escasos meses.

La sentencia sorprendió por su brevedad. Trece párrafos fueron suficientes para zanjar la cuestión, que en buena medida heredaba características de la previa. La pregunta del Tribunal francés, en este caso, buscaba de nuevo determinar si Uber es un servicio de la sociedad de la información o un servicio de transportes, con las considerables consecuencias que ello conlleva en Derecho de la UE. Buena parte de la explicación de la brevedad viene de la reutilización de argumentos de entonces, más de la mitad de la elaboración de la sentencia. Se refrenda así, de forma incontrovertida, la naturaleza de servicio de transporte. La sentencia insistió de nuevo en la exclusión de la Directiva 2006/123/CE de lo considerado en el litigio.

Quizás el párrafo más destacado fuera el apartado 21, en el que el Tribunal de Justicia reflexionó sobre la situación de dependencia de los conductores frente a Uber, describiendo a la perfección el nuevo rostro del clásico rasgo del Derecho del Trabajo: “el servicio de intermediación prestado por la sociedad de que se trata estaba indisolublemente vinculado a la oferta de servicios de transporte urbano no colectivo creado por esta, habida cuenta, en primer lugar, del hecho de que esa sociedad proporcionaba una aplicación sin la cual esos conductores no habrían estado en condiciones de prestar servicios de transporte, y las personas que desean efectuar un desplazamiento urbano no habrían podido recurrir a los servicios de los citados conductores y, en segundo lugar, del hecho de que esa sociedad ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores, en particular estableciendo el precio

máximo de la carrera, recibiendo este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso podía entrañar la exclusión de estos”.

La rápida reiteración de la doctrina recogida en estas dos sentencias parece augurar una limitación próxima por parte de los Estados de las actividades de Uber. Corren malos tiempos para estas nuevas formas de negocio en Europa. Queda como incógnita de futuro qué sucederá en el Reino Unido, donde existen poderosas voces que apoyan el desarrollo de Uber, tras el Brexit.

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

Probablemente, en el campo social, ninguna materia salvo la igualdad de trato entre mujeres y hombres ha provocado los afanes del Tribunal de Justicia como la interpretación de los Reglamentos de Seguridad Social, e incluso a veces de los propios Tratados constitutivos. Desde los tiempos primigenios de la sentencia *Unger* a propósito del Reglamento nº 3, se cuentan por docenas, quizás una gruesa, las ocasiones en que las dudas de los Tribunales nacionales sobre tan arcana normativa han provocado la acción del Tribunal. Y no es esta situación baladí, ya que se trata de la interpretación única y uniforme de Reglamentos directamente aplicables en todos los Estados miembros. No hay aquí las medias tintas que tan bien conocemos derivadas del posible efecto directo de las Directivas. Lo dicho por el Tribunal de Justicia aquí será válido en los Estados miembros cuando apliquen sus normativas nacionales de Seguridad Social con un elemento transnacional.

3.1. Ley aplicable

Resulta llamativa la proliferación en los últimos años de sentencias sobre la ley aplicable en materia de Seguridad Social, una cuestión que había pasado prácticamente desapercibida en la jurisprudencia. Es, probable-

³ ECLI:EU:C:2018:221

mente, reflejo de cómo los desplazamientos de trabajadores, de dudosa calidad social, se siguen incrementando.

Buen ejemplo de ello es la sentencia de 6 de febrero de 2018, *Ömer Altun, Abubekir Altun, Sedrettin Maksutogullari, Yunus Altun, Absa NV, M. Sedat BVBA, Alnur BVBA con intervención de Openbaar Ministerie, asunto C-359/16*⁴, que parece a primera vista una mera cuestión burocrática, pero tiene una gran importancia. De acuerdo con ella, el juez del Estado de destino de un trabajador desplazado puede no tener en cuenta los certificados E 101 (actual A1) que garantizan su conexión con la Seguridad Social del Estado de origen. Para ello, tendrá que haberse comprobado que se obtuvieron o invocaron de forma fraudulenta y la institución encargada de su expedición hizo caso omiso de esta situación. El juez, en todo caso, debe respetar todas las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo. Téngase en cuenta que todo el mecanismo de articulación de los sistemas nacionales de Seguridad Social se basa en el respeto a los documentos emitidos en otro Estado miembros, para evitar trabas burocráticas. Ello hace pensar que el fraude cometido en Bélgica por la empresa suministradora de trabajadores búlgaros debía tener proporciones colosales.

Por su parte, la *sentencia de 6 de septiembre de 2018, Salzburger Gebietskrankenkasse, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, con intervención de Alpenrind GmbH, Martin-Meat Szolgálató és Kereskedelmi Kft, Martimpex-Meat Kft, Pensionsversicherungsanstalt, Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, asunto C-527/16*⁵, ahondó en el fondo de la cuestión. El régimen de Seguridad Social de los desplazamientos de trabajadores discurre por los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009. Esta regulación supone el ejemplo perfecto de la complejidad de este sistema normativo, puesto que para conocer en su integridad la norma aplicable a estos trabajadores es necesario recorrer, sucesivamente, el artículo 12 del Reglamento de base, el (CE) n° 883/2004; el

artículo 14 del Reglamento de aplicación, el (CE) n° 987/2009; y la no menos importante Decisión A2 de la Comisión Administrativa. Recuérdese, además, que el Reglamento de base ya fue modificado por el Reglamento (UE) n° 465/2012.

Esta ordenación tripartita lleva a una regulación en cascada, donde el segundo Reglamento y la Decisión van matizando el texto de base. Así, este establece que: “La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada”.

Sirva como ejemplo el inicio del artículo. El Reglamento (CE) n° 987/2009 indica en su artículo 14.1 que la persona indicada “podrá ser una persona contratada con miras a enviarla a otro Estado miembro, siempre y cuando el interesado, *inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo*, está ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que la emplea esté establecida”. Y a este matiz añade la Decisión A2 una nueva precisión, en su punto 1, párrafo 4: “A título indicativo, el trabajador que haya estado sujeto al menos un mes a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador puede considerarse que cumple la condición a la que hacen referencia las palabras inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo”.

En el caso estudiado por el Tribunal de Justicia, la empresa austriaca Alpenrind, que explotaba en Salzburgo un matadero, tenía un contrato con la húngara Martin-Meat labores de despiece y envasado de carne, que se llevaban a cabo por personal de esta empresa en los locales de aquella. A su vez, la empresa húngara celebró con Martimpex, otra empresa húngara de nombre sospechosamente parecido, otro contrato por la que esta se comprometía a despiezar más carne en las instalaciones de Alpenrind. A la Seguridad Social austriaca tantas *czardas* contractuales le parecieron sospechosas y procedió a dar de

⁴ ECLI:EU:C:2018:63

⁵ ECLI:EU:C:2018:669

alta a más de 250 trabajadores de Martimpex en el seguro obligatorio, señalando que eran trabajadores por cuenta ajena en la república alpina. La decisión fue impugnada y llegó hasta el Tribunal Supremo, que planteó la cuestión prejudicial. Ha de recordarse, por añadidura, que Alpenrind y Martin-Meat ya habían estado implicadas en una anterior cuestión prejudicial sobre desplazamiento de trabajadores (C-586/13), a propósito de sus prácticas de cesión de mano de obra.

Buena prueba del interés de esta cuestión es la participación en el proceso de los gobiernos austriaco, belga, checo, alemán, irlandés, francés, húngaro y polaco, además de la Comisión Europea. Nadie solicitó la resolución en Gran Sala, por lo que la Sala Primera, presidida por la española Rosario Silva de Lapuerta, se ocupó del caso.

Como es bien sabido, el documento A1 es la base del sistema, al establecer la vinculación de una persona con una determinada legislación de Seguridad Social. Tradicionalmente, estos documentos eran incuestionables, aunque jurisprudencia reciente ha empezado a admitir su control por el Estado de destino, ante el fraude emergente. La primera pregunta iba en ese preciso sentido, al inquirir si los A1 vinculan también a los Tribunales del Estado de destino.

El Tribunal interpretó el Reglamento (CE) nº 987/2009 en sentido contrario. Para la sentencia, este Reglamento supone la consolidación de largos años de experiencia en la aplicación de las normas anteriores y consagra el principio de la “intangibilidad” de los A1, fuera de los casos de fraude y abuso de Derecho. Lo contrario llevaría a dejar en entredicho el sistema basado en la cooperación leal entre las instituciones competentes de los Estados miembros. Los A1 vinculan, por lo tanto, a los Tribunales, con los matices de la anterior sentencia *Altun*.

Antes de elevarse la cuestión prejudicial, la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social había emitido un dictamen, aceptado por los gobiernos de Austria y de Hungría, en el que se indicaba que los A1 discutidos eran incorrectos. Nada se había hecho, no obstante, y continuaban en vigor. La pregunta del órgano austriaco ver-

saba sobre la fuerza vinculante de dicha opinión. El Tribunal no tuvo dudas a este respecto. La Comisión es un órgano consultivo, con funciones de conciliación. No puede privar de valor por sí misma a un documento A1, competencia exclusiva del Estado que la emitió. El análisis del caso continuó recordando que el antiguo E101 podía ser emitido con efectos retroactivos, aunque no fuera lo ideal. Lo mismo debía trasladarse al A1. Por lo tanto, sería posible que Austria hubiera emitido con carácter retroactivo los pertinentes certificados.

La modificación de 2012 del artículo 12 del Reglamento (CE) nº 883/2004 introdujo el adjetivo “enviada” para limitar las posibles sustituciones llevadas a cabo por trabajadores desplazados. Dado que la actividad de Martin-Meat se había extendido durante largos años, el Tribunal de origen consideraba que era posible que se hubiera infringido tal prohibición. A la hora de estudiar el precepto, el Tribunal hizo una afirmación de gran trascendencia: “la falta de mención explícita en el texto de la disposición a los domicilios sociales de los empleadores respectivos o a la existencia en su caso de vínculos personales u organizativos entre ellos da a entender que esas circunstancias no resultan relevantes a la hora de interpretarla”. Recordó además el carácter de norma especial del artículo 12 frente a las reglas del artículo 11 para la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social. Toda excepción en los Reglamentos ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, como es doctrina consolidada del Tribunal.

Uniendo estos puntos era fácil deducir que el Tribunal iba a pronunciarse en contra de la extensión a todos los trabajadores del privilegio del artículo 12, la vinculación con el Estado de origen. Las cadenas organizadas de desplazamientos sufren un severo golpe con esta sentencia, que no obstante deja indemne la fuerza del certificado A1.

