

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2016

Review of case-law from the EU Court of Justice in 2016

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: 2.1. Prohibición de discriminación. 2.2. Limitaciones admitidas. 2.3. Aspectos fiscales de la libre circulación. 3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN: 3.1. Sobre la naturaleza de la cotización. 3.2. Derechos transnacionales de los funcionarios de la UE. 3.3. Equivalencia entre prestaciones. 4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: 4.1. Igualdad entre sexos. 4.2. Discriminación por razón de edad. 4.3. Discriminación por discapacidad. 5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO: 5.1. Tiempo de trabajo. 5.2. Contratos de duración determinada. 5.3. Otras materias.

1. INTRODUCCIÓN

En el número 127 de esta Revista se recuperó el desfase cronológico que se estaba produciendo en las reseñas de la actividad del Tribunal de Justicia. De esta forma, se puede ofrecer ya noticia de las más destacadas sentencias dictadas en materia social por el Tribunal de Justicia en 2016. Entre todas ellas, destacó el conjunto de sentencias del mes de septiembre en materia de empleo público, cuyo encaje en nuestro ordenamiento todavía no ha sido resuelto.

2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

2.1. Prohibición de discriminación

Dos sentencias del Tribunal de Justicia se unieron al no menos preciado elenco jurisprudencial

a propósito de problemas concretos sobre discriminaciones indirectas por razón de la nacionalidad. La primera fue la sentencia de 14 de diciembre de 2016, *Maria do Céu Bragança Linares Verruga, Jacinto Manuel Sousa Verruga, André Angelo Linares Verruga y Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, asunto C-238/15¹.

La composición demográfica de Luxemburgo es un ejemplo perfecto de los resultados de la libre circulación. Más del 46% de la población del Gran Ducado no tiene nacionalidad luxemburguesa y la mayoría de ese porcentaje corresponde a ciudadanos de Estados Miembros de la Unión Europea. Esta situación ha ido dando lugar, a lo largo de los años, a diver-

¹ ECLI:EU:C:2016:949. Comentada en A. Turmo, «Accès des frontaliers aux aides aux études luxembourgeoises – Des précisions insatisfaisantes sur l'arrêt Giersch – CJUE, 14 décembre 2016, Bragança Linares Verruga e.a., aff. C-238/15, EU:C:2016:949; CJUE, 15 décembre 2016, Depesme et Kerrou e.a., aff. Jointes C-401 à 403/15, EU:C:2016:955», *Revue des affaires européennes*, 4, 2016, pp. 701-712.

* Universidad de Santiago de Compostela.

sos litigios ante el Tribunal de Justicia, que han buscado (y conseguido, en líneas generales) eliminar las restricciones fundadas en la nacionalidad que subsistían en la legislación luxemburguesa.

No es casualidad que los protagonistas del litigio original fueran portugueses, puesto que esta nacionalidad supone más del 16% de la población de Luxemburgo. Pero a su procedencia se añadía el dato de la residencia en Francia de los trabajadores, un hecho que pone de manifiesto la abundancia del trabajo transfronterizo en Luxemburgo (y el precio de la vivienda, incidentalmente).

De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal, no es conforme con el Derecho de la Unión Europea condicionar la concesión de ayudas por estudios a los no residentes a un periodo de trabajo previo de los progenitores, cuando tal requisito no se exige a los residentes. El objetivo de elevar el porcentaje de titulados superiores en un Estado miembro es legítimo, pero su puesta en práctica debe respetar la necesaria proporcionalidad. En el caso estudiado, el Tribunal valoró la larga conexión de los padres de los beneficiarios con el mercado de trabajo luxemburgués para pronunciarse sobre dicho requisito.

El segundo pronunciamiento fue la sentencia de 15 de diciembre de 2016, *Noémie Depesme, Saïd Kerrou, Adrien Kauffmann, Maxime Lefort y Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, asuntos acumulados C-401/15 a C-403/15². En este caso se trataba de nuevo de solicitudes de ciudadanos de Estados miembros no residentes en Luxemburgo, pero cuyos padrastros (tal es la terminología usada por la sentencia) trabajaban en el Gran Ducado. La Administración

había considerado que, al no tratarse ni de hijos biológicos ni adoptivos, no tenían derecho al disfrute de las mismas ayudas de estudios analizadas en la sentencia anterior. Contra esta decisión, el Tribunal concluyó que, a los efectos del disfrute de ventajas sociales en el marco de la libre circulación de personas, debe entenderse como hijo de un trabajador transfronterizo tanto el que tenga vínculo de filiación con éste como el del cónyuge o de su pareja registrado, si la manutención de dicho hijo corre a su cargo. La verificación de los aspectos de hecho es competencia de los órganos administrativos y jurisdiccionales nacionales.

Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia no sólo resolvió un problema luxemburgués, sino que fijó una regla clara que debe ser respetada por los restantes Estados miembros a la hora de aplicar sus legislaciones en la materia. El artículo 2 del Real Decreto 240/2007 parece incluir ya esta interpretación y en España no deberían plantearse, en principio, problemas al respecto.

2.2. Limitaciones admitidas

En contraste con esa línea protectora, la sentencia de 25 de febrero de 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen y Jovanna García-Nieto, Joel Peña Cuevas, Jovanlis Peña García, Joel Luis Peña Cruz*, asunto C-299/14³, supuso un paso más en la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia que

² ECLI:EU:C:2016:955. Comentada también en A. TURMO, «Accès des frontaliers aux aides aux études luxembourgeoises – Des précisions insatisfaisantes sur l'arrêt Giersch – CJUE, 14 décembre 2016, Bragança Linares Verruga e.a., aff. C-238/15, EU:C:2016:949; CJUE, 15 décembre 2016, Depesme et Kerrou e.a., aff. Jointes C-401 à 403/15, EU:C:2016:955», *Revue des affaires européennes*, 4, 2016, pp. 701-712.

³ ECLI:EU:C:2016:114. Comentada en D. CARRASCOSA BERMEJO, «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 127, pp.195-226; M. TARABINI-CASTELLANI Aznar, «Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: la primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2016, asunto C-299/14, caso García Nieto)», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 23, 2016, pp. 80-86.

restringe las prestaciones sociales para las personas migrantes.

Conviene insistir en que la restricción autorizada por el Tribunal, que continúa la trayectoria de las sentencias *Brey*⁴, *Dano*⁵ y *Alimanovic*⁶, se refería una vez más a personas que no estaban insertadas en el mercado de trabajo del Estado receptor. No se trataba, pues, de una restricción general creada *ex novo*, sino de una excepción que ya estaba amparada en el texto de la Directiva 2004/38/CE. En este caso, que no fue en sí especialmente novedoso, merece la pena resaltar que se trató de la tercera sentencia procedente de tribunales alemanes en un cortísimo periodo de tiempo, lo cual pone de relieve la importancia del problema en aquel país.

Los protagonistas en esta situación eran varios ciudadanos españoles que se habían trasladado a Alemania. La Sra. García-Nieto y el Sr. Peña Cuevas vivían como pareja no registrada en España, con una hija común y un hijo del Sr. Peña. La Sra. García-Nieto se desplazó a Alemania con su hija y trabajó como ayudante de cocina percibiendo un salario neto de 600 euros, pero que la encuadraba en la Seguridad Social alemana. Poco tiempo después, el Sr. Peña Cuevas y su hijo se reunieron con ellas, residiendo inicialmente en la casa de la madre de la Sra. García-Nieto y subsistiendo con los ingresos de esta última. Los hijos generaron prestaciones familiares desde un momento muy temprano. Al solicitar una «prestación de subsistencia», ésta fue denegada al Sr. Peña Cuevas y a su hijo, por entender que llevaban residiendo menos de tres meses en Alemania y además el Sr. Peña Cuevas no desempeñaba actividad económica

alguna. En el marco de la impugnación de esta denegación, se planteó la cuestión prejudicial.