Finalmente, la sentencia de 25 de octubre de 2018, «Walltopia» AD y Direktor na Teritorialna direksia na Natsionalnata agentisia za prihodite — Veliko Tarnovo, asunto C-451/17⁶, tiene la particularidad de ser una

⁶ ECLI:EU:C:2018:861

de las escasas cuestiones prejudiciales procedentes de Bulgaria, país del que procedían los fraudulentos A1 del caso *Altun* ya comentado. El protagonista era el Sr. Punchev, contratado el 15 de septiembre de 2016 por Walltopia en Bulgaria, enviado al Reino Unido el 26 de septiembre del mismo año y despedido el 25 de octubre, sin que quede claro por qué. Su vinculación con el sistema de Seguridad Social búlgaro fue rechazada, y por ello denegada la emisión del certificado A1, puesto que no había transcurrido un mes de contrato antes del desplazamiento. Impugnada judicialmente la negativa, el Tribunal búlgaro planteó cuatro preguntas al Tribunal de Justicia, que este resolvió de forma unificada.

El Tribunal, en un doble análisis del artículo 12 del Reglamento (CE) n° 883/2004 y del artículo 14 del Reglamento (CE) n° 987/2009, señaló que nada se opone en ellos a que una persona sea contratada para ser enviada a otro Estado miembro. Ahora bien, sí que es necesario, de acuerdo con el segundo precepto, que la persona haya estado sujeta a la legislación del Estado de origen.

La sentencia dedicó un largo razonamiento a estudiar qué se entiende por dicha sujeción, analizando los diversos criterios que contiene el Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004. Uno de ellos, muy relevante en este caso, era el del artículo 11.3.e, la persona que no está comprendida en ninguna de las restantes situaciones previstas en el precepto. En ese caso, la vinculación se procede con el Estado de residencia. Repárese en que el precepto no está fijando una protección por parte de la Seguridad Social búlgara, sino una sujeción formal, que cumpliría en este caso, si el juez nacional así lo consideraba.

¿Qué faltó en este caso? Cualquier mención a la Decisión A2 de la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, cuya interpretación cambia de forma radical con esta sentencia. La poderosa flexibilización que trae consigo este pronunciamiento desmonta en gran medida el requisito de la vinculación anterior, puesto que la residencia se constituye en título suficiente para el envío. La equivalencia entre residencia y actividad parece cambiar radicalmente la filosofía. Se verá.

3.2. Prestaciones

En ocasiones, los Reglamentos no son la única fuente de la que se derivan importantes derechos en materia de Seguridad Social. Es el caso de la *sentencia de 7 de marzo de 2018, DW y Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra, asunto C-651/16*⁷. De acuerdo con la legislación letona, una trabajadora que hubiera desempeñado su actividad profesional fuera de la república báltica durante parte de los meses anteriores a dar a luz se vería perjudicada muy severamente en el cálculo de su prestación por maternidad. Tras un largo periplo judicial en el caso de la Sra. DW, quien había estado al servicio de las instituciones de la Unión Europea, el Tribunal Supremo de Letonia elevó una cuestión prejudicial, preguntando sin ambages si una norma como esta podía colisionar con el artículo 45 TFUE, la base de la libre circulación de trabajadores.

Como se ve, no hubo mención alguna al Reglamento (CE) n° 883/2004 ni al Reglamento (CE) n° 492/2011. Las normas de Derecho derivado no resultaban relevantes, de acuerdo con los sucesivos Tribunales letones. Es menester señalar que la pregunta estaba formulada en términos negativos ([la normativa letona] “no se opone”) mientras que el Tribunal, al abordar el caso, la formuló en términos positivos, exactamente al contrario.

Al Tribunal no le supuso un gran esfuerzo determinar que la situación de la trabajadora quedaba incluida en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE. Es jurisprudencia asentada que la libre circulación no sólo la ejerce quien se va a trabajar a otro país, sino también quien entra al servicio de una organización internacional, en especial la Unión Europea.

Fijado así el marco del análisis, salió a la luz toda la jurisprudencia anterior sobre las medidas que pueden disuadir a los nacionales de un Estado miembro de ejercer el derecho que le conceden los Tratados. Una medida como la examinada, que asimilaba el trabajo en la Unión Europea a la falta de cotizaciones, no podía recibir otra calificación que la de obstáculo a la libre circulación.

⁷ ECLI:EU:C:2018:162

No obstante, el Gobierno letón intentó defender la justificación objetiva de la medida. La explicación provendría del hecho que el riesgo de pérdida de las “prestaciones temporales” no supone un obstáculo serio, por su propio carácter efímero. El Tribunal zanjó rápidamente la cuestión señalando que incluso los impedimentos de carácter menor han de estar proscritos.

El segundo argumento gubernamental fue el clásico desequilibrio del sistema de financiación de la Seguridad Social. Habida cuenta de que esta alegación fue presentada de forma vaga y abstracta, sin presentar las debidas pruebas estadísticas, el Tribunal de Justicia la rechazó de igual forma.

La conclusión fue la obvia: no cabe en el esquema europeo un sistema de cálculo de prestaciones, por insignificantes que sean, que perjudique a quien ha ejercitado la libre circulación.

Como es sabido, la regla general en la normativa de la Unión Europea de articulación de sistemas de Seguridad Social es la exportabilidad de las prestaciones y la prohibición de las cláusulas de residencia. La más notable de las excepciones a dicha regla, por voluntad de los Reglamentos y por su estrecha conexión con el mercado de trabajo nacional, es la prestación por desempleo. Ésta sólo puede percibirse, en principio, en el territorio del Estado competente para su abono. Pero esta excepción, a su vez, conoce una propia excepción interna, la posibilidad tasadísima de su exportación a través del procedimiento regulado en el artículo 64 del Reglamento (CE) nº 883/2004. Por primera vez, éste va a ser examinado por el Tribunal de Justicia.

En efecto, la sentencia de 21 de marzo de 2018, *J. Klein Schiphorst y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, asunto C-551/16*⁸, ha respondido a una cuestión prejudicial planteada desde los Países Bajos, el segundo Estado que más prestaciones de desempleo exporta conforme a dicho mecanismo. La originalidad del asunto ha provocado la intervención con observaciones de 6 Gobiernos, entre ellos el de Polo-

nia, el país que recibe más exportaciones de este tipo (con tasas de éxito en la recolocación ridículas, por cierto).

El protagonista del litigio original había obtenido la autorización de la Administración neerlandesa para exportar su prestación de desempleo a Suiza durante tres meses, el plazo ordinario recogido en los Reglamentos. Al solicitar la prórroga excepcional por otros tres meses, ésta fue denegada por la Seguridad Social del Estado de origen, sin que a juicio del recurrente existiera motivación suficiente, al limitarse a seguir la práctica general en dicho Estado. La discrecionalidad de esta decisión es lo que se cuestionaba en la cuestión prejudicial. El hecho del desplazamiento a Suiza carecía de importancia, dado que el acuerdo de 1999 hace que el régimen en esta materia establecido por los Reglamentos sea aplicable en el país alpino.

La discrecionalidad se deriva de la utilización del verbo “podrán” en el artículo 64.1.c del Reglamento (CE) nº 883/2004. A juicio de los Gobiernos neerlandés, danés, sueco y noruego (Estados exportadores de prestaciones todos ellos) del uso de este término se desprendería que “el tenor de esta disposición no obliga a las instituciones competentes a extender hasta un máximo de seis meses el período durante el cual se conservan las prestaciones por desempleo percibidas por una persona desempleada que se desplaza a otro Estado miembro para buscar trabajo”.

El Tribunal se mostró receptivo a esta interpretación, que coincidía con la opinión del Abogado General en sus Conclusiones. Se trataría de una situación excepcional, como se deduce de los trabajos legislativos y del contexto de la norma. Merece destacar que este último criterio fue fundamental en la formación del juicio del Tribunal. El contraste entre los tres meses garantizados y esta prórroga excepcional inclinaron la opinión hacia la legitimación de la medida.

Quedaba por último hacer la ponderación sobre la efectividad de un criterio general de denegación, pues tal era la práctica neerlandesa. La Administración alegó que a pesar de la existencia de este criterio existen vías para que se conceda la prórroga, concreta-

⁸ ECLI:EU:C:2018:200

mente cuando “el interesado está inmerso en un proceso que puede llevarle a conseguir un empleo o cuando presenta una declaración de intenciones de un empresario que le ofrece perspectivas reales de contratación en dicho Estado miembro”.

Por todo ello, la sentencia ratificó la amplia potestad para denegar (pues de eso se trataba) la prórroga de la exportación del desempleo. Merece la pena destacar que en la actual propuesta de reforma del Reglamento, el periodo de tres meses se extiende a seis meses y el periodo potestativo pasa a alcanzar hasta el final del tiempo en el que se tiene derecho a prestaciones.

Una vez más, los Tribunales españoles fueron el origen de cuestiones prejudiciales en esta materia. En primer lugar, se encuentra la *sentencia de 15 de marzo de 2018, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y José Blanco Marqués, C-431/16*⁹. Se trató de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que casi ha necesitado dos años para su resolución, un plazo inusualmente largo en la práctica del Tribunal de Justicia.

Para su análisis, parece conveniente exponer los hechos con más detalle. El Sr. Blanco Marqués percibía una pensión de incapacidad calculada únicamente con las cotizaciones al régimen español de Seguridad Social, disfrutando además de un complemento del 20 %, con arreglo al Decreto 1646/1972. Cuando alcanzó la edad de 65 años, obtuvo una pensión de jubilación de la Seguridad Social suiza, teniendo en cuenta exclusivamente las cotizaciones abonadas al régimen de Seguridad Social obligatorio suizo. Posteriormente, el INSS suprimió el complemento del 20 %, considerando que dicho complemento era incompatible con la percepción de una pensión de jubilación. En el marco de la anulación judicial de esta decisión y su posterior revisión en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), planteó una cuestión prejudicial compuesta de varias y enjundiosas preguntas.

La primera apuntaba a la consideración como cláusula de reducción de la normativa alegada por el INSS, en la interpretación dada por el Tribunal Supremo. Recuérdese que conforme al artículo 12.2 del Reglamento (CEE) n° 1408/71¹⁰, “salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa, las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión establecidas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de Seguridad Social o con otros ingresos de cualquier tipo podrán hacerse valer frente al beneficiario, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro”. Para el Tribunal de Justicia, valorando su jurisprudencia anterior, quedó claro que la suspensión del complemento procedía de una cláusula de reducción.

El punto más interesante, por la generalidad que puede tener la extensión de esta doctrina, fue la respuesta a la segunda pregunta. En ella, el Tribunal afirmó que la jurisprudencia nacional del órgano supremo ha de equipararse a la legislación a los efectos de la interpretación del Reglamento. Como ya había señalado en *Comisión contra Italia*, “aunque no cabe tomar en consideración resoluciones judiciales aisladas o muy minoritarias, no ocurre lo mismo con una interpretación jurisprudencialmente confirmada por el órgano jurisdiccional nacional supremo”. Piénsese en la consecuencia de esta afirmación, que lleva, entre otros destinos, a posibilitar recursos por incumplimiento fundados en la jurisprudencia. Habida cuenta de los tiempos de transposición judicial que vivimos, parece importante este planteamiento.

Para la resolución del caso concreto, la pregunta más importante era la tercera, que apuntaba a determinar si las dos prestaciones tenían la misma naturaleza y por lo tanto podían ser objeto de la aplicación de cláusulas de reducción. La jurisprudencia a la hora de caracterizar esta identidad es bastante clara: “las prestaciones de Seguridad Social son de

⁹ ECLI:EU:C:2018:189

¹⁰ Que resultaba aplicable en este caso por el momento en que se habían concedido las prestaciones.

la misma naturaleza cuando su objeto y su finalidad así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean idénticos. Por el contrario, no deben considerarse elementos constitutivos, para la clasificación de las prestaciones, las características meramente formales”.

A juicio del Tribunal, la pensión española de incapacidad y la suiza de jubilación encajaban en tal similitud, ya que las primeras “presentan características análogas a las de las prestaciones de vejez, en la medida en que tienen por objeto garantizar medios de subsistencia a los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y que, habiendo alcanzado una cierta edad, tendrán además dificultades para encontrar un empleo en un ámbito diferente al de su profesión habitual”. Serían en cambio diferentes de las de desempleo, puesto que la reincorporación del incapaz permanente sólo conllevaría la pérdida del complemento.

La siguiente pregunta del Tribunal español, condicionada por la positiva respuesta a la anterior, buscaba determinar qué cláusulas de reducción podían aplicarse en este caso. Y aquí es donde la sentencia pone de manifiesto el arcano contenido de los Reglamentos: “el artículo 46 *ter*, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 dispone que las cláusulas que prohíben la acumulación contenidas en la legislación de un Estado miembro sólo se aplicarán a una prestación calculada según lo dispuesto en el artículo 46, apartado 1, letra a), inciso i), de dicho Reglamento cuando se cumplen dos requisitos acumulativos, a saber, en primer lugar, cuando se trata de una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos y, en segundo lugar, si la prestación se menciona en la parte D del anexo IV”.

Desentrañando este misterio, ambas prestaciones habrían sido calculadas efectivamente conforme al citado precepto. El primero de los dos acumulativos sería dudoso, pero en todo caso el Tribunal señaló que el complemento no figuraba en el anexo, lo que haría inviable su aplicación. En dicho anexo aparecen únicamente “las pensiones españolas de muerte y de supervivencia concedidas dentro

del régimen general y los regímenes especiales”. La sentencia, en definitiva, parece indicar que es posible el disfrute del disputado complemento, al no poder aplicarse las cláusulas de reducción discutidas.

En segundo lugar, la *sentencia de 28 de junio de 2018, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Jesús Crespo Rey, con intervención de Tesorería General de la Seguridad Social, asunto C-2/17*¹¹, añadió un nuevo mojón en el largo camino del tratamiento de la jubilación, en una nueva cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, probablemente la comunidad autónoma donde más influencia tiene la normativa comunitaria de Seguridad Social.

El Sr. Crespo Rey había emigrado a Suiza tras haber cotizado en España. Al terminar su cotización en el país alpino, suscribió un convenio especial con la Seguridad Social española, cuyas cuotas se correspondían con la base mínima de cotización, de acuerdo con la normativa española sobre convenios especiales para emigrantes. Al calcular en 2014 el INSS su pensión de jubilación, empleó esta base mínima para cubrir la laguna anterior al convenio especial y no recurrió a las cotizaciones reales, más elevadas, previas al desplazamiento a Suiza.

Merece la pena recoger, literalmente, las cuestiones planteadas por el TSJ, puesto que expresan a la perfección la complejidad de la normativa aplicable: “¿Deben entenderse excluidas de la expresión “la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo” a que se alude en el Anexo XI.G.2 del [Reglamento n.º 883/2004] aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores? En caso de respuesta afirmativa a la [primera] cuestión,

¹¹ ECLI:EU:C:2018:511

y de conformidad con el Anexo XI.G.2 del [Reglamento n.º 883/2004], ¿son remedios adecuados para reparar el perjuicio causado al trabajador migrante tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el período cotizado al amparo del convenio de mantenimiento de cotizaciones como período neutro o un paréntesis?”. Como es fácil imaginar, la sentencia dio lugar a una enjundiosa respuesta, a cargo del conocido F. Biltgen.

El núcleo del problema, desde una perspectiva de Derecho de la Unión Europea, era la diferencia de trato entre alguien que no hubiera ejercitado la libre circulación, que habría podido elegir su base de cotización en el convenio especial, y alguien que la hubiera disfrutado efectivamente, atado normativamente a la base mínima. Otro perjuicio se derivaba de la “prolongación” artificial por la Seguridad Social de dichas bases mínimas, en una interpretación estricta del Anexo XI, que le llevaba a descartar las bases reales anteriores.

El arranque del razonamiento judicial fue el mismo que en la sentencia anterior: el contraste entre la competencia de los Estados para organizar sus sistemas de Seguridad Social y la necesidad de respetar imperativamente los derechos garantizados por el ordenamiento de la UE. De ahí que el Tribunal dedicara varios párrafos a estudiar los efectos del sistema español a propósito del convenio especial. Su conclusión fue el claro perjuicio y el remedio la interpretación conforme o la inaplicación directa de la norma nacional: “A falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, el régimen aplicable a los miembros del grupo favorecido sigue siendo el único sistema de referencia válido”.

Y sin perjuicio de que la solución definitiva correspondiera al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la sentencia ofreció un atisbo de esta: “debe destacarse a este respecto que este objetivo podría alcanzarse, a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases”.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

4.1. Igualdad entre mujeres y hombres

En esta materia, España ha aportado las cuestiones prejudiciales de más interés. La sentencia más importante fue, probablemente, el caso *Porras Guisado*. Se trató de la *sentencia de 22 de febrero de 2018, Jessica Porras Guisado y Bankia, S.A., Sección Sindical de Bankia de CCOO, Sección Sindical de Bankia de UGT, Sección Sindical de Bankia de AC-CAM, Sección Sindical de Bankia de SATE, Sección Sindical de Bankia de CSICA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), con intervención de Ministerio Fiscal, asunto C-103/16*¹², una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En ella se intentaba determinar si era posible incluir a una embarazada entre los afectados por un despido colectivo. En el plano jurídico, por lo tanto, se trataba de estudiar la articulación de la Directiva 92/85/CEE, elativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, y la Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos.

La Sra. Guisado Porras llevaba varios años trabajando en Bankia, cuando en 2013 tuvo lugar en dicha empresa un complejo proceso de reestructuración, que implicó el obligado periodo de consultas de la representación de los trabajadores, en este caso cuatro secciones sindicales. En dichas negociaciones, se pactaron dos criterios de prioridad de permanencia: “En el caso de matrimonios o parejas de hecho, sólo se podrá afectar a uno de los cónyuges a su elección de acuerdo a las necesidades funcionales y de perfiles requeridos, pudiendo ser necesaria la movilidad geográfica para cumplir este requisito; en el caso de empleados con alguna discapacidad superior al 33 % reconocida y acreditada por los organismos competentes de cada Comunidad Autónoma, y siempre y cuando exista amortización de su puesto de trabajo, se valorará su reubicación en otro puesto siempre y cuando sea acorde a su perfil profesional”.

¹² ECLI:EU:C:2018:99

Para el resto del personal, se llevó a cabo un proceso de valoración, tratado también en el periodo de consultas, que baremó las distintas situaciones. La Sra. Porras Guisado obtuvo una de las valoraciones de menor puntuación de la provincia de Barcelona, por lo que se le comunicó la extinción de su contrato de trabajo, con el abono de la indemnización correspondiente. El quid de la cuestión radicaba en que, en el momento de su despido, la trabajadora estaba embarazada. El Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró no otorgó relevancia alguna a esta situación, pero en suplicación la Sala de lo Social expresó varias dudas sobre la articulación entre las Directivas mencionadas, planteando la cuestión prejudicial.

La parte inicial de la sentencia se ocupó de descartar las objeciones planteadas por Bankia. En primer lugar, la empresa había alegado que la vulneración de la Directiva 92/85/CEE no se suscitó hasta la fase de suplicación. Además, señalaba que una acción individual de despido no era el trámite oportuno para impugnar los criterios de permanencia. Como es habitual, el Tribunal de Justicia no entró a valorar ninguna de estas cuestiones de legalidad interna. Todas ellas deberían haberse sustanciado ante el Tribunal Superior de Justicia a través de los mecanismos procesales oportunos de la LRJS.

La segunda objeción tenía que ver con el carácter hipotético de la cuestión prejudicial. Como es bien sabido, este mecanismo está diseñado para resolver dudas interpretativas que son centrales en la resolución del litigio original. Bankia sostenía que, al no tener conocimiento del embarazo, todo el problema tenía carácter teórico. Tal afirmación era contraria a lo que constaba en autos, por lo que el Tribunal decidió abordar el fondo del asunto.

La primera pregunta planteada apuntaba, directamente, a la articulación entre ambas Directivas. La Directiva 92/85/CEE permite, excepcionalmente, la extinción del contrato de la trabajadora embarazada en “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Por su parte, la Directiva 98/59/CE se construye sobre “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. ¿Encaja la primera definición en la segunda?

La sentencia partió de la necesidad de disfrutar de la protección de ambas Directivas, insistiendo en el carácter excepcional de las situaciones donde el despido de una trabajadora embarazada puede ser admitido. Para ello, es necesaria una comunicación escrita que contenga los motivos justificados para la extinción, y además que dicho despido esté admitido en la legislación nacional. Esta segunda exigencia, a ojos del Tribunal, podía identificarse con las reglas sobre despido colectivo.

El desarrollo del primer requisito indicado anteriormente no ocupó mucho espacio en la dinámica de la sentencia. Se limitó a indicar que “estos motivos pueden ser, entre otros, económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa”. Añadió, además, que era preciso identificar los criterios objetivos empleados para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña preguntó también si la nulidad del despido prevista en el Estatuto de los Trabajadores era medida de protección suficiente conforme a la Directiva, al dejar abierta la posibilidad a que el despido se lleve efectivamente a cabo. La sentencia distinguió el contenido de los artículos 10.1 y 10.3 de la Directiva. Por un lado, los Estados deben prohibir el despido de la embarazada. Por otro, deben tomar medidas para protegerla frente a las consecuencias de éste, dos momentos claramente diferenciados. La nulidad se correspondería con la segunda etapa. Sin embargo, de la sentencia se desprende que el Derecho español no contiene una prohibición expresa y preventiva del despido de una trabajadora embarazada. Literalmente, nada puede objetarse y debe procederse a su introducción en el Estatuto de los Trabajadores.

Otra de las dudas, expresada en varias preguntas, afectaba a la inexistencia de un mecanismo legal paralelo al que contiene la legislación para los representantes de los trabajadores. Nada a este respecto condenó al Tribunal puesto que, como había señalado la Comisión Europea, la Directiva “no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de

trabajo, aplicables con anterioridad al despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia”.