La primera parte de ésta no fue analizada, ya que coincidía con las preguntas planteadas en el caso *Dano*. La segunda, la más importante, apuntaba a esclarecer si la restricción por nacionalidad aplicada era coherente con el ordenamiento de la UE. La respuesta del Tribunal no fue original en modo alguno, sino que fue una refundición de los ya conocidos argumentos de las sentencias anteriores. La transparencia de la medida, la carga excesiva que supondría el número acumulado de prestaciones de este tipo, el hecho de que el reclamante no fuera ni trabajador ni demandante de empleo... todos estos elementos se reunieron para confirmar la validez de la medida alemana. En definitiva, esta sentencia destaca no por su creatividad, sino por la reiteración de lo abordado, dejando más que claro que los Estados pueden poner coto de forma segura a sus sistemas de protección social frente a los migrantes inactivos económicamente.

2.3. Aspectos fiscales de la libre circulación

Los aspectos fiscales de la libre circulación de personas no abandonan el Tribunal de Justicia, poniendo de relieve lo complejo de los sistemas impositivos de los Estados miembros. En la sentencia de 26 de mayo de 2016, *Charles Kohll, Sylvie Kohll-Schlessler y Directeur de l'administration des contributions directes*, asunto C-300/15⁷, el Tribunal estudió el caso de dos ciudadanos luxemburgueses, residentes en el Gran Ducado, que percibían prestaciones de jubilación de los Países Bajos. Por este motivo, no estaban en posesión de una «ficha de retenciones fiscales» que les daría derecho a un trato ventajoso, ya que ésta sólo se otorga por practicarse retenciones a ingresos luxemburgueses.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2013, *Pensionsversicherungsanstalt contra Peter Brey*, asunto C-140/12 (ECLI:EU:C:2013:565).

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014, *Elisabeta Dano y Florin Dano contra Jobcenter Leipzig*, asunto C-333/13 (ECLI:EU:C:2014:2358).

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln contra Nazifa Alimanovic y otros*, asunto C-67/14 (ECLI:EU:C:2015:597).

⁷ ECLI:EU:C:2016:361.

Un primer aspecto de interés de la sentencia es la aplicabilidad de la libre circulación de trabajadores a un jubilado. De acuerdo con el Tribunal, el hecho de que una persona ya no mantenga una relación laboral no la priva de la garantía de determinados derechos vinculados a la condición de trabajador, y una pensión de jubilación, cuya concesión depende de la existencia previa de una relación laboral que ha terminado, forma parte de esta categoría de derechos.

Establecida de esta forma la relevancia al caso de la normativa europea, el razonamiento del Tribunal fue extenso, pero fácil de encajar en sus pautas habituales. La exigencia descrita puede ser considerada como una restricción. Éstas, a su vez, pueden estar justificadas, conforme a una larga jurisprudencia, pero en este caso el gobierno luxemburgués no consiguió probar las razones pertinentes. En definitiva, los Estados miembros no pueden condicionar el disfrute de beneficios fiscales para pensionistas al cumplimiento de requisitos formales que estén vinculados a la percepción de una pensión en el Estado de residencia, ya que con ello se discrimina a los titulares de prestaciones procedentes de otros Estados miembros.

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

3.1. Sobre la naturaleza de la cotización

Dentro del espectro del Derecho de la Unión Europea, las cuestiones relativas a la Seguridad Social de las personas que se desplazan por el territorio de los Estados miembros tienen una complejidad sobradamente conocida. La sentencia de 26 de octubre de 2016, *Rijksdienst voor Pensioenen y Willem Hoogstad*, asunto C-269/15⁸, resolvió un problema de gran enjundia, cual es la práctica

de retenciones en un Estado miembro sobre las prestaciones complementarias de un nacional de otro Estado miembro, residente en un tercer Estado diferente de los dos anteriores, a cuya legislación está sujeto en virtud de los Reglamentos en la materia (en este caso, todavía se trata del Reglamento (CEE) n° 1408/71).

Recuérdese que la regla general es la determinación de una única legislación aplicable en la materia, salvo las contadísimas excepciones que la propia norma europea contiene. De ahí la importancia, en primer lugar, de fijar con claridad la idea de «legislación», especialmente por la exclusión de «las disposiciones de convenios existentes o futuros con independencia de que hayan sido o no objeto de una decisión de los poderes públicos para hacerlas obligatorias o ampliar su ámbito de aplicación». En este caso concreto, el origen de la prestación no era legislación, pero sí que lo era la fuente de la retención debida por su percepción.

El hecho de que conforme a la legislación belga la retención tuviera naturaleza impositiva no fue suficiente para su exclusión del ámbito de aplicación de los Reglamentos, «siempre que se constate que el producto de esos gravámenes se afecta directa y específicamente a la financiación de determinadas ramas de la seguridad social en el Estado miembro en cuestión». Esto es, da igual la definición formal como impuesto o como cotización: lo importante es el destino que se da a la cantidad recaudada. Se trata, por lo tanto, de una concepción finalista.

El Tribunal recalcó, además, que la condición de jubilado del Sr. Hoogstad no influía en modo alguno en el caso, puesto que forma parte del ámbito de aplicación del Reglamento en la misma medida que un trabajador en activo. Las disposiciones específicas sobre personas en esta situación que recoge el Reglamento no fueron consideradas relevantes para la resolución del asunto.

⁸ ECLI:EU:C:2016:802.

En conclusión, el Tribunal con esta sentencia ha puesto de manifiesto, reiterando su propia jurisprudencia, que la naturaleza de las fuentes de financiación debe ser reconsiderada y centrar la atención en el destino que se da a lo recaudado. Esta cuestión tiene especial relevancia a la hora de determinar la diferencia entre prestaciones contributivas y no contributivas en algunos ordenamientos y ya había sido adelantada por la doctrina española más especializada⁹.

3.2. Derechos transnacionales de los funcionarios en la UE

Cuantitativamente, no son muchos los casos que se ocupan de los derechos de Seguridad social de los empleados públicos cuando cambian de país de servicio. Simbólicamente, no obstante, resulta llamativa la reticencia de los Estados a facilitar el movimiento del personal que ha estado bajo sus órdenes.

La sentencia de 21 de enero de 2016, *Comisión Europea contra Chipre*, asunto C-515/14¹⁰, se añadió a la lista de sentencias que revisan las legislaciones nacionales en materia de protección social cuando afectan al tránsito de sus empleados públicos hacia las Instituciones europeas. Normalmente, las normas estatales lastran esa situación, privando al sujeto de o menoscabando el disfrute de alguna prestación. En este caso, el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros no pueden mantener en vigor normativas que disuadan a sus funcionarios de incorporarse al servicio de las Instituciones europeas o de otros organismos internacionales, penalizando sus derechos en materia de Seguridad social.

De manera paralela, en la sentencia de 13 de julio de 2016, *Joachim Pöpperl y Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-187/15¹¹, el Tribunal de Justicia juzgó que los Estados miembros no pueden establecer un régimen de jubilación que perjudique a un funcionario a su servicio si éste decide dejar el empleo público y desplazarse a otro Estado para desempeñar un trabajo asalariado. Es obligación del juez nacional garantizar la obtención de este derecho, inaplicando si es necesario la normativa existente.

3.3. Equivalencia entre prestaciones

Por su parte, la sentencia de 21 de enero de 2016, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse, Alfred Knauer y Landeshauptmann von Vorarlberg*, asunto C-453/14¹², abordó un asunto muy complejo, como es la determinación de la equivalencia entre prestaciones a los efectos del Reglamento (CE) n° 883/2004, en materia de Seguridad Social. Esta calificación lleva consigo la reducción de prestaciones, puesto que el objetivo de los Reglamentos es determinar una única legislación aplicable en esta cuestión, evitando así solapamientos, tanto los que perjudican al trabajador (doble cotización) como los que, hipotéticamente, podrían beneficiarle (acumulación de prestaciones).

En este caso, el Tribunal consideró que el elemento esencial era que ambas prestaciones estuviesen dirigidas a un mismo objetivo. Era indiferente que una estuviese encuadrada en un régimen legal y otra en un régimen profesional, siempre que ambas quedasen incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. El problema concreto, al versar sobre una cuestión de tan reducido calado como la articulación entre dos prestaciones de Suiza y

⁹ Sobre estas cuestiones y otras conexas, C. SÁNCHEZ-RODAS Navarro, «Good legal practices in spanish law?: clauses governing residence and the export of spanish social security benefits», en *Good practices in social law*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 23-45

¹⁰ ECLI:EU:C:2016:30.