En este caso, la respuesta del Tribunal no parece que en nada vaya a enmendar la posición de la Sra. Porras Guisado, pendientes de la resolución que dé el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La sentencia, en todo caso, debería hacer reflexionar sobre la transposición mínima de Directivas. Los Estados son libres de otorgar una mayor protección que la que exigen las normas comunitarias. Y sin embargo, en muchas ocasiones, se opta por no separarse apenas del canon demandado por la Directiva. Una reflexión cuidadosa sobre los límites de las Directivas, que podría extraerse de la observación comparada y del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, podría conducir a mejores adaptaciones del ordenamiento europeo y a la creación de normas más garantistas.

Una nueva cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia fue resuelta por el Tribunal de Justicia en la *sentencia de 19 de septiembre de 2018, Isabel González Castro y Mutua Univale, Prosegur España, S.L., Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), asunto C-41/17*¹³. La Sra. González Castro, guardia de seguridad, solicitó tras dar a luz y reincorporarse a su trabajo, normalmente en turnos rotatorios y en ocasiones en horario nocturno, una evaluación de los riesgos que este conllevaba durante la lactancia. La mutua correspondiente se lo denegó, confirmando el Juzgado de lo Social dicha denegación, pero planteándose un considerable número de dudas a la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, que elevó la cuestión prejudicial a propósito de las Directivas 92/85/CEE y 2006/54/CE.

La primera pregunta buscaba saber si una trabajadora que solo realiza trabajo nocturno en el turno correspondiente encajaba o no en la caracterización del artículo 7 de la primera de las Directivas, sobre protección de su seguridad y su salud. La respuesta del Tribunal de Justicia fue positiva, al considerar que

en caso contrario se disminuiría el efecto útil de la norma comunitaria. Matizó, eso sí, que para poder beneficiarse de las medidas que dispone dicho artículo, “la trabajadora de que se trata debe presentar un certificado médico que dé fe de la necesidad de dichas medidas desde el punto de vista de su seguridad o su salud, según las modalidades determinadas por el Estado miembro de que se trate”.

Las preguntas segunda a cuarta fueron respondidas de forma unitaria por el Tribunal de Justicia, al ocuparse todas ellas de la posible discriminación existente y la carga de la prueba relativa a ella. En síntesis, el TSJ quería saber si la denegación a la trabajadora podía ser considerada como discriminatoria y conllevar un desplazamiento de la carga probatoria sobre el riesgo del puesto.

El Tribunal de Justicia, en el caso *Otero Ramos*¹⁴, también planteado por el TSJ de Galicia, ya había declarado que las disposiciones sobre prueba de la Directiva 2006/54/CE se extendían a los derechos derivados de la Directiva 92/85/CEE. En consecuencia, la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad y constituye una discriminación directa por razón de sexo.

Tras una detenida consideración sobre los riesgos en el asunto en cuestión, el Tribunal estableció de forma contundente que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada “debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”. Las reglas sobre carga de la prueba entrarían en juego después, en sede judicial. Curiosamente, el Tribunal no tuvo reparo alguno en evaluar los hechos. La sentencia establece sin ningún género de duda que la evaluación llevada a cabo fue insuficiente, aunque esto debe confirmarlo el TSJ (sin mucho margen de opción, ciertamente).

¹³ ECLI:EU:C:2018:736

¹⁴ ECLI:EU:C:2017:789

Con esta sentencia, el Tribunal insiste en la vía que abrió en *Otero Ramos*. Debe extremarse el celo en el cuidado de la salud de la mujer embarazada o que ha dado luz. Dicho control ha de ser especialmente cuidado por parte de las empresas y han de ponerse a disposición de la mujer los mecanismos procesales que favorezcan su tutela.

Por último, ha de hacerse mención de la *sentencia de 4 de octubre de 2018, Tribunalulul Botoșani, Ministerul Justiției y Maria Dicu, asunto C-12/17*¹⁵, una extraña excepción a la tendencia protectora del Tribunal en esta materia. Se trató de una cuestión prejudicial resuelta en Gran Sala, es de imaginar que a solicitud de Rumanía, el Estado de origen del litigio. Además del rumano, cuatro Gobiernos (entre ellos el español) y la Comisión Europea han presentado observaciones, lo cual no deja de ser un indicio de que este caso fue entendido como algo particularmente relevante.

Los hechos eran simples: una magistrada que había dado a luz y disfrutado sucesivamente de un permiso de maternidad y de un permiso parental había visto sus vacaciones reducidas al no computar su Tribunal el tiempo de este último permiso como tiempo de trabajo efectivo¹⁶. Se trataba, por lo tanto, de estudiar la articulación entre la Directiva 2003/88/CE, que establece el derecho a cuatro semanas de vacaciones, la legislación nacional aplicable, que lo extendía a treinta y cinco días, y la Directiva 2010/18/UE, que regula el permiso parental. Tal era la duda que se planteó en el litigio que siguió a la denegación del permiso.

El Tribunal de Justicia comenzó su razonamiento recordando la finalidad de las vacaciones: descansar en la ejecución de las tareas y el bien conocido “ocio y esparcimiento”. Descansar, para el Tribunal, requiere trabajar antes. La sentencia dedicó algunos párrafos a justificar las excepciones a esta afirmación, a propósito de la articulación con los permisos

por enfermedad o por maternidad. La jurisprudencia en este sentido es clara y ha acarreado importantes cambios en el Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien, dicha jurisprudencia “no puede aplicarse *mutatis mutandis* a la situación de un trabajador” como la magistrada del caso estudiado. En primer lugar, porque a diferencia de las dos situaciones anteriores, sostuvo el Tribunal, el disfrute de un permiso parental responde a la voluntad del trabajador y no a situaciones inesperadas. Merece la pena subrayar aquí la utilización del Convenio nº 132 de la OIT como criterio de interpretación de la Directiva 2003/88/CE¹⁷. En segundo lugar, durante el disfrute de ese permiso no hay limitación física o psicológica alguna.

La distinción física con el permiso de maternidad fue el siguiente episodio de la sentencia, deslindando y apartando entre sí ambas situaciones. Y de ahí surgió automáticamente la conclusión, sin un razonamiento dotado de fuerza que lo justifique. Es un simple “no son lo mismo”.

El propio Tribunal pareció ser consciente de esta endebles al autojustificarse en un apartado posterior. “Aunque resulta de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho con distinta finalidad que el primero”, esta afirmación no tenía implicaciones en la articulación entre los dos permisos comentados. El contrafuerte de refuerzo resultó ser tan endeble como la pared que sostenía.

4.2. Origen racial o étnico

Escasas son las sentencias sobre la Directiva 2000/43/CE, sobre discriminación por el origen racial o étnico, y casi nunca plenamente laborales. Su interés, no obstante, hace que deba presentarse cualquier pronunciamiento en esta materia.

¹⁵ ECLI:EU:C:2018:799

¹⁶ De acuerdo con la normativa rumana, los períodos de incapacidad transitoria, permiso de maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia y permiso por hijo enfermo computan como tiempo de trabajo efectivo.

¹⁷ “Coloca, en su artículo 5, apartado 4, las ausencias por enfermedad entre las ausencias del trabajo «por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada», que deben ser «contadas como parte del período de servicios».

De acuerdo con la *sentencia de 15 de noviembre de 2018, Heiko Jonny Maniero y Studienstiftung des deutschen Volkes eV, asunto C-457/17*¹⁸, la concesión, por una fundación privada, de becas destinadas a fomentar proyectos de investigación o de estudios en el extranjero está comprendida en el concepto de «educación», a efectos de la Directiva 2000/43/CE y la prohibición de discriminación por origen racial étnico que contiene. Para ello, debe existir una relación suficientemente estrecha entre las prestaciones económicas concedidas y la participación en esos proyectos de investigación o de estudios.

Lo curioso del caso es que el Sr. Maniero, de nacionalidad armenia, no ha obtenido nada de este caso, puesto que por el simple hecho de ser armenio no hay discriminación por origen racial alguna, sino una simple diferencia de trato basada en la nacionalidad, que como es bien sabido está amparada por los Tratados. La segunda conclusión del Tribunal en este asunto fue, de hecho, que supeditar la concesión a la superación de un examen de Estado no supone discriminación por origen racial o étnico.

4.3. Discapacidad

Curiosamente, esta materia, que era el contenido de la Directiva 2000/78/CE más estudiado por el Tribunal, cedió su protagonismo en 2018. No obstante, una interesante sentencia procedente de España puso de nuevo la reflexión sobre sus contenidos encima de la mesa del Tribunal.

La *sentencia de 18 de enero de 2018, Carlos Enrique Ruiz Conejero y Ferroservicios Auxiliares, S.A., Ministerio Fiscal, asunto C-270/16*¹⁹, respondió a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca a propósito del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajador protagonista del caso tenía una discapacidad reconocida del 37%, derivada principalmente de su obesidad, y durante los años 2014 y 2015 estuvo seis veces en situación de incapacidad temporal. Al superar el 20% de las jornadas

hábiles en los meses de marzo y abril de 2015 y cumplir la exigencia de un 5% de faltas en los doce meses anteriores, la empresa procedió a la extinción del contrato conforme al artículo 52.d ET.

En la impugnación de la extinción, el trabajador alegó que existía una vinculación entre las ausencias y su condición de discapacitado. La empresa, por el contrario, señaló que, al haber renunciado el trabajador a los exámenes médicos periódicos de la mutua, no tenía conocimiento de tal condición. Considerando que el precepto del Estatuto de los Trabajadores podía chocar con la Directiva 2000/78/CE, especialmente con la interpretación de esta que se sostiene tras la sentencia *HK Danmark* de 2013, el Juzgado de lo Social planteó la cuestión prejudicial.

La sentencia comenzó recordando la noción de discapacidad asentada en el Tribunal de Justicia: “una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. En el caso concreto, se trataba de un problema de obesidad. A los ojos del Tribunal de Justicia, primaba el impacto real sobre la capacidad del trabajador que la declaración formal. Incluso llegó a señalar que “el hecho de que se haya reconocido al Sr. Ruiz Conejero la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78”. Esta afirmación puede dar lugar a interpretaciones complejas en el futuro.

Al analizar la normativa española, el Tribunal comenzó recordando que “el trabajador discapacitado al que se aplica esta Directiva debe ser protegido contra cualquier discriminación respecto de un trabajador que no lo es. Por consiguiente, se suscita la cuestión de si la disposición nacional controvertida en el litigio principal puede dar lugar a una discriminación contra las personas discapacitadas”. En este sentido, observó que el Estatuto “se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo. En estas

¹⁸ ECLI:EU:C:2018:912

¹⁹ ECLI:EU:C:2018:17

circunstancias, no cabe considerar que esta disposición establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad”.

En cambio, la diferencia de trato podía surgir de asimilar la enfermedad derivada de la discapacidad con una simple enfermedad, cuestión que desde *Chacón Navas* el Tribunal no ha considerado válida. De acuerdo con la sentencia, un trabajador discapacitado está más expuesto, en principio, al riesgo de aplicación del precepto. De ahí que el paso siguiente fuera, como es habitual, explorar la justificación de la diferencia de trato. De acuerdo con el Gobierno español, la excesiva morbilidad intermitente genera disfunciones en el sistema productivo para las empresas, tanto económicas como de gestión. La finalidad de combatir el absentismo laboral, de acuerdo con la sentencia, ha de considerarse legítima, ya que persigue “un equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabajadores, evitando que con dicha medida se produzcan situaciones injustas o efectos perversos”.