¹¹ ECLI:EU:C:2016:550.

¹² ECLI:EU:C:2016:37. Comentada en E. MÁS GARCÍA, «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2016 relativa al principio de asimilación de prestaciones (asunto C-453/14)», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, 1, 2016, pp. 209-215.



Liechtenstein, carece de interés material para el lector español.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

4.1. Igualdad entre sexos

Aunque la Directiva 2000/78/CE es el texto más presente en la actividad jurisdiccional, el cuerpo de Directivas que buscan proteger la igualdad entre mujeres y hombres sigue proporcionando materia de análisis al Tribunal de Justicia.

En la sentencia de 16 de junio de 2016, *Estrella Rodríguez Sánchez y Consum Sociedad Cooperativa Valenciana*, asunto C-351/14¹³, una socia trabajadora de una cooperativa, a raíz de dar a luz a un hijo, solicitó acogerse a una reducción de jornada y a una adscripción fija al turno de mañana. Consum le concedió la primera petición, pero denegó la adaptación horaria pedida, alegando motivos de organización. Llegado el caso al Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, se interrumpió el procedimiento para plantear cuatro cuestiones prejudiciales, redactadas de forma condicionada y subsidiaria, a propósito de la aplicabilidad de la Directiva 2010/18/UE, sobre permiso parental, a este caso. El punto esencial de la duda era si la norma europea, concebida para trabajadores, podía aplicarse a personas que no encajan en la noción nacional de éstos, pero que sí podrían entrar en la noción europea.

Recuérdese que, al fin y al cabo, el Tribunal de Justicia se ha mostrado en el pasado muy flexible a la hora de extender el ámbito de aplicación personal del acervo de la UE. Basta con pensar en la sentencia *Danosa*, donde una mujer que formaba parte de un consejo de administración quedó encuadrada en la Directiva sobre protección de la trabajadora embarazada, o el caso *Balkaya*, donde el Tribunal obligó a tener en cuenta, a la hora de

establecer los umbrales del despido colectivo, a un directivo y a un becario, entendiéndolos dentro de la noción de trabajador de la Directiva 98/59/CE.

No obstante este margen para la duda, la sentencia del Tribunal de Justicia rechazó la admisibilidad de las cuestiones planteadas y lo hizo en un tono muy severo. Así, puede leerse que «la justificación de una cuestión prejudicial no radica en la formulación de estas opiniones, sino en la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio». En otros apartados de la sentencia, así mismo, se cuestionó la utilización del juez español de algunos mecanismos procesales reservados al propio Tribunal de Justicia.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia distinguió, una vez más, entre el permiso de maternidad y otras fórmulas de conciliación amparadas por el ordenamiento de la UE, para concluir la no aplicabilidad en este caso de la Directiva 2010/18/UE. El Tribunal consideró que los hechos descritos no encajaban en el precepto cuya interpretación era el núcleo jurídico del caso. No había una reincorporación tras el disfrute de un permiso parental, sino el ejercicio de un derecho autónomo creado por el Estatuto de los Trabajadores, más allá de las previsiones de la Directiva. Y de ahí que no procediera el análisis. En definitiva, el Tribunal consideró que lo planteado por el Juzgado de lo Social nº 33 es una cuestión hipotética y que en modo alguno había una relación con el Derecho de la Unión que pudiera justificar su intervención.

Por otro lado, en un nuevo procedimiento sobre el permiso de maternidad, el Tribunal de Justicia se mostró restrictivo en su configuración, al permitir a los Estados introducir limitaciones en su cuantía. En la sentencia de 14 de julio de 2016, *Maria Cristina Elisabetta Ornano y Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero*, asunto C-335/15¹⁴, la conclusión principal fue que no

¹³ ECLI:EU:C:2016:447.

¹⁴ ECLI:EU:C:2016:564.

era contrario al Derecho de la Unión Europea establecer que durante el disfrute del permiso de maternidad una magistrada no perciba todas sus retribuciones ordinarias, siempre que se garantice la percepción de una prestación al menos igual a la que se recibiría en caso de una interrupción derivada de motivos de salud. Es esta una interpretación literal de la normativa, que devuelve a tiempos donde la maternidad no era considerada muy diferente de una prestación por enfermedad, desprovista de buena parte de los valores sociales que encarna.

4.2. Discriminación por razón de edad

La discriminación por razón de edad continúa en una posición muy destacada en la actividad del Tribunal de Justicia, junto con la discapacidad, y año tras año se suceden interesantes sentencias que contienen, en algunos casos, pronunciamientos cuya trascendencia va más allá del litigio concreto, con mayor o menor fortuna. No faltan, en este sentido, las voces críticas que advierten de un deterioro de la calidad técnica de los pronunciamientos más recientes, que están en cierta manera dañando el *corpus* existente en materia de discriminación.

Tal es el caso de la sentencia de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri (DI) y Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*, asunto C-441/14¹⁵,

¹⁵ ECLI:EU:C:2016:278. Comentada en A. ALVAREZ DEL CUVILLO, «El efecto horizontal (con «renglones torcidos») de la prohibición de discriminación en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 19-4-2016 (Asunto C-441-14, *Dansk Industries vs. Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*)», *Derecho de las relaciones laborales*, 9, 2016, pp. 931-940; E. DUBOUT, «Grandeur et décadence de l'obligation d'interprétation conforme aux directives dans les litiges horizontaux – CJUE, gde ch., 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI) / Succession Rasmussen*, aff. C-441/14, EU:C:2016:278», *Revue des affaires européennes*, 2, 2016, pp. 287-297; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «Primacía del principio de igualdad de trato sobre el principio de seguridad jurídica y confianza legítima: sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016, C-441/14 (Rasmussen)», *Trabajo y derecho*, 21, 2016, pp. 64-67; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «El efecto

resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Dinamarca a propósito de la interpretación de la Directiva 2000/78/CE. No deja de resultar llamativa la abundancia de litigios en esta materia que se plantean desde los países nórdicos, donde la normativa antidiscriminación parece ser particularmente activa (o sus jueces albergan una cantidad muy considerable de dudas).

La legislación danesa, en una pintoresca muestra de flexiguridad, negaba la indemnización por extinción de contrato a los trabajadores que en el momento de finalizar su relación laboral tenían derecho a acceder a una pensión de jubilación. El sindicato DI, en nombre del Sr. Rasmussen, atacó su extinción sin indemnización, alegando la sentencia de 2010 del propio Tribunal de Justicia sobre esta cuestión, *Ingeniørforeningen i Danmark* (C499/08, EU:C:2010:600). Llegado el litigio al Tribunal Supremo, ante éste se planteó que no era posible realizar una interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea que no fuera radicalmente contraria a la norma en vigor en Dinamarca, conforme a la cual se había actuado bajo el principio de confianza legítima. El hecho de que se tratara de un litigio entre particulares impedía, de antemano, la eficacia horizontal automática. El dilema planteado, en definitiva, buscaba del Tribunal de Justicia una decisión sobre la prioridad del principio general de no discriminación por razón de la edad, recogido también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o la prioridad del principio de seguridad jurídica.

El elemento previo, la aplicabilidad en el caso de la Directiva 2000/78/CE, no supuso ningún problema para el Tribunal. Recurriendo a la doctrina sentada en la sentencia antes mencionada, señaló que el principio antidiscriminatorio se oponía radicalmente a un trato como el atacado, con independencia de

directo horizontal de la Directiva 2000/78: (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI –Ajos A/S– vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen), *La Ley Unión Europea*, 38, 2016.



que se produjera en un litigio entre particulares. Este aspecto era claramente predecible, ya que la anterior doctrina del Tribunal sobre un caso idéntico era ya conocida.