Superado el primer estadio del examen, el segundo, de acuerdo con la jurisprudencia asentada del Tribunal, es comprobar si los medios son adecuados y no van más allá de lo necesario para lograr dicha finalidad. Y aquí se detuvo la sentencia, remitiendo este “trabajo de campo” al órgano jurisdiccional.

Fiel a su costumbre de no abordar los hechos concretos de las cuestiones que se le plantean, el Tribunal elaboró una compleja serie de indicaciones para el Juzgado de lo Social. Tan compleja es, de hecho, que es imposible saber si hay discriminación o no. El gato de Schrödinger ha vuelto a aparecer en Luxemburgo. O el de Cheshire... La primera comprobación debe verificar si los datos numéricos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores se han concebido efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas. Además, “el órgano jurisdiccional remitente debe tomar igualmente en consideración todos los demás aspectos relevantes para efectuar dicha verificación, en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral”. Un tercer aspecto es la

comprobación de si el artículo 52 es un incentivo para la contratación y el mantenimiento del empleo. De toda la lista, quizás este es el aspecto más original. El contexto ha de ser objeto así mismo de valoración, “tomando en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a que se refiere”. Tarea añadida a esta es “examinar si el legislador español no ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad”, sin ignorar “el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado”. La conclusión a la que se llega, tras este homérico catálogo, es que una tesis doctoral está en ciernes y no una sentencia que afecta a los intereses concretos de una persona.

4.4. Discriminación por religión

Hasta tiempos recientes, la discriminación por religión o convicciones había sido la única de las causas recogidas en la Directiva 2000/78/CE que no había sido examinada por el Tribunal de Justicia. Las conocidas *sentencias del velo* rompieron con esta ausencia y la *sentencia de 17 de abril de 2018, Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, asunto C-414/16*²⁰, le dio un matiz adicional al tratamiento jurisprudencial, al tratarse de la primera ocasión en la que la religión es considerada no como un factor interno del trabajador, sino como un requisito profesional esencial.

En la especulación teórica, siempre se consideró que esta exigencia podía venir ligada a determinadas formas de preparación de alimentos, como las reglas *Halal* o *Kosher*, o a la prestación de servicios sociales en el marco de comunidades religiosas, de forma paralela a la reflexión a propósito de la Directiva sobre discriminación por origen étnico. Además, dentro de la Directiva, las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas gozan de unos ciertos privilegios no adjudicados a empresas ordinarias.

²⁰ ECLI:EU:C:2018:257

Concretamente, el artículo 4 reza así: “Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización”.

En el año 2012, la Evangelisches Werk, una organización vinculada a la Iglesia Evangélica de Alemania, encargó la redacción de un informe sobre el Convenio de la ONU sobre la discriminación racial, tarea que se llevaría a cabo mediante un contrato de trabajo de duración determinada. Requisito fundamental para la contratación era el siguiente: “la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicio social evangélico. Se ruega que indique su confesión en su curriculum vitae”. La Sra. Egenberger, una reputada especialista en la materia que concurrió al puesto, no indicó confesión alguna y al no ser seleccionada solicitó una indemnización de cerca de 10.000 euros por haber sido víctima de discriminación por motivos religiosos.

El itinerario judicial alemán fue difuso. El primer Tribunal reconoció una indemnización inferior a la solicitada, el recurso contra su decisión fue rechazado y el litigio llegó finalmente al Tribunal Supremo. Fue en este donde surgió la duda, al distinguir conforme a la jurisprudencia constitucional nacional entre “las actividades «que presentan una proximidad» con la predicación del mensaje de la Iglesia y las actividades «sin proximidad» con esta”. El Tribunal consideraba que la anterior tolerancia para el régimen de las Iglesias po-

día chocar con la Directiva 2000/78/CE, que se limita al requisito profesional esencial. La Gran Sala del Tribunal de Justicia, con el conocido F. Biltgen como ponente, fue la que se encargó de resolver el asunto.

Se trataba de averiguar si su artículo 4 otorga las Iglesias la capacidad por sí solas, sin control judicial o administrativo alguno, de determinar “de forma vinculante que, por la naturaleza de la actividad o el contexto en el que esta se desarrolla, una determinada confesión religiosa del candidato constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de su ética”. El resto de las cuestiones prejudiciales planteadas eran el desarrollo de una respuesta negativa, para precisar el significado del requisito profesional esencial.

La interpretación tradicional admitida por la jurisprudencia alemana, salvo confusión de quien escribe en la lectura de la sentencia, otorgaba a las Iglesias la potestad unívoca de fijar la creencia como requisito. Ahora bien, la filosofía de la Directiva 2000/78/CE implica la necesidad de un control de sus disposiciones. No es necesario recurrir a la doctrina del efecto útil para percibir que si los Estados han de estar sometidos al escrutinio judicial, también lo han de estar los restantes sujetos dentro de su ámbito. Lo contrario, la admisión de la autotutela eclesiástica, supondría un régimen que devolvería a la querrela de las Inviduas, y que mal encaje tendría en el ordenamiento de la UE.

Ese control sería emanación del articulado de la Directiva, pero también de la exigencia de una tutela judicial efectiva que se desprende del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. Por una vez, esta sí es aplicable en un litigio, al identificarse la Directiva 2000/78/CE con un desarrollo normativo de uno de sus preceptos. Tras estudiar la abundante normativa de Derecho originario aplicable y los Tratados internacionales relativos a la materia, la sentencia concluyó que era necesario un control judicial efectivo de las decisiones en esta materia.

Establecida la necesidad de un control judicial, la tercera de las preguntas inquiría sobre los criterios que debían ser analizados.

Es esta una cuestión particularmente delicada, puesto que el sistema de libertad religiosa imperante exige a los Estados miembros, en palabras del Tribunal, “salvo en casos verdaderamente excepcionales, abstenerse de apreciar la legitimidad de la propia ética de la iglesia o de la organización de que se trate”. Ahora bien, ya no se trata de dogma, sino de empleo remunerado. Recuérdese, de pasada, como en el remoto caso *Van Duyn* en 1974, que alumbró el efecto directo de las Directivas, el Tribunal no tuvo el menor reparo en admitir que la Iglesia de la Cienciología de entonces podía ser considerada como una secta.

El punto de partida ha de ser la naturaleza de las actividades o el contexto en el que se realicen. La caracterización de la sentencia es clara y en buena medida parece inspirada por el deslinde que hizo, décadas atrás, entre el ejercicio del poder público y el empleo público: “cuando implica participar en la determinación de la ética de la Iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación, o bien de las circunstancias en que debe desarrollarse dicha actividad, como la necesidad de garantizar una representación fidedigna de la Iglesia o de la organización a efectos externos”.

Fijado así este primer aspecto, el segundo punto de atención del Tribunal fue la exigencia de la Directiva sobre el requisito profesional: “esencial, legítimo y justificado”. Cada uno de los tres términos fue objeto de un análisis detenido. “Esencial” significa que “la pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la Iglesia o de la organización de que se trate debe resultar necesaria debido a la importancia de la actividad profesional en cuestión para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización”.

“Legítimo”, por su parte, implica que “el requisito de pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la iglesia o de la organización de que se trate no sirva para promover un objetivo ajeno a dicha ética o al ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización”. Por último, “justificado” trae consigo que “la iglesia o la organización

que hayan exigido este requisito está obligada a demostrar, a la luz de las circunstancias de hecho del caso concreto, que el riesgo alegado de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía es probable y grave, de tal modo que el establecimiento de ese requisito resulte verdaderamente necesario”. Pocas veces ha sido el Tribunal, en los últimos tiempos, tan explícito y analítico en el estudio de un artículo. Como colofón, añadió la necesidad de proporcionalidad, en tanto que principio general del Derecho comunitario.

La parte final de la sentencia da el paso de la teoría a la práctica. La segunda pregunta planteada por el Tribunal alemán buscaba saber cómo obrar si el Tribunal de Justicia declaraba la incompatibilidad de la norma nacional con la europea. Es decir, una vez más, nos hallamos ante un supuesto de eficacia horizontal de directivas, un problema que cada día asume dimensiones más importantes y que merece una reflexión detenida por parte del legislador europeo.

Como se sabe, el órgano judicial nacional debe llevar a cabo una interpretación conforme que no sea *contra legem*, arrasando cualquier jurisprudencia que se interponga en su camino, como quedó claro en el caso *Rasmussen*. Esta era la reticencia principal del órgano de origen, que se consideraba imposibilitado para llevar a cabo la interpretación conforme.

Y aquí apareció la Carta. La prohibición de discriminación como principio general de Derecho de la Unión surge de ella, de su artículo 21, y la Directiva 2000/78/CE no es más que una medida de desarrollo. Por ese motivo, “esta prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión”. Misma doctrina se predica de la tutela judicial efectiva, recogida en el artículo 47.

Por lo tanto, el Tribunal estaba obligado a garantizar la plena eficacia jurídica de estos preceptos. Naturalmente, debería llevar a cabo una ponderación entre los distintos intereses en juego, pero a la hora de efectuarla no podía ignorar el equilibrio recogido en la Directiva 2000/78/CE, que pasaría así de norma aplicable a fuente de interpretación. Y si fue-

ra necesario inaplicar cualquier norma nacional, el Tribunal debería obrar de tal manera.

El caso *Egenberger* sorprende por su rotundidad. La separación entre lo eclesiástico y lo terrenal es tan clara que maravilla. Después de este pronunciamiento, se abre la puerta a un replanteamiento de los poderes de las organizaciones religiosas en el dominio de la contratación. Esto no debería dar lugar a nuevas cuestiones prejudiciales, puesto que lo expuesto es, en opinión de quien escribe, tajante. Pero recordando todo el camino que fue necesario para deslindar el antiguo artículo 39.4 TCE (actual 45.4 TFUE), nada puede sorprender.

La Carta de Derechos Fundamentales sale reforzada de esta sentencia. Las fronteras del efecto directo horizontal continúan emborronándose. ¿Para cuándo un debate serio al más alto nivel que consagre en los Tratados estos principios de articulación y deje claro a los operadores jurídicos de los Estados miembros hasta dónde llega el Derecho de la UE?

Poco tiempo después, el Tribunal de Justicia volvió a entrar en el privilegiado régimen de las iglesias en Alemania como una auténtica apisonadora. En la *sentencia de 11 septiembre de 2018, IR y JQ, asunto C-68/17*²¹, el Tribunal de Justicia ha fallado que una Iglesia que gestione un centro hospitalario no puede imponer a sus directivas exigencias distintas en función de su religión sin que estas sean objeto de control judicial. Dichas exigencias éticas no son conformes con la Directiva 2000/78/CE, excepto cuando, dada la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad, extremo cuya verificación incumbe al tribunal nacional. Para garantizar estos derechos, el Tribunal nacional debe inaplicar cualquier legislación nacional contraria a la Carta de Derechos Fundamentales.

5. CONDICIONES DE TRABAJO

5.1. Tiempo de trabajo

Los bomberos y su ordenación del tiempo de trabajo volvieron este año al Tribunal de Justicia, en un sentido similar a pronunciamientos anteriores a propósito de médicos y sus guardias. De acuerdo con la *sentencia de 21 de febrero de 2018, Ville de Nivelles y Rudy Matzak, asunto C-518/15*²², No es posible en las legislaciones nacionales categorías distintas de “tiempo de trabajo” y “período de descanso”: esta dualidad es inherente a la Directiva 2003/88/CE. La guardia de un trabajador, bombero en este caso, que le obliga a responder a las convocatorias de su empleador en ocho minutos, ha de considerarse “tiempo de trabajo”.

Ahora bien, los Estados miembros no están obligados a determinar la retribución de períodos de guardia domiciliaria como estos en función de la calificación de estos períodos como «tiempo de trabajo» y «períodos de descanso». Este es un punto que ya fue abordado en sentencias anteriores, como en *Tyco*, y que da a entender que cabe establecer remuneraciones diferentes para los trabajadores en función de los diferentes niveles de actividad. Con todo, esta posibilidad no ha sido muy explorada, aparentemente.

Sin embargo, son las vacaciones el tema que más ocupa, en este campo, la atención del Tribunal de Justicia. Sin ánimo de exhaustividad, hay que indicar que sólo en el mes de noviembre de 2018 se dictaron tres sentencias al respecto. Se trata de las *sentencias de 6 de noviembre de 2018, Stadt Wuppertal y Maria Elisabeth Bauer, y Volker Willmeroth, y Martina Broßonn (asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16)*²³, *Sebastian W. Kreuziger y Land Berlin (C-619/16)*²⁴ y *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV y Tetsuji Shimizu (asunto C-684/16)*²⁵. Se trató de tres casos procedentes de Alemania, resueltos en dos ocasiones por la Gran Sala y

²¹ ECLI:EU:C:2018:696

²² ECLI:EU:C:2018:82

²³ ECLI:EU:C:2018:871

²⁴ ECLI:EU:C:2018:872

²⁵ ECLI:EU:C:2018:874

con la misma Ponente, A. Prechal, en todos los casos. De ahí que sea fácil concebir que fueron resueltos en unidad de pensamiento, con una doctrina común que los sustenta.

El primero de los casos, *Bauer*, trataba sobre la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas por un trabajador fallecido, cuando el Derecho nacional, el archiconocido BGB, la excluye del caudal hereditario. Recuérdate que en el caso *Bollacke*²⁶ el Tribunal ya había reconocido el derecho a su abono, pero el Tribunal Supremo alemán dudaba de si tal interpretación podía ser una lectura *contra legem* del BBG. La obvia incompatibilidad entre la muerte y el ocio y el esparcimiento, finalidad de las vacaciones, fue despachada por el Tribunal de forma tajante: “no cabe admitir que tal circunstancia conlleve la pérdida total retroactiva de ese derecho adquirido que (...) comprende una segunda vertiente igual de importante, a saber, el derecho a percibir una retribución”. Sin compensación económica, el derecho a vacaciones pierde su efecto útil. Por lo tanto, y atendiendo expresamente a la consideración de las vacaciones como derecho fundamental contenido en la Carta, el Tribunal falló que no era posible la limitación hereditaria. Y esa naturaleza de derecho fundamental fue la base de la interpretación más innovadora de esta sentencia. El artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales debe aplicarse en un litigio entre particulares y para garantizar el derecho a vacaciones debe quedar inaplicada cualquier normativa nacional que se oponga a ella.

En el caso *Kreuziger*, la duda del Tribunal de origen era si el derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas puede perderse cuando el trabajador no haya solicitado disfrutar de sus vacaciones antes de la extinción de la relación laboral pese a haber tenido esa posibilidad. Resultan de mucho interés la afirmación sobre la postura de debilidad del trabajador en la relación laboral y esta síntesis: “las incitaciones a renunciar al tiempo de descanso o a actuar de modo que los trabajadores renuncien a él son incompatibles con los objetivos del derecho a vacaciones anuales re-

tribuidas”. La conclusión de la sentencia fue que la pérdida automática de la compensación económica era contraria al Derecho de la UE, si bien la redacción del fallo permite aventurar que en determinados supuestos dicha pérdida es posible por la necesidad del trabajador.

El último de los casos, *Shimizu*, fue una síntesis de los dos anteriores, en cierta medida, al ocuparse de un trabajador que no quiso disfrutar de sus vacaciones, y que trabajaba para una fundación. Lo dicho en *Kreuziger* se repitió aquí, añadiendo además el Tribunal la siguiente instrucción para el Tribunal nacional: “debe dejar inaplicada dicha norma nacional y velar por que, si el empresario no puede demostrar haber actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión, dicho trabajador no se vea privado de sus derechos adquiridos a vacaciones anuales retribuidas ni, consiguientemente, en caso de extinción de la relación laboral, a la compensación económica por vacaciones no disfrutadas cuyo abono incumbe, en tal caso, directamente al empresario de que se trate”.

5.2. Contratos de duración determinada

Aunque las lecturas de los últimos tiempos permitan concebir que sólo el empleo público español hace aparición en el Tribunal de Justicia, la *sentencia de 28 de febrero de 2018, Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen, asunto C-46/17*²⁷, llevó a Alemania al escrutinio del Tribunal. No obstante, la legislación alemana salió airoso del examen. En este caso, esta sentencia sirve como indicador para posibles mecanismos que otros Estados miembros podrían introducir en sus normativas, sin incurrir en desacuerdo con el Derecho de la Unión Europea. No debe olvidarse, en todo caso, que esta práctica es sistemáticamente desconocida por el legislador español, que nunca se ha inspirado en sentencias ajenas para traer cambios a nuestro Derecho.

La cuestión prejudicial se centraba en una normativa que permitía, una vez alcanzada la

²⁶ ECLI:EU:C:2014:1755

²⁷ ECLI:EU:C:2018:131

edad de jubilación de un docente, prorrogar anualmente su contrato por acuerdo con su empleador. Esta exigencia de acuerdo, interpretada *sensu contrario*, llevaba a otorgar a la Administración empleadora la capaz de rescindir unilateralmente el contrato prorrogado en esta etapa de ultractividad. Tal fue el caso del Sr. John, en su segunda renovación.

La pregunta dirigida al Tribunal de Justicia se fundaba en dos posibles vulneraciones del Derecho de la UE. En primer lugar, podría tratarse de una discriminación por razón de edad, contraria a la Directiva 2000/78/CE, al ser un mecanismo legal condicionado por la edad de jubilación. En segundo lugar, se trataría de una colisión con la Directiva 1999/70/CE, entendiendo cada prórroga como un contrato de duración determinada.

En el primer caso, el Tribunal fue tajante. Recordó, inicialmente, que la edad de jubilación como causa de extinción ya está admitida jurisprudencialmente. Es más, consideró que una medida como la enjuiciada tenía un carácter de mayor beneficio fundado en la edad, ya que por su sola causa permitía extender el contrato. La alegación fundada en la Directiva 2000/78/CE fue por lo tanto descartada.

En el segundo caso, el problema de partida era determinar si la prórroga quedaba o no incluida en el ámbito de la Directiva 1999/70/CE. En una de sus ambiguas decisiones, la sentencia no dijo ni sí ni no, sino que se limitó a proporcionar elementos de juicio al Tribunal nacional para este decidiera su ajuste en el Derecho alemán. Entre estos elementos, señaló que esta disposición no estaba reñida con el principio de estabilidad en el empleo o que no parece que sea fuente de abusos o precarización.

En todo caso, el Tribunal también dejó instrucciones útiles en caso de que el Tribunal alemán considerara que existía un encadenamiento fraudulento de contratos. Curiosamente, no se reflejaron en modo alguno en el fallo. Las consideraciones se centraron en la existencia de medidas que prevengan el abuso. El hecho de tener la pensión de jubilación garantizada diluyó en buena medida toda esta argumentación, que no fue obstáculo para que el Tribunal de Justicia considerara,

finalmente, que no existía vulneración de la Directiva 1999/70/CE.

Italia también desfiló, a propósito de su empleo público, por el Tribunal de Justicia, con sucesivos pronunciamientos de gran interés. La sentencia de *7 de marzo de 2018, Giuseppa Santoro y Comune di Valderice, Presidenza del Consiglio dei Ministri, asunto C-494/16*²⁸, legitimó la solución encontrada por el Derecho italiano para el encadenamiento fraudulento de contratos, lo que podría ofrecer una referencia de gran interés si algún día se aborda la necesaria reforma de nuestra legislación.

En primer lugar, recordó que la Directiva “no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, así como tampoco determina las condiciones específicas en las que pueden utilizarse los primeros, deja a los Estados miembros cierto margen de apreciación en la materia”. Esta afirmación no es nueva en el proceder del Tribunal y marca claras pautas de actuación que no siempre son atendidas.

Pero en segundo lugar, validó “la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio”.

Este caso proporcionaría por sí solo material suficiente para que un legislador español pudiera trazar una estrategia de mejora de la calidad del empleo público temporal, dejando a un lado la *indulgencia plenaria* que suele practicar. Piénsese simplemente en cómo está abriendo las puertas a sistemas diferentes de la transformación en figuras como el indefinido

²⁸ ECLI:EU:C:2018:166

no fijo, que el caso *Martínez Andrés*²⁹ validó, aparentemente, aunque otro muy distinto fuera el criterio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. No puede pasarse por alto que la concesión de indemnizaciones por las Administraciones Públicas sería un mecanismo que podría desafiar algunas de las convicciones más establecidas en nuestra legislación tradicional. Pero quizá sea el momento de buscar medidas más efectivas que otras cuyo encaje en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ha sido, en ocasiones cuando menos forzado. Una medida como ésta, unida a la asunción de responsabilidades patrimoniales por los causantes de este tipo de prácticas desviadas semejantes a las que contempla la Ley de Presupuestos Generales del Estado, podría ser un ingrediente más en la sana purga que tanto tiempo se lleva buscando.

En el segundo caso, de nuevo el Tribunal respaldó la legislación italiana. En efecto, de acuerdo con la *sentencia de 20 de septiembre de 2018, Chiara Motter y Provincia autonoma di Trento, asunto C-466/17*³⁰, el Derecho de la UE permite la limitación, a los efectos de retribución basada en la antigüedad, del cómputo de los periodos de servicio prestados con contratos de trabajo determinada. La causa objetiva para ello es la diversidad de materias, de condiciones y de horarios durante dichos periodos, en particular en sus misiones de sustitución de funcionarios. Nótese que se trata de un caso completamente diferente a lo que sucedió en Rosado Santana, en el que en el marco de la Junta de Andalucía había identidad de funciones y por lo tanto no cabía trato dispar.