El elemento central de esta cuestión prejudicial, que trasciende al ámbito social, es el choque entre el ordenamiento de la UE, una Directiva no concebida para ser aplicada de forma directa, y un ordenamiento nacional, en concreto dos principios centrales como son la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima. El Tribunal, para resolver el dilema, recurrió a su jurisprudencia más clásica sobre la ausencia de eficacia horizontal de las Directivas, pero la matizó oponiéndole la corriente sobre la obligación de los Estados de hacer cumplir el Derecho de la Unión. La interpretación conforme es, en estos escenarios, una herramienta decisiva para el órgano jurisdiccional. Pero como el propio Tribunal recordó, «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional».

Aquí entraba la ponderación propuesta por el órgano nacional. La sentencia comenzó precisando que no era admisible la perpetuación de una jurisprudencia nacional errónea, como parecía insinuar el tribunal danés, y que el órgano judicial debía garantizar la aplicación del Derecho de la Unión a los justiciables. La conclusión a este respecto fue tajante: «puesto que considera que no puede garantizar una interpretación conforme de la norma nacional de que se trata, el tribunal remitente debe dejar esta norma sin aplicar».

Y continuó el Tribunal indicando que «salvo en caso de circunstancias totalmente excepcionales –cuya existencia, sin embargo no ha sido aquí alegada– el Derecho de la Unión así interpretado debe ser aplicado por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva so-

bre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho».

Esta es, en conclusión, una sentencia que continúa la trayectoria que abrieron hace más de 50 años *Van Gend en Loos* y *Costa c. Enel*, la caracterización de un Derecho de la Unión Europea que se introduce en los Derechos nacionales, modificándolos de forma imparable y alterando estructuras consolidadas de los ordenamientos estatales.

La extendida presencia de la Directiva 2000/78/CE en la actividad del Tribunal de Justicia es clara muestra de su utilización cada vez más frecuente en el tráfico jurídico nacional. Las generalmente favorables respuestas, en ocasiones más allá de cualquier expectativa como en los casos *Kelly* o *Meister*, tenían, por fuerza, que llevar a alguna utilización *estratégica* del Derecho de la Unión. Recuérdese que este tipo de *encaje* jurídico no es extraño en la trayectoria del Tribunal de Justicia, como recuerdan sin dificultad los casos *Job Center*, *Viking* o el más próximo geográficamente *Torralbo Marcos*.

En este caso, la sentencia de 28 de julio de 2016, *Nils-Johannes Kratzer y R+V Allgemeine Versicherung AG*, asunto C-423/15¹⁶, permitió al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la invocación fraudulenta de las directivas antidiscriminación. La cuestión prejudicial procedía del Tribunal Supremo de Trabajo alemán, un órgano habituado a la utilización de este mecanismo en casos particularmente interesantes. La duda se había planteado en el litigio entablado por el Sr. Kratzer, a quien de la lectura de la sentencia se puede presumir de una cierta edad y trayectoria profesional. Concurrió a una convocatoria para un puesto en prácticas, que buscaba claramente perfiles jóvenes con los estudios recién terminados. Al ser, obviamente, rechazado, interpuso una demanda por discriminación basada en su edad

¹⁶ ECLI:EU:C:2016:604.

y al tener conocimiento de que la empresa había seleccionado únicamente a mujeres añadió la discriminación por razón de sexo. Sus peticiones fueron sucesivamente rechazadas por los órganos judiciales alemanes, hasta llegar al Tribunal Supremo, que elevó la cuestión prejudicial al dudar sobre el encaje de las peticiones del Sr. Kratzer con las Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE.

De la lectura de las preguntas planteadas ya se desprende que el Tribunal alemán desconfiaba de las motivaciones del demandante: «una persona de cuya candidatura se desprende que no pretende lograr la contratación y el empleo, sino sólo la condición de demandante de empleo, a fin de poder reclamar una indemnización». Tal desconfianza, naturalmente, no puede llegar al Tribunal de Justicia, que nunca puede pronunciarse sobre los elementos fácticos. Si el Sr. Kratzer era, en efecto, un *listo*, sólo podía decidirlo el órgano nacional. Luxemburgo le proporcionaría únicamente las herramientas de análisis para determinarlo.

La sentencia fue tajante al considerar que el Sr. Kratzer estaba fuera del ámbito de las Directivas, al considerar que faltaba la voluntad de acceder al empleo, que es la situación efectivamente protegida por las normas europeas. Ciertamente, el jurista crítico puede señalar que tal apreciación invade peligrosamente el análisis de los hechos y no su encaje jurídico, pero en ocasiones el Tribunal cruza esa frontera para encaminar sus decisiones hacia la garantía del efecto útil de las Directivas. De ello se siguió que no tenía condición alguna de víctima de discriminación.

A pesar de esta exclusión, el Tribunal consideró necesario incluir una elaborada argumentación sobre el abuso de derecho, recordando que «los justiciables no pueden prevalerse de las normas de la Unión Europea de forma abusiva o fraudulenta». En doctrina consolidada, para determinar la existencia de este tipo de prácticas deben concurrir un elemento objetivo y uno subjetivo. En cuanto al primero, se traduce en una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a

pesar de haberse respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el fin perseguido por dicha normativa. El segundo, a su vez, exige un conjunto de datos objetivos de los que debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trata consiste en obtener una ventaja indebida. La existencia de este segundo elemento, vinculado a la intención de los operadores, puede acreditarse, por ejemplo, teniendo en cuenta el carácter puramente artificial de las operaciones de que se trate. Con estas guías, el Tribunal de Justicia dejaba abierto el camino para la declaración como fraudulenta de la candidatura del Sr. Kratzer.

Con origen en España, en la sentencia de 15 de noviembre de 2016, *Gorka Salaberria Sorondo y Academia Vasca de Policía y Emergencias*, asunto C-258/15¹⁷, el Tribunal dio marcha atrás frente a lo que había establecido en su sentencia anterior *Vital Pérez*¹⁸, a propósito de los límites de edad para el acceso a fuerzas policiales. En el caso presente, el cuerpo en cuestión era la Ertzaintza y la edad impugnada los 35 años. La diferencia de funciones entre uno y otro cuerpo de seguridad había provocado las dudas en el órgano remitente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en sentencias anteriores había declarado la legalidad del requisito, atendiendo a la doctrina sentada en el caso *Wolf*¹⁹ sobre los bomberos de Hamburgo.

¹⁷ ECLI:EU:C:2016:873. Comentada en C. AGOÚES MENDIZÁBAL «La discriminación por razón de la edad en el acceso a los cuerpos de policía: STJUE de 15 de noviembre de 2016, asunto C-258/15: Salaberria Sorondo», *Diario La Ley*, 8931, 2017; S. SOLDEVILA FRAGOSO, «La Ertzaintza y los 35 años: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016. Asunto C-258/2015, Gorka Salaberria Sorondo v. Academia Vasca de Policía y Emergencias», *Actualidad administrativa*, 1, 2017.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2014, *Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo*, asunto C-416/13 (ECLI:EU:C:2014:2371)

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2010, *Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main*, asunto C-229/08 (ECLI:EU:C:2010:3).



El asunto fue resuelto en Gran Sala, la máxima formación jurisdiccional ordinaria del Tribunal de Justicia (recuy la Ertzaintzado, marco del caso abordar la diferencia entre las funciones de la Policérdese que el Pleno sólo interviene en las ocasiones tasadas que recoge el Estatuto), con la intervención de los Gobiernos de España, Irlanda, Francia e Italia. Esta situación pone de manifiesto la importancia político-administrativa del fallo. Era obvio que el caso descrito entraba dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, al abordar una diferencia de trato basada en la edad en lo referente al acceso al empleo público. La importancia de la sentencia, en cambio, era la justificación o no de esa diferencia de trato. En el primero de los casos, la edad se transformaría en un requisito profesional esencial y determinante.

Para resolver la cuestión prejudicial, el Tribunal tuvo que abordar la diferencia entre las funciones de la Policía Local de Oviedo, marco del caso *Vital Pérez*, y la Ertzaintza. De acuerdo con la ley reguladora de esta última, sus misiones esenciales son «garantizar la protección de las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades de todos y velar por la seguridad de los ciudadanos». En contraste, las de una Policía Local son «la protección de las autoridades de las Corporaciones Locales, y la vigilancia o custodia de sus edificios, el ordenamiento, señalización y dirección del tráfico en el casco urbano y el ejercicio de funciones de Policía Administrativa».

El indudable contraste fue subrayado por el hecho de que los agentes que acceden al cuerpo no desempeñan tareas administrativas, sino funciones operativas donde el recurso a la fuerza física y las condiciones de intervención difíciles pueden acontecer. El Tribunal pareció aceptar el argumento del progresivo deterioro de las facultades físicas de los agentes, que a los 55 años pasan a ser considerados poco aptos para el servicio. La envejecida *pirámide de población* de la policía vasca permitió, además, presentar la medida como un mecanismo de rejuvenecimiento de

la plantilla, encaminado a garantizar la posesión de dichas facultades durante un periodo de tiempo superior a los 20 años.

Ante estos hechos, el Tribunal de Justicia consideró que existía una razón objetiva que fundaba la diferencia de trato. La segunda parte del habitual razonamiento, la proporcionalidad, fue despachada en un único párrafo, considerando que la medida era adecuada y no iba más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo. En definitiva, la edad vuelve a ser un requisito admitido para condicionar el acceso a determinados cuerpos de seguridad. Haciendo un balance desde la sentencia *Wolff* hasta hoy, puede afirmarse a modo de tibia conclusión que los requisitos físicos del puesto son la justificación objetiva de un trato desigual.

La más decepcionante sentencia de este periodo fue la de 24 de noviembre de 2016, *David L. Parris y Trinity College Dublin, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and Skills*, asunto C-443/15²⁰. En ella el Tribunal dejó pasar la oportunidad de analizar, en un país tan simbólico como Irlanda, una discriminación múltiple que incluía la orientación sexual. Finalmente, el Tribunal declaró que no es discriminación por orientación sexual condicionar el disfrute de prestaciones a un estado civil, al ser éste una materia exceptuada del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Establecer límites de edad para el acceso a prestaciones no suponía, a juicio del Tribunal, una discriminación por edad, puesto que es una de las excepciones amparadas por la propia Directiva. La conclusión principal de este caso es que cuando una disposición nacional no crea una discrimi-

²⁰ ECLI:EU:C:2016:897. Comentada en E. HERRERA CEBALLOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2016 en el caso David L. Parris C. Trinity College Dublin y otros», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 43, 2017; P-Y MONJAL, «Arrêt David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.: CJUE, 1ère Ch., 24 novembre 2016, aff. C-443/15, ECLI:EU:C:2016:897», *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1, 2017, págs. 177-182.

minación basada en la orientación sexual ni una discriminación basada en la edad, dicha disposición no puede crear una discriminación basada en la combinación de ambos factores.

4.3. Discriminación por discapacidad

El 1 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia dictó su sentencia *Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L., Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, en el asunto C-395/1²¹. Como viene siendo habitual, recibió una atención mediática considerable, muy superior a la acostumbrada en otros tiempos para los pronunciamientos de Luxemburgo. La síntesis periodística apuntaba a una gran novedad en términos similares a «ya no es posible despedir durante una baja médica». Sin embargo, el análisis detenido de la sentencia hace rebajar de forma cuantiosa su impacto.

El origen de la cuestión prejudicial se encontraba, una vez más, en el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, ante el cual se sustentaba un proceso de despido. El trabajador implicado, ayudante de cocina en un hotel, sufrió un accidente en el trabajo que le provocó una dislocación de codo. Consecuencia de ello, se le reconoció una incapacidad temporal. Poco tiempo después, su empresa se interesó

por el tiempo que tardaría en reincorporarse. Tras señalar que no podría hacerlo de forma inmediata, recibió una carta de despido, fundamentada en su bajo rendimiento. Convencido el juez de que dicha extinción se basaba en la incapacidad temporal y no en la causa aludida, elevó la cuestión prejudicial, compuesta de cinco preguntas.

De ellas, el Tribunal de Justicia sólo estudió el contenido de la quinta, «¿Entraría en el concepto de «discriminación directa por discapacidad» –como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78– la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal –de duración incierta– por causa de un accidente laboral?». Esta pregunta estaba formulada de forma condicional, caso de que el Tribunal de Justicia respondiera en sentido negativo a las cuatro primeras preguntas, como de hecho sucedió.

Dichas preguntas se referían a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y abarcaban un amplio elenco de artículos de dicho texto. Su interpretación por el Tribunal de Justicia habría tenido el máximo interés, puesto que las tendencias al respecto son variadas. No obstante, la sentencia no entró a responder dichas cuestiones. En una afirmación bastante oscura, indicó que «en la fase actual del procedimiento principal no se ha acreditado que la situación controvertida entre en el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta». Esto es, acudiendo como contraste a la versión francesa de la sentencia, que únicamente los artículos citados de la Carta resultarían aplicables, sin que existiera ninguna norma de Derecho derivado relevante. Dado que la Carta está dirigida a los Estados cuando aplican el Derecho de la Unión, el Tribunal consideró que su estudio tendría carácter hipotético y por ese motivo rechazó el examen.

El centro del análisis del Tribunal de Justicia, por lo tanto, era resolver si un despido

²¹ ECLI:EU:C:2016:917. Comentada en E. DESDENTADO DAROCA, «El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas», *Revista de información laboral*, 3, 2017, pp. 119-143; L. J. DUEÑAS HERRERO, «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? la fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016», *Derecho de las relaciones laborales*, 5, 2017, pp. 425-449; M. SAFJAN, «Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta: TJ Sala Tercera, S 1 Diciembre 2016. Asunto C-395/15: Daouidi», *La Ley Unión Europea*, 43, 2016; I. A. RODRÍGUEZ CARDO, «Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?», *La Ley Unión Europea*, 43, 2016; Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 191, 2016, pp. 145-178.



durante una incapacidad temporal quedaba protegida como una discriminación directa por discapacidad. Sobre la base de toda su jurisprudencia anterior, el Tribunal de Justicia puso de nuevo de manifiesto la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas a la hora de interpretar la expresión «personas con discapacidad». Aplicándola a la idea de un accidente de trabajo, la sentencia señaló que «si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78».

Tras la teoría, llegaba el momento de aplicarla al caso real y el punto esencial era si la limitación era «duradera» y por lo tanto encajaba en la expresión «a largo plazo» que caracteriza la noción de discapacidad en la Convención citada. Para el Tribunal, al tratarse de un concepto carente de definición en la Directiva, era de particular importancia el establecimiento de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros, por encima de los matices legales nacionales y de ahí que negara la relevancia de la caracterización de la contingencia en Derecho español como incapacidad temporal.

Claro está, es bien sabido que el Tribunal nunca aplica (o no debería aplicar) sus doctrinas a los hechos del caso. Eso es tarea del órgano judicial nacional, como en esta ocasión sucedió. La sentencia incluyó, eso sí, dos indicios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo esa tarea. Una limitación será duradera si «en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo» o si «dicha incapacidad pued[e] prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona».

Añadió, además, una obviedad: «en la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales». La presencia de esta indicación obliga a preguntarse qué clase de jueces existen en la mente del Tribunal de Justicia si necesita recordarle a un órgano judicial las pautas más lógicas de su actuación.

¿Significa esta sentencia que los despidos durante un periodo de incapacidad temporal son discriminatorios? Sólo el gato de Erwin Schrödinger tiene la respuesta. Cada vez que un juez español abra la caja aplicará su propio criterio a la hora de valorar los indicios que el Tribunal de Justicia ha señalado en esta sentencia. Y conviene subrayar el adjetivo español, porque quizás ése sea el efecto más relevante de esta sentencia. Al tratarse de una cuestión prejudicial procedente del orden social español, el grado de sensibilización de los operadores jurídicos crece exponencialmente. El ejemplo de las sentencias de septiembre de 2016 sirve como botón de muestra. La jurisprudencia que viene de otros países no es apenas invocada o aplicada, aunque en lo esencial contenga la misma doctrina. Una sentencia *española* podría revolucionar el sistema y dar lugar a una aplicación encadenada por Tribunales muy distintos de los que plantearon la cuestión originalmente.

Aplicando esta doctrina, la sentencia de 23 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona falló lo siguiente: «El despido del trabajador accidentado, casi dos meses después del accidente, cuando seguía de baja médica y había informado que su reincorporación no sería a corto plazo, constituye –pues– una discriminación, directa, por razón de discapacidad; o, alternativamente, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su incapacidad, su despido ha supuesto una «barrera» al impedir su recuperación y,

con ella, « *la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*».

Recurrida en suplicación²², la sentencia de 12 de junio de 2017 consideró que el despido no era nulo, sino improcedente, puesto que la lesión del trabajador en el caso concreto era reversible, como prueba el hecho de fuera dado de alta sin secuelas tiempo después.

5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO

5.1. Tiempo de trabajo

Las vacaciones siguen siendo uno de los baluartes del Tribunal de Justicia, que se muestra siempre dispuesto a garantizar su disfrute. La sentencia de 30 de junio de 2016, *Alicja Sobczyszyn y Szkoła Podstawowa w Rzeplinie*, asunto C-178/15²³, ha recalcado este derecho, en una de las escasas cuestiones prejudiciales en materia social planteadas desde Polonia.

Conforme a la legislación de dicho país, los maestros tienen derecho a un permiso remunerado de convalecencia, para someterse a un tratamiento médico, de una duración máxima de un año. La duda del tribunal polaco, fácil de intuir, era qué sucedía cuando este periodo se solapaba con las vacaciones, que tradicionalmente se perdían conforme a la práctica nacional.

Que las vacaciones sirven para ocio y esparcimiento es ya un clásico en la literatura del Tribunal de Justicia. De nuevo lo volvió a traer a colación, para señalar la diferencia sustancial con una convalecencia por motivos médicos. Sobre la base de estas finalidades aparentemente divergentes, el Tribunal encargó al órgano nacional verificar si en efecto

²² Profético, E. ROJO TORRECILLA: «Auguro una interesante sentencia del magistrado Joan Agustí, y tengo más dudas, pero me atrevo también a augurar que la misma será recurrida en suplicación», en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/12/nuevamente-sobre-posible-discriminacion.html>

²³ ECLI:EU:C:2016:502.

los dos permisos servían para cosas diferentes, en cuyo caso existiría un derecho al doble disfrute.

Por último, el pronunciamiento más reciente en esta materia es la Sentencia de 20 de julio de 2016, *Hans Maschek y Magistratsdirektion der Stadt Wien – Personals-telle Wiener Stadtwerke*, asunto C-341/15²⁴. De acuerdo con ella, es contrario al Derecho de la UE privar del derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas a un trabajador cuya relación laboral haya finalizado en virtud de su solicitud de jubilación y no haya tenido la posibilidad de agotar sus derechos antes de la extinción de la relación laboral.

Las vacaciones no disfrutadas por causa de enfermedad han de ser compensadas también en este caso. Si el trabajador llegó a un acuerdo con el empresario para no presentarse al trabajo y continuar percibiendo su salario antes de la jubilación, no tendrá derecho en cambio a compensación alguna, salvo que mediara enfermedad en ese tiempo. Los Estados miembros conservan una cierta autonomía para regular las vacaciones que excedan las cuatro semanas recogidas en la Directiva 2003/88/CE.

5.2. Contratos de duración determinada

Sin duda, las sentencias más destacadas de todo 2016, desde un punto de vista español, fueron las celeberrimas aparecidas en el mes de septiembre, poniendo de manifiesto diversas anomalías a propósito de la Directiva 1999/70/CE. Esta situación no es un monopolio español y menos aún en el campo del empleo público. Las sentencias del Tribunal de Justicia en esta materia están dando pautas muy severas para la reglamentación del empleo al servicio de las Administraciones públicas en Europa.

²⁴ ECLI:EU:C:2016:576.



El bloque de sentencias y auto que a continuación se van a exponer no fue claro, ni preciso, ni técnicamente perfecto. De ahí la abundancia de opiniones enfrentadas que surgieron en su interpretación, plasmadas en las Conclusiones del Grupo de Expertos nombrado por el Ministerio de Empleo y que seguirán apareciendo hasta que una modificación legislativa aclare el panorama definitivamente.

Una única conclusión podría ser, quizás, compartida por todos los autores. El Tribunal de Justicia creó el escenario propicio para, de una vez por todas, descuajar el mal de la temporalidad abusiva en nuestras Administraciones públicas. Lo extenso del ámbito subjetivo de los litigios, que abarcaban desde el Ministerio de Defensa al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, pasando por los servicios de salud de la Comunidad de Madrid, ponía de manifiesto que el uso y el abuso están generalizados. Es necesario un pacto de Estado que zanje esta cuestión, que depure de irregularidades el empleo público en España y que sirva así de ejemplo para un intento de regeneración pública.

Eso sí, este bloque jurisprudencial no condenó, en absoluto, el empleo temporal. Por el contrario, el Tribunal de Justicia avaló la existencia de contratos de duración determinada, sometidos siempre a la concurrencia de razones objetivas que justifiquen su limitación en el tiempo. Basta con señalar el razonamiento de la sentencia *Pérez López* a propósito del personal eventual de la Sanidad: «es preciso señalar que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el nn conforme con la Directiva 1999/70/CE. su celebraci en mujer. En el campodad que, con arreglo a la jurisprudencia (...ala la exúmero de pacientes incumbe a la Administración pública, y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que, con arreglo a la jurisprudencia (...) puede justificar objetivamente en este sector específico (...) el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada».

Los casos que van a presentarse se corresponden con las sentencias *De Diego Porrás*²⁵ (asunto C-596/14), *Pérez López*²⁶ (asunto C-16/15) y *Martínez Andrés*²⁷ (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15) y con el auto *Álvarez Santiso*²⁸ (asunto C-631/15). Las tres primeras son de 14 de septiembre de 2016, éste último del día 21 de septiembre. Todos ellos fueron resueltos por la Sala Décima del Tribunal de Justicia, presidida por el luxemburgués F. Biltgen, que además actuó como ponente en todos ellos. La austriaca M. Berger formó parte de la Sala en los cuatro litigios, mientras que el maltés A. Borg Barthet y el letón E. Levits estuvieron presentes cada uno de ellos en dos procedimientos²⁹. En ninguno de ellos se emitieron Conclusiones por parte de los Abogados Generales, lo cual no deja de resultar llamativo.

Todos estos datos ponen de manifiesto que los asuntos fueron resueltos en unidad de pensamiento y discusión. Los más recientes, parece obvio, se beneficiaron de los trabajos judiciales que ya estaban en marcha. La tajante resolución por auto del último de ellos se explica fácilmente por la existencia de una masa crítica jurisprudencial y así puede entenderse que la cuestión prejudicial fuera resuelta en menos de un año, cuando en el caso *Pérez López* se denegó, una vez más en materia social, la tramitación del procedimiento por su modalidad acelerada.

En cuanto a los órganos de origen de las cuestiones prejudiciales, se pone de manifiesto la creciente utilización de este mecanismo procesal por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que desde 2010 abunda en esta rama de la Jurisdicción. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es uno de los tribunales con mayor raigambre en su uso y, por su parte, el de Madrid ya había planteado años

²⁵ ECLI:EU:C:2016:683.

²⁶ ECLI:EU:C:2016:679.

²⁷ ECLI:EU:C:2016:680.

²⁸ ECLI:EU:C:2016:725.

²⁹ Curiosamente, tres de ellos fueron Ministros de Justicia en sus respectivos países y el cuarto Fiscal General.

atrás alguna cuestión. En síntesis, todo encaja en los patrones habituales del empleo de la cuestión prejudicial por parte de los órganos judiciales españoles en materia sociolaboral.

Lejanos quedan los tiempos en que el Parlamento británico podía hacer cuanto deseara, excepto transformar a hombre en mujer. En el concreto campo de la contratación temporal, es una doctrina de largo arraigo que el mero hecho de que una disposición normativa autorice de forma abstracta su celebración no hace a tal contratación conforme con la Directiva 1999/70/CE. Esta idea ya estaba en la sentencia *Adeneler* de 2006 y se ha repetido con regularidad durante una década.

En esta ocasión, la sentencia *Pérez López* lo afirmó de forma incontestable a propósito del sistema de trabajo eventual en el ámbito sanitario: «una disposición de esta naturaleza [se refiere al artículo 9 de la Ley 55/2003], de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto». La tercera trompeta no fue más clara que esta afirmación.

Y lo que quedó igualmente claro fue el mensaje dirigido ya no al juez que habrá de aplicar esta doctrina, sino al legislador que había de enmendar la falta de concordancia con el Derecho de la Unión Europea. La clave de la construcción de la regulación futura del trabajo de duración determinada ha de ser la identificación de las razones objetivas que lo autorizan y que pueden dar lugar a tratos diferenciados. Nunca ha de olvidarse que la cláusula cuarta del Acuerdo Marco encarnado en la Directiva 1999/70/CE autoriza regímenes diferenciados en el caso de que «se justifique un trato diferente por razones objetivas».

De entre todos los temas tratados por estas sentencias, sin duda el que más revuelo causó fue el de la concesión de una indemnización al personal interino por la extinción de

su contrato, materia central en el caso *De Diego Porras*. Resulta ocioso relatar los hechos, puesto que responden a una situación harto frecuente: una persona cuyos contratos de interinidad (justificados, en principio) se extendían en el tiempo durante casi una década, hasta que el último de ellos se extinguió, sin indemnización, conforme al Estatuto de los Trabajadores.

No cabe duda de que la extinción del contrato forma parte de las condiciones de trabajo reguladas en la Directiva 1999/70/CE. La interpretación habitual del Tribunal de Justicia de incluir en tal noción todo lo relacionado con el empleo no podía llevar a otra conclusión. El punto central del debate jurídico debía centrarse, por lo tanto, en la justificación objetiva de la diferencia de trato.

¿Existe esa diferencia de trato? A juicio del Tribunal, por supuesto, ya que la demandante desempeñaba las mismas funciones que la persona a la que sustituía, que sería el trabajador en una situación comparable que exige la Directiva. Y aquí se abre el camino para la duda, siquiera metódica. El trabajo es comparable, en efecto, pero cabría considerar que las circunstancias de la extinción no lo son. Podría sostenerse que la extinción comparable sería, en realidad, la de un trabajador indefinido sometido a una condición resolutoria.

Parte de la confusión existente al respecto puede provenir de la coincidencia terminológica entre la extinción por causas objetivas del Estatuto de los Trabajadores (cuyo artículo 53 aparece reflejado en el elenco de Derecho nacional de la sentencia) y las justificaciones objetivas que exige la Directiva para considerar viable un contrato de duración determinada y por ende su extinción, y que se refleja en la redacción de la segunda de las preguntas elevadas por el TSJ de Madrid. Si trasladamos las circunstancias objetivas a la extinción del interino, ya sea por ineptitud, por falta de adaptación, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por faltas de asistencia, no hay duda alguna de que queda encuadrado en ellas y tendría derecho a los



veinte días correspondientes como indemnización.

La segunda mitad de la sentencia *De Diego Porras* era realmente confusa. Los razonamientos eran, cuando menos, endebles y podría cuestionarse incluso que el Tribunal estuviese respondiendo a lo que se le preguntó. Pero ésta es una cuestión teórica, porque la respuesta es la que es: es contrario al ordenamiento de la UE denegar cualquier indemnización a los interinos. Entre otros motivos, porque el Gobierno español no consiguió demostrar que existían razones objetivas que puedan justificar esa diferencia. ¿Existen? He ahí el ejercicio de dialéctica y metodología jurídica que deberá construir el legislador futuro cuando aborde esta cuestión. O quizás la representación española ante el Tribunal de Justicia en cualquiera de las múltiples cuestiones prejudiciales que se han planteado desde Tribunales españoles a lo largo de 2017 sobre la Directiva 1999/70/CE.

En el caso concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid actuó con gran celeridad y el 5 de octubre de 2016 publicó su sentencia en la que aplicaba las indicaciones de Luxemburgo. Merece la pena transcribir, en su integridad, el párrafo más relevante de la sentencia: «Así pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuen-

ta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación». Llegada la sentencia al Tribunal Supremo a través de un recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala Cuarta, el 20 de septiembre de 2017 decidió elevar una nueva cuestión prejudicial, de incierto desarrollo, buscando una aclaración.

Paradójicamente, el personal sanitario eventual, analizado a su vez en *Pérez López*, no se benefició de esta corriente de razonamiento proactiva. Y es que en dicha sentencia el Tribunal no se consideró competente para pronunciarse sobre la diferencia de trato entre los eventuales del Estatuto de los Trabajadores y los eventuales de la Ley 55/2003, que no perciben indemnización alguna. Responden a la misma situación, aquí sin duda alguna. Pero de acuerdo con la sentencia, «una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada (...) no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado en dicho Acuerdo Marco».



No se puede hacer menos que dejar constancia de la extrañeza que provoca esta afirmación. Si el razonamiento hubiera sido paralelo al de *De Diego Porras*, lo que habría procedido sería hallar el trabajador con contrato indefinido comparable y someterle al mismo test por el que pasó el interino. Aquí, sin embargo, no se siguió, sino que se zanjó el asunto de forma tajante.

Mucho más claro fue el otro aspecto del asunto resuelto en la sentencia *Martínez Andrés*. En las dos cuestiones prejudiciales acumuladas se abordaba, en primer lugar, la situación de una auxiliar administrativa, con la condición de personal estatutario eventual, cuyo nombramiento había sido objeto de trece prórrogas; y de un arquitecto municipal que tras varios contratos de duración determinada ocupó un puesto de funcionario interino durante más de una década. Llegado el momento de la extinción del contrato, los órganos planteantes consideraron que no existían los requisitos legales para que los nombramientos fueran correctos y que no existía un mecanismo sancionador similar a los trabajadores indefinidos no fijos creados por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

La cuestión subyacente tiene gran enjundia y ejemplifica a la perfección la dificultad de articular las respectivas competencias de la Unión Europea y de los Estados miembros en esta materia. La Unión cuenta en su ordenamiento con una Directiva que quiere establecer límites a la utilización de los contratos de duración determinada. Y es que no debe olvidarse que de acuerdo con la filosofía del Derecho comunitario, la forma «normal» de contrato de trabajo es el contrato indefinido. Pues bien, dentro de esa voluntad de limitar, la Directiva no enuncia sanciones específicas, sino que deja a los Estados una amplia capacidad de configuración de sus respuestas al abuso.

Las condiciones para ese desarrollo son sencillas: las medidas deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias. En este terreno, las sentencias analizadas no aportaron nada a esta caracterización, ya consolidada

jurisprudencialmente. De hecho, la sentencia *Martínez Andrés* refrescó la abundante corriente anterior al señalar que estas medidas «no deben (...) ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea». Nuevo paso atrás, la Directiva no impone a los Estados miembros que una de esas medidas sea la transformación en contrato indefinido. Es cada Estado el que decide si quiere o no contar con esa herramienta en su arsenal. Es más, la Directiva, señaló la sentencia, no se opondría al establecimiento de medidas diferentes para condenar el uso abusivo en el sector privado o en el sector público.

Ahora bien, ahora el salto es hacia delante, en una línea de razonamiento que sólo halla parangón en la Procesión de Echternach. La anterior afirmación, que tomada fuera de contexto podría engendrar auténticos despropósitos, debe ser analizada con cautela, para concluir que sería necesaria una justificación objetiva y una medida de efecto equivalente para permitir semejante dicotomía. Y tal es la tarea que la sentencia encomendó a los órganos remitentes: encontrar la medida interna que prevenía y sancionaba el encadenamiento fraudulento del personal estatutario y de los funcionarios interinos.

El Tribunal, no obstante, no se privó de proporcionar orientaciones para dicha tarea. Y la más importante de todas fue señalar que «la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva». La invitación a *trasplantar* la doctrina social al contencioso-administrativo no podía ser más clara. En este sentido, las palabras de la sentencia *Pérez López* descalificaron por completo el sistema actualmente vigente en España: «no entraña ninguna obligación de crear



puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal eventual estatutario (...) la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente».

El auto *Álvarez Santirso*, por último, se unió a la larga lista de pronunciamientos del Tribunal de Justicia que aspiran, con escaso éxito a la vista de la realidad, a equiparar las condiciones de trabajo del personal interino con el del personal estructural. La decisión legislativa del Principado de Asturias de excluir a los interinos del sistema de remuneración adicional del profesorado no universitario, la llamada «carrera docente», estaba en el origen de esta cuestión prejudicial.

La resolución por auto responde a la clásica doctrina del *acto aclarado*: si la cuestión no suscita ninguna duda razonable o la respuesta se deduce claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia recurre a este tipo de decisión. Para la Sala Décima, era obvio que el elemento discutido integraba la noción de condiciones de trabajo y que no existía ninguna justificación objetiva que avalara el trato diferente. Los requisitos generales y abstractos no permiten esa diferenciación.

La conclusión es implacable. ¿Pero queda tan claro que esta doctrina debería extenderse a cualquier remuneración en las Administraciones Públicas, siempre que no existan razones objetivas? ¿Hasta cuándo se denegará, por ejemplo, el pago de los sexenios de investigación a determinadas categorías de personal contratado en determinadas Universidades?

Rompiendo con la ortodoxia imperante entre los comentaristas, lo más importante de este grupo de sentencias no es lo indicado hasta ahora. Ciertamente, implica enorme cambios en la legislación. Pero la consecuencia más honda de todo este bloque viene de la última parte de la sentencia *Martínez Andrés* y encaja a la perfección con una tendencia reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encaminada a reforzar el efecto útil del Derecho de la Unión Europea.

En efecto, el Tribunal señaló que los mecanismos españoles de tutela de la vulneración del Derecho de la Unión Europea no son suficientes para garantizar los principios de equivalencia y efectividad. En concreto, subrayó que la necesidad de recurrir a un nuevo proceso para obtener la reparación del daño sufrido no garantiza el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva.

Con esa declaración, el Tribunal de Justicia lanzó el órdago a juego al legislador español. Es necesario crear un sistema eficaz de reparación del daño que pueda ser puesto en práctica por el juez que conoce del asunto. ¿Llegará de esta forma a España la indemnización pecuniaria por incumplimiento del Derecho de la UE? ¿Se creará un sistema de medidas cautelares y definitivas que enmiende así su vulneración?

La conclusión, ya adelantada, se repite para cerrar: es necesario que el legislador español se ponga manos a la obra y, de una vez por todas, reforme el sistema de empleo público y lo dote de las debidas garantías contra los abusos que se cometen en la contratación temporal. No es descartable que, de proseguir la deplorable cadena de sentencias, la Comisión Europea inicie un procedimiento contra España por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 1999/70/CE, bastante más serio que otros procedimientos derivados de un simple retraso en la transposición³⁰.

³⁰ Un simple esbozo de bibliografía, no exhaustivo, sobre todas ellas: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. E. Casas Baamonde, «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por «causa objetiva», y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», *Derecho de las relaciones laborales*, 9, 2016, pp. 838-872; A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales: (a propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto de Diego Porras), *Revista de información laboral*, 9, 2016, pp. 19-32; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de indemnización por finalización del

5.3. Otras materias

En materia de contratación pública, fue relevante la sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Ciclat Soc. coop.*, asunto C-199/15³¹. Entendió que no era contrario al Derecho de la Unión Europea considerar motivo de exclusión

contrato de: la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Diego Porras, C-596/2014). ¿Un paso (más) hacia el «contrato único»?», *La Ley Unión Europea*, 42, 2016; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La inaplicación horizontal de la doctrina de Diego Porras: Comentario a la sentencia de 16-11-2016, REC.1439/2016, del TSJ Andalucía-Málaga», *Revista de información laboral*, 12, 2016, pp. 153-165; A. DESDENTADO BONETE, «¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española?: Reflexión breve sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras», *Revista de información laboral*, 10, 2016, pp. 21-32; C. H. PRECIADO DOMÉNECH, «Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016.: Caso de Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa», *Revista de información laboral*, 8, 2016, pp. 37-55; J. AGUSTÍ MARAGALL, «La STJUE «Ana de Diego Porras» (C-596) y su inmediata recepción y aplicación por los tribunales españoles: análisis crítico», *lusalabor*, 3, 2016; C. MOLINA NAVARRETE, «Contrato de relevo: ¿nueva «frontera de conquista» para la «imperial» doctrina «De Diego Porras»? (Comentario al ATSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 2279/2016)», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 407, 2017, pp. 229-241; M. LÓPEZ BALAGUER, «La aplicación de la Doctrina «De Diego Porras» al contrato para obra o servicio determinado en el ámbito privado. STSJ País Vasco, de 18 de octubre de 2016 (AS 2016, 1446)», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 195, 2017, pp. 233-244; J. C. BENITO-BUTRÓN OCHOA, «Matices y reservas a la acelerada aplicación de la «doctrina De Diego Porras»: emergen los votos particulares en la sala vasca de suplicación (Comentario a la SSTSJ del País Vasco, núms. 2279 y 2340, de 15 y 22 de noviembre de 2016, recs. núms. 1990/2016 y 1991/2016)», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 407, 2017, pp. 209-214; J. PÉREZ REY, «Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70», *Revista de derecho social*, 76, 2016, pp. 219-252; M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, «Límites al uso abusivo de la contratación temporal por parte de las administraciones públicas. Un análisis a la luz de los recientes pronunciamientos del TJUE: asuntos María Elena López contra el Servicio Madrileño de Salud y Martínez Andrés (C-16/15) y otro contra el Servicio Vasco de Salud (C-184/15)», *Revista de información laboral*, 4, 2017, pp. 57-69; J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», *La Ley Unión Europea*, 41, 2016

³¹ ECLI:EU:C:2016:853.

en el marco de la contratación pública una infracción en materia de pago de cotizaciones de la seguridad social. El hecho de que tal infracción existiese en la fecha de la participación en una licitación, aunque ya hubiera cesado en la fecha de la adjudicación o del control no influye en esta valoración. Esta sentencia encaja en la tendencia en los últimos años de *socialización* de la contratación pública, que puede modificar considerablemente el panorama europeo en el futuro. En España, en el momento de cerrarse esta crónica, seguía pendiente de transposición la Directiva de 2014 sobre la materia.

A su vez, la sentencia de 17 de noviembre de 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH y Ruhrlandklinik gGmbH*, asunto C-216/15³² supuso un nuevo caso de «creatividad sorprendente» del Tribunal de Justicia, en esa tendencia en la que acuña ideas completamente distintas a las establecidas en los ordenamientos nacionales. De acuerdo con esta sentencia, la noción nacional de trabajador no tiene por qué corresponder con la noción de la Directiva 2008/104/CE, sobre empresas de trabajo temporal. Así, está incluida en el ámbito de ésta la cesión por una asociación sin ánimo de lucro, a cambio de una compensación económica, de uno de sus miembros a una empresa usuaria para que realice en ésta, a cambio de una retribución, una prestación laboral, con carácter principal y bajo su dirección, siempre que dicho miembro esté protegido por ello en el Estado miembro de que se trate.

Por último, hay que hacer mención de la muy larga sentencia de 22 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) e Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengiyis, en el que interviene: Enosi Ergazomenon Tsimenton Chalkidas*, asunto C-201/15³³. Con-

³² ECLI:EU:C:2016:883.

³³ ECLI:EU:C:2016:972. Comentada en M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, «Despidos colectivos. Autorización administrativa y libertad de empresa», *Derecho de las relaciones laborales*, 2, 2017, pp. 99-109; Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y



forme a ella, los Estados miembros pueden supeditar la autorización para llevar a cabo despidos colectivos a procedimientos administrativos que tengan en cuenta la protección de los trabajadores y el fomento del empleo y la contratación. No obstante, dichos procedimientos deben ser transparentes, proporcionados y

no vulnerar la libertad de empresa amparada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El impacto de esta sentencia debe ser objeto de observación detenida en el futuro, puesto que puede condicionar de forma muy señalada posibles reformas venideras en materia de despido colectivo.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

fricciones con el ordenamiento español», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 127, 2017, pp. 121-144.