En contraste, la *sentencia de 25 de octubre de 2018, Martina Sciotto y Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, asunto C-331/17*³¹, castigó la legislación italiana, provocando un revuelo en el mundo de las artes más que notable, totalmente desproporcionado. La Sra. Sciotto trabajó como bailarina de ballet para la Ópera de Roma en virtud de varios contratos de duración determinada prorrogados en el marco de distintas representaciones

artísticas programadas durante el período comprendido entre el 26 de junio de 2007 y el 30 de octubre de 2011. Considerando que el encadenamiento de contratos era fraudulento, reclamó la condición de trabajadora indefinida³². La duda de si la Directiva 1999/70/CE era aplicable o no a las actividades artísticas surgió durante el *iter* judicial y condujo al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal de Justicia.

La sentencia se inició con los habituales razonamientos del Tribunal sobre una cuestión deficientemente planteada en la que se pide que se interprete normativa nacional. Quizás ha llegado ya el momento de acabar con una mascarada que ya dura años y permitir que el Tribunal aborde sin tapujos ni circunloquios estas cuestiones. Ahorraría tiempo al lector e hipocresía a las partes, ya que cuando el Tribunal quiere entrar al fondo, lo hace.

Tal fue el caso. La primera parte del razonamiento se basó en una repetición de jurisprudencia anterior, poniendo el Tribunal buen cuidado en usar casos *italianos* y la *sentencia Comisión contra Luxemburgo* invocada por la señora Sciotto. Este itinerario condujo a afirmar que no había ningún mecanismo italiano que protegiera contra el abuso en este tipo de contrataciones. De ello se seguía la necesidad de encontrar una razón objetiva para ello.

Quien conozca la jurisprudencia del Tribunal a este respecto sabe la dificultad de encontrar una razón objetiva que justifique excepciones a la Directiva 1999/70/CE. Los argumentos del Gobierno italiano fueron, en este sentido, deficientes. El primero era la naturaleza pública de las fundaciones que celebran los contratos. Después de casi quince años de jurisprudencia sobre la Directiva en este sentido, este argumento es como un silencio de redonda.

La segunda razón era que los contratos se celebraban “tradicionalmente” en este ámbito de forma temporal. Para el Tribunal, esta defensa sería directamente contraria

²⁹ ECLI:EU:C:2016:680

³⁰ ECLI:EU:C:2018:758

³¹ ECLI:EU:C:2018:859

³² Que el litigio se iniciara en 2012 dice muy poco de la celeridad jurisdiccional italiana.

a los objetivos de la Directiva, puesto que la privaría de capacidad alguna de modificar los ordenamientos nacionales, haciendo perdurar las prácticas fraudulentas. Merece la pena reproducir íntegramente la opinión de la sentencia sobre el argumento de fondo: “incluso si el desarrollo de la cultura italiana y la salvaguardia del patrimonio histórico y artístico italiano pueden considerarse objetivos dignos de protección constitucional, el Gobierno italiano no explica la razón por la cual la consecución de dichos objetivos exige que los empleadores del sector cultural y artístico contraten únicamente personal de duración determinada. En efecto, no parece que ese sector, al contrario que otros servicios de utilidad pública, como la sanidad o la educación nacional, exija una adecuación constante entre el número de trabajadores empleados y el número de usuarios potenciales, o que deba hacer frente a servicios de guardia que hayan de garantizarse de modo permanente o a otros factores difícilmente previsibles”. Es difícil sonar más escéptico.

El siguiente argumento tuvo, por un instante, visos de prosperar: “las exigencias artísticas o técnicas relacionadas con la representación de un espectáculo pueden hacer necesaria una contratación temporal”. Lo que no es posible, en todo caso, es cubrir necesidades permanentes con contratos temporales. En el problema concreto que estudiaba el Tribunal, esta comprobación debía llevarla a cabo el Tribunal italiano, si bien la sentencia ya señaló que en la documentación nada parecía justificarlo. El cuarto argumento, las necesidades presupuestarias, fracasó como en todas las anteriores ocasiones en que fueron invocadas.

El quinto argumento buscaba justificar la existencia de las interinidades *de vacante* mientras se lleva a cabo un proceso de selección. El Tribunal admitió, en abstracto, esta posibilidad como legítima, pero señaló, descartando la justificación, que nada en el litigio indicaba que la Sra. Sciotto estuviera en esta situación. Nótese como aquí el Tribunal analizó hechos, y no simplemente Derecho de la UE.

La última baza italiana era la prohibición legal de la transformación en contratos indefinidos de los celebrados en fraudes con fun-

daciones públicas. El Tribunal concedió que la Directiva no exige dicha transformación, pero sí exige que existan medidas disuasorias. Ninguna existía en el Derecho italiano en caso de fraude, ni siquiera una indemnización, salvo la responsabilidad personal de los directivos responsables de la contratación. Correspondería al Tribunal italiano verificar si esta medida era, en efecto, disuasoria.

La conclusión del Tribunal fue que la transformación en indefinida podría ser una solución adecuada, a falta de otra en el ordenamiento italiano. Recuérdesse que esto fue lo mismo que dijo en *Martínez Andrés* y que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha discurredo por diferentes vericuetos.

La reseña ha de cerrarse con la mención de la *sentencia de 21 de noviembre de 2018, Pedro Viejobueno Ibáñez, Emilia de la Vara González y Consejería de Educación de Castilla-La Mancha, asunto C-245/17*³³, que añadió un nuevo hito a la interminable lista de sentencias sobre empleo público temporal en España. Ambos protagonistas eran profesores interinos al servicio de la Administración de Castilla – La Mancha, que los cesó al final del periodo lectivo, en junio, en lugar de esperar al inicio del nuevo curso, en septiembre. Considerando que este cese podía ser contrario a la Directiva 1999/70/CE y que la situación sobre el abono de sus vacaciones también presentaba dudas, el Tribunal Superior de Justicia elevó la cuestión prejudicial.

Tras una extensa reflexión, el Tribunal de Justicia optó por ponerse de perfil y encargar al Tribunal proponente “apreciar si el empleador extinguió la relación de servicio de los interesados antes de que se produjese la circunstancia fijada de manera objetiva por las partes de los asuntos de los que conoce”. Caso de ser así, no obstante, no habría discriminación, sino un incumplimiento por parte del empleador.

Y ese fue el punto central de la sentencia. No hay trato discriminatorio, sino las diferencias entre una relación indefinida y una de duración determinada. No puede decirse aquí

³³ ECLI:EU:C:2018:934

con la conciencia tranquila que el Tribunal de Justicia haya plasmado un gran razonamiento, sino casi un argumento de autoridad. Por otra parte, como los demandantes buscaban un trato igual que el de los interinos de años anteriores, esa situación queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. En la misma línea, la pérdida de las vacaciones no sería una discriminación, sino la consecuencia lógica del cese. De nuevo, un argumento endeble. La última parte de la sentencia agrupó las cuestiones segunda y tercera y las solucionó tajantemente. Mientras haya una compensación económica por las vacaciones efectivamente generadas y no disfrutadas, no hay problema con la Directiva 2003/88/CE. Los días perdidos con el cese anticipado quedan, pues, como lágrimas en la lluvia.

5.3. Insolvencia empresarial

Cuando parecía que el FOGASA había cerrado ya su configuración definitiva y se adaptaba a la perfección a las exigencias de la Directiva 2008/94/CE, la *sentencia de 28 de junio de 2018, Eva Soraya Checa Honrado y Fondo de Garantía Salarial, asunto C-57/17*³⁴, dio una nueva vuelta de tuerca al ámbito de protección del Fondo público.

La peculiaridad de este caso vino determinada por el hecho de que la cantidad objeto de discutida protección por el FOGASA no era una indemnización por despido, sino la cantidad derivada de una extinción consecuencia de la negativa a una decisión empresarial de movilidad geográfica, conforme al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores. Rechazando un traslado de más de 400 kilómetros, la protagonista del caso había obtenido judicialmente una indemnización de más de 7.000 euros, dado que la empresa se negaba a abonar la cantidad voluntariamente. Tras la sentencia, la empresa fue declarada insolvente y la trabajadora reclamó la indemnización pendiente de pago al FOGASA, que se negó a abonarla. Confirmada la denegación por el Juzgado de lo Social, fue en fase de suplicación cuando la duda se suscitó entre los componentes de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Resulta curioso ver que la mayor parte del razonamiento judicial estuvo construido sobre sentencias anteriores de origen español, poniendo de manifiesto la decisiva importancia que ha tenido el Tribunal de Justicia en la configuración actual del FOGASA. En síntesis, la sentencia recordó que la determinación de las prestaciones a cargo de la institución de garantía es una facultad de cada Estado, pero siempre deben respetar el principio de igualdad y no discriminación.

Partiendo de tal punto, el Tribunal de Justicia llevó a cabo un examen, quizás innecesario, de las distintas formas de terminación del contrato de trabajo que contiene el Estatuto de los Trabajadores, para acabar concluyendo que las extinciones derivadas del artículo 40 se encuentran en una situación comparable a las derivadas del artículo 50 del propio Estatuto. Recuérdese que en el caso *Pujante Rivera*, el Tribunal había incluido este tipo de extinciones en las computables a los efectos de despidos colectivos.

Llevada a cabo esta equiparación, el Tribunal estudió la alegación del Gobierno español de que estas extinciones se debían a una elección voluntaria del trabajador afectado. Para la sentencia, este argumento no podía prosperar, ya que la voluntad del empresario de llevar a cabo el traslado era la verdadera causa última de la extinción. No encontrando ningún otro motivo que justificara la diferencia entre las extinciones de los artículos 50 a 52 y las derivadas del artículo 40, el Tribunal consideró que deben considerarse como “indemnizaciones debidas al término de la relación laboral” las derivadas de las extinciones producidas en el marco de una movilidad geográfica.

Juntando las piezas de *Pujante Rivera* y de esta sentencia, es fácil deducir que las extinciones del artículo 40 del Estatuto han de ser computadas para el despido colectivo, y que las extinciones derivadas de modificaciones sustanciales, todavía en el marco del artículo 41 del Estatuto, entran dentro del ámbito de cobertura del FOGASA.

En otros países, hay que mencionar la *sentencia de 25 de julio de 2018, Virginie Marie Gabrielle Guigo y Fondo «Garantirani vze-*

³⁴ ECLI:EU:C:2018:512

mania na rabotnitsite i sluzhitelite», asunto C-338/17³⁵. En ella, el Tribunal decidió que era compatible con el Derecho de la UE no proteger los créditos salariales de los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido más de tres meses antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia de su empresario. En contraste, la *sentencia de 6 de septiembre de 2018, Grenville Hampshire y The Board of the Pension Protection Fund, con intervención de Secretary of State for Work and Pensions, asunto C-17/17*³⁶, recogió afirmaciones, protectoras para los trabajadores, de gran importancia. El Tribunal afirmó que el artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE tiene efecto directo, lo cual no es muy habitual. Y menos en el caso de un artículo que empieza su redacción con “Los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias...”. Dejando a un lado el debate teórico que esto podría engendrar, lo importante de esta sentencia fue la afirmación de que en virtud de este precepto, en caso de insolvencia de su empresario, cada trabajador asalariado individual debe disfrutar de prestaciones de vejez equivalentes al menos al 50 % del valor de sus derechos adquiridos en virtud de un régimen complementario de previsión profesional. Ese umbral mínimo no aparece en ningún lugar de la Directiva y es un claro aviso para Gobiernos navegantes reformadores.

5.4. Despidos colectivos

Es interesante el contenido de la *sentencia de 7 de agosto de 2018, Miriam Bichat, Daniela Chlubna, Isabelle Walkner y Aviation Passage Service Berlin GmbH & Co. KG, asuntos acumulados C-61/17, C-62/17 y C-72/17*³⁷. Se puede resumir en que una empresa vinculada a un empresario mediante relaciones de participación en el capital social de este o por otros vínculos jurídicos que le permitan ejercer una influencia determinante sobre los órganos de decisión del empresario y obligarlo a examinar o proyectar despidos colectivos es la empresa que ejerce el control, a los efectos de la Directiva sobre despidos colectivos. De esta manera,

el Tribunal de Justicia está, a su modo, levantando el velo en las formas descentralizadas de organización empresarial y buscando el verdadero responsable de la toma de decisiones.

5.5. Transmisión de empresas

En el caso de la *sentencia de 11 de julio de 2018, Ángel Somoza Hermo, Ilunión Seguridad, S.A. y Esabe Vigilancia, S.A., Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), asunto C-60/17*³⁸, el objetivo de la cuestión prejudicial fue, en cambio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no el propio texto del Estatuto de los Trabajadores, como es habitual.

El caso que dio origen a la cuestión prejudicial concernía al cambio de la empresa de seguridad concesionaria de la vigilancia del Museo de las Peregrinaciones en Santiago de Compostela. Al producirse la entrada de una nueva empresa contratista, esta indicó al Sr. Somoza Hermo, que da nombre al caso antes de la entrada en vigor de las nuevas reglas sobre anonimato ante el Tribunal de Justicia, que las cantidades adeudadas por la anterior empresa concesionaria eran responsabilidad únicamente de esta, en virtud del Convenio colectivo de empresas de seguridad.

En efecto, de acuerdo con el Tribunal Supremo, la sucesión de contratistas no se regiría por el artículo 44 ET, sino por el convenio y sus reglas específicas, al no encajar esta transmisión en la Directiva 2001/23/CE. Dicho encaje fue el objeto de la duda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que elevó la cuestión prejudicial para determinar si la norma europea sobre transmisión de empresas era aplicable, y con qué consecuencias de ser el caso.

¿Hay transmisión de empresas de acuerdo con la Directiva 2001/23/CE en la subrogación de plantilla derivada de convenio colectivo?

Antes de analizar el fondo de la cuestión hay que señalar que, una vez más, la Sala Décima del Tribunal de Justicia se ocupó de

³⁵ ECLI:EU:C:2018:605

³⁶ ECLI:EU:C:2018:674

³⁷ ECLI:EU:C:2018:653

³⁸ ECLI:EU:C:2018:559

su resolución, integrada por los habituales Levits, Berger y Borg Barthet, cuyo conocimiento del ordenamiento laboral español a estas alturas tiene que ser extraordinario. El caso fue resuelto, además, sin Conclusiones del Abogado General, sin que sea perceptible el ruido provocado por vestiduras rasgándose.

La sentencia comenzó recordando que para favorecer el logro de las finalidades de la Directiva esta no puede ser objeto de una interpretación literal, que viene además condicionada por las distintas versiones lingüísticas. Y con esa intención, refrescó anterior doctrina para afirmar que “es aplicable en todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto a los empleados de la empresa. Por lo tanto, para que la Directiva 2001/23 se aplique, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión a través de un tercero”. Con esta interpretación, la sentencia encajó el caso estudiado en el primero de los requisitos exigidos por la Directiva para entrar en su ámbito de aplicación.

El segundo requisito, como se sabe, es el mantenimiento de la identidad de lo transmitido. Desde un punto de vista teórico, aquí podían plantearse grandes dificultades al tratarse de personas que cambian de uniforme, de turnos, de sistemas de evaluación... Para el Tribunal, nada de ello tenía relevancia, como ya había afirmado anteriormente.

Cada transmisión ha de ser objeto de estudio caso por caso, repasando un amplio catálogo de indicios relevantes: “el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”. Y, como colofón, señaló que estos ele-

mentos deben apreciarse en el marco de una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente. Tarea minuciosa espera entonces al Juez nacional, que debe tener muy presente qué tipo de empresa es la que está analizando para ponderar la importancia de los elementos listados.

Dando ese paso, como tanto le gusta hacer, el Tribunal ya señaló que “una actividad de vigilancia de un museo, (...) que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica”. Quedaría, por lo tanto, cumplir el requisito del mantenimiento de la identidad, que se producía efectivamente al haber mantenido la nueva empresa en sus funciones de vigilancia del mencionado Museo a los anteriores guardias.

La conclusión del Tribunal de Justicia fue, por lo tanto, que el Convenio colectivo de empresas de seguridad privada, al ordenar la subrogación del personal, perseguía las mismas finalidades que la Directiva 2001/23/CE. Ahora bien, la sentencia no respondió a la segunda pregunta del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

En efecto, lo que dice *Somoza Hermo* es que un Convenio colectivo y una ley pueden ser dos expresiones de una misma finalidad. El artículo 3.1 de la Directiva consta de dos contenidos, uno obligatorio y otro potestativo. En el resumen del Tribunal, el primero es “el principio de que los derechos y las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión serán transferidos al cesionario”. El segundo supone “que los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha de la transmisión, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha de la transmisión, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha de la transmisión”. Y el término clave es “podrán”. El artículo 44

ET puede y quiere, el convenio colectivo puede y no quiere establecer la responsabilidad solidaria, sino que elabora una fórmula que despertaba la suspicacia del TSJ, puesto que suponía invertir la regla obligatoria.

Lo que no va a decir el Tribunal de Justicia es cómo se deben articular entre ellas las dos fuentes nacionales en este sentido. El Tribunal fue contundente al acoger la alegación del Gobierno español al indicar que ese problema es uno de Derecho interno y que, por lo tanto, el contraste entre el artículo 44 ET y el convenio de empresas de seguridad queda fuera del alcance de su jurisdicción

El gran tema que se abre con esta sentencia es el ajuste, mejorable, entre Derecho de la Unión Europea y negociación colectiva. Desde hace mucho tiempo no se discute la posibilidad de que la autonomía colectiva sea una vía de transposición del ordenamiento europeo. Se trata, ciertamente, de una posibilidad más propia de los países nórdicos, pero que en todo caso recuerda que ordenamiento supranacional y convencional son susceptibles de articulación. Eso sí, lo son en las mismas condiciones que las legislaciones nacionales, con el principio de primacía rigiendo dicha articulación. No cabe concebir que la voluntad de los agentes sociales, por valiosa que sea, incumpla los compromisos internacionales de un Estado.

En el caso de la *sentencia de 7 de agosto de 2018, Jorge Luis Colino Sigüenza y Ayuntamiento de Valladolid, IN-PULSO MUSICAL, Sociedad Cooperativa, Miguel del Real Llorente, administrador concursal de Músicos y Escuela, S.L., Músicos y Escuela, S.L., Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), asunto C-472/16*³⁹, todo transcurrió por los cauces habituales.

Los hechos arrancaban con el cese de actividad de la empresa encargada de la gestión de la Escuela Municipal de Música de Valladolid por desavenencias económicas con el Ayuntamiento. Ello conllevó el despido colectivo de toda la plantilla, confirmado por el TSJ de Castilla y León y el Tribunal

Supremo. Meses después, una nueva empresa se hizo cargo de la gestión, sin contratar a ninguno de los trabajadores anteriores. En este cuadro, el Sr. Colino Sigüenza impugnó su despido, sin que la sentencia accediera a sus pretensiones ni considerara que había existido sucesión de empresa. En el marco del recurso de suplicación, el TSJ elevó sus cuestiones prejudiciales.

La primera de ellas buscaba aclarar si había transmisión de empresa, atendiendo al paso de cinco meses entre el cese de actividad de la primera concernida y el inicio de actividad de la segunda. Oscura fue la respuesta.

El Tribunal la elaboró con una extensa recopilación de su propia jurisprudencia anterior, entre la que destacan las menciones a la sentencia *Aira Pascual*, donde se había insistido en la importancia del equipamiento en la transmisión de empresas. El mantenimiento de la identidad fue el primer criterio relevante señalado, al que siguieron numerosos otros. Todos ellos deberían ser valorados por el órgano remitente, ya que el Tribunal de Justicia esquivó en este caso bajar a la arena de los hechos.

Sí que tiene especial interés la ponderación de la importancia de los meses transcurridos, al tratarse de un elemento esencial en este caso. Ninguna la reconoció el Tribunal, que ya lo había afirmado con carácter general anteriormente. Merece la pena señalar el matiz de los tres meses de vacaciones incluidos en el tiempo discutido, que a juicio del Tribunal rebajaban incluso más la pertinencia del argumento. La conclusión fue clara: el paso del tiempo, en una situación como ésta, no hace imposible la transmisión de empresas, si concurren los elementos que el órgano judicial nacional debía identificar.

La segunda cuestión planteada partía de la existencia efectiva de la sucesión de empresas y se centraba en la capacidad que tiene la empresa cesionaria de llevar a cabo despidos por razones económicas, técnicas o de organización, excepcionando el régimen general de la Directiva de mantenimiento de los contratos tras la transmisión. La respuesta del Tribunal no fue especialmente clara y de nuevo remitió el trabajo al órgano de origen.

³⁹ ECLI:EU:C:2018:646

En este caso, debería estudiar si los despidos eran consecuencia directa de la transmisión, futura en este caso, lo que los haría contrarios a la Directiva e implicaría el mantenimiento de los trabajadores en la plantilla del cedente a los efectos de la sucesión. De deberse a otras causas, como la imposibilidad de abonar los salarios, sí entrarían los hechos del caso en la transmisión. Al TSJ de Castilla y León le quedaba la tarea de verificar cuál de las dos situaciones era la apropiada.

La tercera cuestión traía a la luz la tutela judicial derivada del artículo 47 de la Carta

de Derechos Fundamentales, a propósito de los efectos de cosa juzgada derivados de la impugnación del despido colectivo y su articulación con la demanda individual derivada de los derechos de la Directiva 2001/23/CE. Tan interesante cuestión fue rechazada por el Tribunal, indicando que carecía de información suficiente para llevar a cabo esa valoración. Esta pregunta, en la frontera cual Brenner entre el Derecho nacional y el Derecho de la UE, habría sido una ocasión excelente para que el Tribunal elaborara, haciendo un poco de Derecho-ficción por parte de quien esto firma, un paso más su doctrina sobre el principio de efectividad.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL