

# Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017) y apéndice sobre la Carta Social Europea

# Review of jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (2017) and appendix on the European Social Charter

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: 2.1. Discriminación por razón de nacionalidad. 2.2 Competencia judicial en materia de contrato de trabajo. 3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 4. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN: 4.1. Campo de aplicación de los Reglamentos y principio de igualdad de trato. 4.2. Ley aplicable. -5. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: 5.1. Igualdad por razón de sexo. 5.2. Prohibición de discriminación por razón de edad. 5.3. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad. 5.4. Prohibición de discriminación por razón de religión. 6. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO: 6.1. Trabajo de duración determinada. 6.2. Trabajo a tiempo parcial. 6.3. Tiempo de trabajo. 6.4. Insolvencia empresarial. 6.5. Transmisión de empresas. 6.6. Despido colectivo. APÉNDICE: LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

## 1. INTRODUCCIÓN

2017 fue un año que puso de manifiesto, con insistencia, la creciente importancia de la jurisprudencia europea en el Derecho del Trabajo español. Una parte muy considerable de las sentencias sociales del Tribunal de Justicia procedieron de nuestro país. Ciertamente que ninguna tuvo el relumbramiento de las de septiembre de 2016, pero abordaron aspectos de gran relevancia. En todo caso, este año quedará para el recuerdo por las primeras sentencias sobre discriminación por religión, las conocidas *sentencias del velo*, que abrieron el camino de una considerable serie de pronunciamientos sobre otros aspectos de la religión en 2018.

## 2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

### 2.1. Discriminación por razón de nacionalidad

En línea con los últimos años, las sentencias en materia de libre circulación se ocupan, cada vez, de temas de menor interés, cuestiones puntuales de detalle, muy alejadas de grandes construcciones de una ciudadanía europea.

Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia *Bechtel*<sup>1</sup>. De acuerdo con ella, un Estado miembro, en virtud del artículo 45 TFUE, no puede impedir que un contribuyente que reside en ese

\* Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Sentencia de 21 de junio de 2017, *Wolfram Bechtel, Marie-Laure Bechtel y Finanzamt Offenburg*, asunto C-20/16 (ECLI:EU:C:2017:488).



Estado miembro, y que trabaja para la Administración Pública de otro Estado miembro, deduzca de la base imponible del impuesto sobre la renta en su Estado miembro de residencia las cotizaciones por jubilación y enfermedad retenidas sobre su salario en el Estado miembro de empleo, a diferencia de las cotizaciones similares pagadas a la Seguridad Social de su Estado miembro de residencia, cuando, de acuerdo con el Convenio para evitar la doble imposición entre los dos Estados miembros, el salario no puede tributar en el Estado miembro en que reside el trabajador y sólo incrementa el tipo de gravamen aplicable a los otros ingresos.

El mismo patrón de minuciosidad sigue la sentencia *Federspiel*<sup>2</sup>. Su doctrina puede sintetizarse en que un Estado miembro puede supeditar la concesión de una asignación destinada a obtener formación médica complementaria en otro Estado miembro a la condición de que el beneficiario ejerza su actividad profesional en el primer Estado miembro durante cinco años en los diez años siguientes a la obtención de la especialidad o, en su defecto, a que restituya hasta el 70% del importe de la asignación percibida, más los intereses. No obstante, esta medida puede ser contraria al Derecho de la UE si no contribuye de manera efectiva a perseguir los objetivos de protección de la salud pública y de equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social y va más allá de lo necesario a tal efecto<sup>3</sup>.

En contraste, la sentencia *Erzberger*<sup>4</sup> despertó un gran interés al plantearse la cuestión prejudicial, puesto que se consideró que podía llegar a poner en cuestión el sistema alemán de gestión. Este, en efecto, sólo tiene en cuenta

a los efectos de la elección del poderoso consejo de supervisión a los trabajadores de un grupo empleados en la propia Alemania. El accionista de una empresa del sector turístico, que sólo emplea en Alemania al 20% de su plantilla, cuestionó esta medida, al entender que podía vulnerar la libre circulación de los trabajadores empleados en las filiales no alemanas.

En realidad, fue el parto de los montes, puesto que el resultado de la decisión del Tribunal de Justicia fue que no es contrario al Derecho de la Unión Europea que sólo los trabajadores empleados por un grupo de sociedades en un Estado miembro participen en las elecciones de sus representantes en dicho Estado miembro, así como en órganos de co-gestión, excluyendo a los trabajadores de dicho grupo en otros Estados miembros<sup>5</sup>.

Aunque en los últimos tiempos el Tribunal de Justicia ha dictado una serie de sentencias que trataban severamente a los ciudadanos no activos económicamente, la sentencia *Gusa*<sup>6</sup> continuó protegiendo a quienes se han integrado en los mercados laborales de los Estados a los que se han desplazado. De acuerdo, con este pronunciamiento, ha de considerarse trabajador por cuenta propia a un ciudadano natural de un Estado miembro que, tras haber residido legalmente y ejercido una actividad como trabajador por cuenta propia en otro Estado miembro alrededor de cuatro años, ha abandonado esa actividad como consecuencia de la falta de trabajo motivada por causas ajenas a su voluntad y se ha inscrito ante el servicio de empleo competente de este último Estado miembro con el fin de encontrar un trabajo. Este tratamiento tiene efectos en materia de igualdad de trato en el acceso a subsidios de desempleo<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Sabine Simma Federspiel y Provincia autonoma di Bolzano, Equitalia Nord SpA*, asunto C-419/16 (ECLI:EU:C:2017:997).

<sup>3</sup> Comentada en M. SAFJAN, «Reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico: enumeración de los médicos especialistas en formación: TJ, Sala Tercera, 20 Dic. 2017. Asunto C-419/16: Simma Federspiel», *La Ley Unión Europea*, nº 55, 2018

<sup>4</sup> Sentencia de 18 de julio de 2017, *Konrad Erzberger y TUI AG*, asunto C-566/15 (ECLI:EU:C:2017:562).

<sup>5</sup> Objeto de comentario en E. SCHANZE, «Die Pluralität der Mitbestimmungslösungen in Europa (Kommentar zu EuGH v. 18.7.2017-C-566/15-Konrad Erzberger / TUI AG)», *Die Aktiengesellschaft*, nº 16, 2017, pp. 573-576.

<sup>6</sup> Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Florea Gusa y Minister for Social Protection, Irlanda, Attorney General*, asunto C442/16 (ECLI:EU:C:2017:1004).

<sup>7</sup> Sobre ella, F. J. HIERRO HIERRO, «Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y límites



## 2.2. Competencia judicial en materia de contrato de trabajo

La más interesante de las sentencias de este período tuvo que ver con un aspecto que nació como complementario de la libre circulación, una pura materia de Derecho internacional privado. En efecto, el caso *Nogueira y otros*<sup>8</sup> fue recibido como un importante paso a la hora de determinar con claridad las condiciones laborales de la compañía aérea Ryanair. Un año después, no obstante, este entusiasmo debe atemperarse.

La práctica habitual de la compañía irlandesa era incluir en sus contratos la sumisión a la legislación laboral irlandesa y a los Tribunales de este país, alegando la matriculación de sus aviones en Irlanda y su domicilio social. El problema surgió cuando un trabajador español, con base en el aeropuerto belga de Charleroi, demandó a su antigua empresa en Bélgica, conforme a la normativa belga. El contrato de trabajo, por otra parte, se había firmado en España, pero nuestro país permaneció ajeno al litigio. En el otro caso acumulado, los diversos trabajadores implicados habían celebrado el contrato con una empresa irlandesa, Crewlink, que los ponía a disposición de Ryanair. Las cláusulas y la base eran las mismas.

La duda de Derecho de la UE surgió en un Tribunal belga al interpretar el Reglamento Bruselas I [Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil]. La pregunta planteada en uno de los asuntos buscaba determinar si la noción de «lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo», usada

en este Reglamento, coincide con la de «base» que emplean el Reglamento (CEE) n° 3922/91 y el Reglamento (CE) n° 883/2004.

En la primera parte de su argumentación, el Tribunal negó cualquier validez a la cláusula pactada de sumisión a Irlanda. En efecto, esta no cumplía ninguno de los requisitos del artículo 21 del Reglamento Bruselas I, al no ser posterior al litigio ni aumentar las posibilidades del trabajador. Esta declaración implicaba que resultaba aplicable al caso la cláusula general del «lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo» del artículo 19.2.a) del Reglamento.

Salta a la vista el problema que se plantea con personas para las que volar es su oficio, lo que está siendo tomado en detenida consideración en la reforma que se está estudiando del Reglamento (CE) n° 883/2004, en materia de Seguridad Social, por ejemplo. Para situaciones como ésta, el Tribunal ya había señalado anteriormente que era preciso identificar el lugar con el cual el litigio tiene el punto de conexión más significativo, a los efectos de designar el juez mejor situado para pronunciarse, como de garantizar una protección adecuada al trabajador. Y aquí la sentencia dio el giro inesperado: la noción de «base» del Reglamento (CEE) n° 3922/91 no es asimilable al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo. Podrían separarse, entonces, la ley aplicable en materia de Seguridad Social y el foro en materia laboral.

Ahora bien, nótese el uso del condicional. La sentencia consideró que la determinación de cara al Reglamento Bruselas I del lugar de trabajo descrito había de emplear una serie de indicios. Entre ellos, la base tendría un papel muy significativo. De hecho, sólo desaparecería como indicio principal en situaciones que «presentasen unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar de trabajo distinto de esa 'base'». Lo que también descartó la sentencia fue que el criterio de matriculación de las aeronaves fuese válido.

La conclusión que se extrae de esta sentencia es que la base es útil como criterio, pero

al subsidio para demandantes de empleo: intereses no siempre concordantes», *Trabajo y Derecho*, 2018, en prensa.

<sup>8</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira, Víctor Pérez Ortega, Virginie Mauguit, María Sánchez O'Dogherty, José Sánchez Navarro y Crewlink Ireland Ltd* (C-168/16) y *Miguel José Moreno Osácar y Ryanair Designated Activity Company, anteriormente Ryanair Ltd* (C-169/16) (ECLI:EU:C:2017:688).



no el único y ni el absoluto. Cuando los hechos concurren con su definición, será perfectamente válido, pero siempre dejando la puerta abierta a otras posibilidades basadas en la realidad fáctica<sup>9</sup>.

### 3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La llamada «economía colaborativa», cuya misma denominación podría ser objeto de amplio debate, empieza a ser encajada, judicialmente, en las normas vigentes, tras su vigorosa irrupción en la anomia de los últimos años. La sentencia *Asociación Elite Taxi*<sup>10</sup> supuso un hito importantísimo en esa configuración. Son indicios de esta importancia el hecho de que el caso se resolviese en formación de Gran Sala y de que ocho Gobiernos, además de la Comisión Europea y el Órgano de Vigilancia de la AELC, formularan observaciones.

De esta decisión parece seguirse como corolario que los conductores de Uber son trabajadores, pero no puede desconocerse que este fallo no proviene de un litigio social, sino mercantil. La conclusión enunciada es, pues, un *daño colateral* del fallo y no su objetivo primordial. Porque este era, en efecto, un caso procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, ante el que se sustanciaba un litigio por competencia desleal, y en el que las normas europeas que suscitaban dudas se referían a los servicios de la sociedad de la información, el comercio electrónico y los servicios en el mercado interior. La cuestión prejudicial buscaba determinar, en esencia, «si los servicios prestados [por Uber] deben considerarse

servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos tipos de servicios». Merece la pena señalar que la asociación de taxistas intentó negar la competencia del Tribunal de Justicia, alegando que suponía pronunciarse sobre cuestiones de hecho, con escaso éxito. El mismo destino corrieron las diversas alegaciones estatales sobre la admisibilidad de la cuestión.

Superados todos estos obstáculos, la decisión del Tribunal de Justicia fue de una llamativa brevedad: en quince párrafos quedó despachada la naturaleza jurídica de Uber. El punto de partida era una simple distinción: intermediar el transporte no es transporte, sino servicio de la sociedad de la información, mientras que un servicio de taxi es servicio en el ámbito del transporte. Ahora bien, tal distinción no era aplicable al caso, puesto que Uber no se limita a la simple intermediación.

El punto clave de la sentencia es el apartado 39, donde el Tribunal hace, sin decirlo, una reflexión sobre las ideas de dependencia y subordinación en el siglo XXI: «ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. (...) Establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos».

Este análisis fue seguido en la sentencia, inmediatamente, por una referencia a la jurisprudencia del propio Tribunal: «el concepto de ‘servicio en el ámbito de los transportes’ engloba no sólo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte». Consecuencia automática, Uber no quedaba dentro del ámbito de los servicios de la sociedad de la información, ni tampoco dentro del campo de aplicación de la liberalizadora

<sup>9</sup> Objeto de comentario en M. C. VAQUERO LÓPEZ, «La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional: (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16: Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar contra Ryanair Designated Activity Company)», *La Ley Unión Europea*, nº 54, 2017.

<sup>10</sup> Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.*, asunto C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).



Directiva 2006/123/CE, que excluye los servicios de transporte.

La inexistencia de medidas específicas adoptadas en el marco de la política común de transportes a propósito del transporte urbano no colectivo llevaba, a ojos del Tribunal, a permitir a cada Estado regular las condiciones de prestación de este tipo de servicios<sup>11</sup>.

La sentencia, en todo caso, deja abiertas cuestiones de futuro, como una hipotética normativa común en este campo, al amparo del artículo 91 TFUE; una armonización espontánea de los criterios nacionales; o, por el contrario, una reacción centrífuga donde cada Estado, valorando sus propios intereses, flexibilice el acceso a su mercado de transportes de este tipo de servicios. La última palabra no se ha escrito todavía, si bien en 2018 el Tribunal de Justicia ratificó su criterio en un nuevo pronunciamiento.

En un campo completamente diferente, la sentencia *Comisión contra España*<sup>12</sup> supuso una novedad muy considerable. Por primera vez, España fue objeto de la imposición de una sanción pecuniaria por un incumplimiento en materia social. No era, obviamente, el primer incumplimiento de España ni, de la misma forma, la primera sanción que recibía nuestro país por un encaje defectuoso con el ordenamiento de la Unión. Pero supuso un hito en un historial más o menos acertado de respeto de la normativa social europea.

La primera sentencia *Comisión contra España*<sup>13</sup> en este campo estudió la compatibilidad

del Real Decreto Legislativo 2/2011, el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, con el Derecho de la Unión Europea. Hay que subrayar que la disidencia procedía del contraste con el Derecho de la competencia, no con la normativa social. Esta es una situación, en todo caso, que no es infrecuente en la práctica del Tribunal de Justicia: basta con recordar las sentencias de los años 90 sobre servicios de colocación para poder apreciar el impacto en la regulación de las relaciones laborales que tienen este tipo de decisiones<sup>14</sup>. La sentencia, dictada tres años y diecinueve días después de que la Comisión iniciara el procedimiento por incumplimiento, condenó a España. Era debido, pues, «adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal» (art. 260.1 TFUE).

La sentencia recogió los avatares, bien conocidos, del intento de poner remedio al incumplimiento. El intento de solución a través de un proceso de diálogo y negociación con representantes sindicales y empresariales del sector no condujo a buen puerto y la Comisión no consideró cumplida la obligación hasta el Decreto-Ley 8/2017<sup>15</sup>. Esta norma condujo a la Comisión a renunciar a su petición de multa, pero no a la de sanción a tanto alzado. Las alegaciones del Gobierno de España reflejadas en la sentencia se centraban en la buena fe demostrada en los intentos de elaboración de un proyecto de ley pactado y en las excepcionales

<sup>11</sup> Comentada, entre otros lugares, en Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, «Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo: Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L.», *La Ley Unión Europea*, nº 57, 2018; B. GOMES, «Les plateformes en droit social: l'apport de l'arrêt 'Elite Taxi contre Uber'», *Revue de droit du travail*, nº 2, 2018, pp. 150-156.

<sup>12</sup> Sentencia de 13 de julio de 2017, *Comisión Europea contra Reino de España*, asunto C-388/16 (ECLI:EU:C:2017:548).

<sup>13</sup> Sentencia de 11 de diciembre de 2014, *Comisión Europea contra Reino de España*, asunto C-576/13 (ECLI:EU:C:2014:2430).

<sup>14</sup> Una panorámica general en A. PAZOS PÉREZ, «La jurisprudencia del TJUE sobre la estiba portuaria», en J. M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de las gentes del mar*, BOMARZO, ALBACETE, 2016, pp. 229 y ss; M. I. RIBES MORENO, «La movimentazione delle merci nei porti in Spagna e il diritto dell'Unione europea (Comentario a C. Giust. 11 dicembre 2014 C-576/13)», *Diritto Lavori Mercati*, 3, 2015.

<sup>15</sup> Sobre el régimen de este último, C. MOLINA NAVARRETE, «Libertad de empresa, seguridad en el empleo y subrogación adaptativa: a propósito del desregulador nuevo régimen de la estiba», *CEF- Trabajo y Seguridad Social*, 141, pp.105 y ss. Reflexiones de gran interés sobre esta cuestión en M. I. RIBES MORENO, «Amarradores y pérdida de monopolio», en O. Fotinopoulou Basurko (dir.), *Problemas actuales y cambios futuros del Derecho del Trabajo Marítimo*, GOMYLEX, BILBAO, 2017, pp.257 y ss.



circunstancias del Gobierno en funciones entre diciembre de 2015 y octubre de 2016. Recurriendo a una doctrina ya clásica en este tipo de recursos, «un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión». La sentencia señaló además los 29 meses que habían transcurrido entre la sentencia y el Decreto-Ley, «un período de tiempo significativo».

Por su parte, la parte más interesante de las alegaciones de la Comisión se centran en el modo de cálculo de la sanción a tanto alzado, conforme a los criterios recogidos en la Comunicación antes indicada: gravedad de la infracción (10 sobre 20), duración de ésta (el multiplicador del número de días transcurridos entre la primera sentencia y la reparación de su incumplimiento) y necesidad de garantizar el efecto disuasorio de la sanción para evitar reincidencias (factor «n» de 12,51). Todo ello conducía a una cantidad de 27.522 euros diarios, que extendidos a lo largo de 29 meses habría conducido a una onerosa suma cercana a los 30 millones de euros. El Tribunal hizo caso omiso de este modo de cálculo, que no le vincula en modo alguno. De forma que roza la arbitrariedad más absoluta, decidió llevar a cabo una «apreciación equitativa» y condenar a España al pago de 3 millones de euros.

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

En materia de Seguridad Social, sucede algo muy similar a lo indicado a propósito de la libre circulación: campos de antigua fecundidad doctrinal se ven ahora assolados por el detalle menor, confinando el interés de estas sentencias en el estrecho campo del experto en la materia<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> La mejor obra reciente sobre la materia, D. CARRASCOSA BERMEJO, «Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social», en (VV.AA., M. E. CASAS BAAMONDE et al,

#### 4.1. Campo de aplicación de los Reglamentos y principio de igualdad de trato

Buen ejemplo de lo indicado es el caso *Tolley*<sup>17</sup>. Conforme a lo dictado por el Tribunal de Justicia, un subsidio para discapacitados, como el previsto en la legislación británica, encaminado a cubrir los gastos adicionales exigidos por ciertos tipos de asistencia o derivados de la incapacidad o práctica incapacidad para caminar ha de ser considerado como una prestación por enfermedad a los efectos de los Reglamentos de Seguridad Social. El hecho de que una persona haya estado sujeta a la legislación de un Estado miembro y haya adquirido derechos a una pensión de jubilación no impide que dicha legislación pueda dejar de serle aplicable en el futuro si, por ejemplo, rompe sus conexiones con dicho Estado miembro al trasladarse a otro. Sin embargo, no cabe someter la exportación de dicha prestación a un requisito de residencia, pero sí que cabe condicionarla a la obtención de una autorización por parte del Estado competencia para realizar el desplazamiento a otro Estado miembro.

La sentencia *Martínez Silva*<sup>18</sup>, por su parte, tiene el rasgo destacado de ser la primera vez que la Directiva 2011/98/CE, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, es estudiada por el Tribunal de Justicia. De acuerdo con este pronunciamiento,

dirs.), *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 509-557.

<sup>17</sup> Sentencia de 1 de febrero de 2017, *Secretary of State for Work and Pensions y Tolley*, asunto C-430/15 (ECLI:EU:C:2017:74).

<sup>18</sup> Sentencia de 21 de junio de 2017, *Kerly Del Rosario Martínez Silva e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), Comune di Genova*, asunto C-449/16 (ECLI:EU:C:2017:485).



las personas que se encuentran en la situación regulada por esta norma gozan de igualdad de trato con los trabajadores nacionales del Estado miembro en el que residan en lo que se refiere a las ramas de la Seguridad Social. Por ese motivo, un Estado miembro no puede denegarles la percepción de una prestación familiar como el subsidio para familias nucleares con al menos tres hijos menores de la legislación italiana.

## 4.2. Ley aplicable

Curiosamente, 2017 ha sido un año fecundo en sentencias sobre ley aplicable en materia de Seguridad Social, que suelen escasear. Como es sabido, el Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004 contiene un sistema de conflicto de leyes que conduce a la aplicación de una única legislación nacional de Seguridad Social<sup>19</sup>. Las cuatro sentencias que siguen han aportado interesantes precisiones.

La sentencia *A-Rosa*<sup>20</sup> se ha ocupado de uno de los pilares administrativos del sistema, los documentos expedidos en un Estado que certifican la conexión con su legislación de Seguridad Social. De acuerdo con esta sentencia, en el marco de los Reglamentos de Seguridad Social, el certificado E-101 (en la actualidad, el A1) vincula tanto a las instituciones de Seguridad Social del Estado miembro en el que se efectúe el trabajo como a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro, incluso cuando éstos comprueben que las condiciones en que se desarrolla la actividad del trabaja-

dor de que se trate quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de las disposiciones de los Reglamentos.

Ya entrando en los complejos casos de pluriactividad transnacional, la primera sentencia *X*<sup>21</sup> señaló que, a los efectos de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, una persona que reside y ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y que, durante un período de tres meses, disfruta de una excedencia no retribuida y ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro debe considerarse una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos Estados miembros en el sentido de los Reglamentos. Para ello, es necesario que durante la excedencia se considere que ejerce una actividad por cuenta ajena en virtud de la legislación en materia de Seguridad Social del primer Estado miembro y, por otra, la actividad ejercida en el territorio del segundo Estado miembro debe tener carácter habitual y significativo.

A su vez, la segunda sentencia *X*<sup>22</sup>, de mismo día y misma fecha, indicó que, a los efectos de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, una persona que ejerce una actividad por cuenta ajena para un empresario establecido en el territorio de un Estado miembro y reside en otro Estado miembro en cuyo territorio ejerció, en el año transcurrido, una parte de esa actividad por cuenta ajena correspondiente a un porcentaje reducido de sus horas de trabajo, sin que existiera un acuerdo previo con su empresario, no debe considerarse una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos Estados miembros en el sentido de los Reglamentos.

<sup>19</sup> Sobre esta materia, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 132, 2017, pp.249 y ss.

<sup>20</sup> Sentencia de 27 de abril de 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH y Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf)*, asunto C-620/15 (ECLI:EU:C:2017:309). Comentada en H. GUICHAOUA, «Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères?: À propos de l'arrêt A-Rosa Flussschiff GmbH de la CJUE», *Droit ouvrier*, n° 827, 2017, pp. 329-341

<sup>21</sup> Sentencia de 13 de septiembre de 2017, *X y Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-569/15 (ECLI:EU:C:2017:673).

<sup>22</sup> Sentencia de 13 de septiembre de 2017, *X y Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-570/15 (ECLI:EU:C:2017:674)



Por último, la sentencia *Szoja*<sup>23</sup> vino a ratificar algo que ya se venía dando por sentado desde hacía tiempo: las actividades marginales por cuenta ajena no han de ser tenidas en cuenta a la hora de determinar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social a una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros.

## 5. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Como en otras materias, la tendencia de años anteriores se consolida: las Directivas en materia de igualdad por razón de sexo palidecen en relevancia frente a la pujanza jurisprudencial de la Directiva 2000/78/CE.

### 5.1. Igualdad por razón de sexo

La sentencia *Kalliri*<sup>24</sup>, no obstante la valoración adelantada, puso de manifiesto una vez más la potencia del ordenamiento de la Unión Europea para modelar el empleo público en los Estados miembros. Si en anteriores ocasiones el Tribunal de Justicia ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre las edades de acceso a diferentes cuerpos policiales, en este caso ha tenido que juzgar los requisitos de altura existentes en Grecia. Era necesario medir descalzo 1'70 metros para acceder a la Escuela de oficiales y agentes de la Policía heleno. La Sra. Kalliri se quedaba a las puertas, al medir 1'68 metros. Tras un largo periplo judicial, el asunto llegó al Consejo de Estado, que planteó la cuestión prejudicial, para que el Tribunal de Justicia considerara o no que tal exigencia era una discriminación indirecta por razón de sexo.

<sup>23</sup> Sentencia de 13 de julio de 2017, *Radosław Szoja y Sociálna poisov a, con intervención de WEBUNG, s.r.o.*, asunto C-89/16 (ECLI:EU:C:2017:538).

<sup>24</sup> Sentencia de 18 de octubre de 2017, *Ypourgos Eseterikon, Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton y Maria-Eleni Kalliri*, asunto C-409/16 (ECLI:EU:C:2017:767).

La medida en sí era tan clara que no mereció apenas consideración por parte del Tribunal, que la consideró incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE (por motivos temporales, ya que el litigio se había originado en 2007) y que debemos entender también aplicable a la vigencia de la Directiva 2006/54/CE. Sí que mereció atención, en cambio, la posible existencia de un objetivo legítimo, con la consiguiente exigencia de que los medios para alcanzarlo sean adecuados y necesarios. La finalidad existe y ya ha sido admitida por el Tribunal anteriormente: garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de policía.

Otra cosa muy diferente era la proporcionalidad y la adecuación. La sentencia no encontró conexión alguna entre la estatura y la capacidad física que el Gobierno griego pretendía garantizar. El hecho de que en otros cuerpos policiales y en las fuerzas armadas se emplearan alturas diferenciadas para hombres y mujeres fue también tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia. Constatando que existían medidas mucho menos gravosas y perjudiciales para las mujeres que el establecimiento de una altura mínima, el Tribunal falló que el requisito cuestionado era contrario al Derecho de la Unión Europea.

De mucho menos relevancia fue la sentencia *H*<sup>25</sup>. De acuerdo con ella, el Derecho de la UE se opone a que la promoción definitiva a un puesto directivo en la función pública esté supeditada al requisito de que el candidato seleccionado supere con éxito un período de prácticas previo de dos años en ese puesto si no es posible articular dicha exigencia con el disfrute de un permiso parental. El objetivo perseguido por ese período de prácticas, que consiste en permitir evaluar la aptitud para ocupar el puesto directivo que ha de cubrirse, no puede justificar las infracciones de dicha cláusula.

<sup>25</sup> Sentencia de 7 de septiembre de 2017, *H. y Land Berlin*, asunto C-174/16 (ECLI:EU:C:2017:637).



La más relevante de las sentencias en este período, desde un punto de vista español, fue el caso *Otero Ramos*<sup>26</sup>. La cuestión prejudicial tuvo su origen en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que es uno de los usuarios más frecuentes de este mecanismo. La Sra. Otero Ramos prestaba sus servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña, dependiente del Servizo Galego de Saúde. En diciembre de 2011 tuvo una hija y poco tiempo después del parto informó a su empresario de que ésta recibía lactancia materna y de que las funciones que requería su puesto de trabajo podían tener repercusiones negativas sobre dicha lactancia y exponerla a riesgos para su salud y seguridad debido, en particular, a la complejidad del ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), a las radiaciones ionizantes, a las infecciones nosocomiales y al estrés. En consecuencia, presentó una solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo y de aplicación de medidas preventivas. Ésta fue denegada, así como la posterior petición de una prestación por riesgo durante la lactancia, al entender que se trataba de un puesto exento de riesgos.

Al impugnar esta decisión ante el Juzgado de lo Social, presentó un escrito de la jefa de servicio de la unidad de urgencias del CHUAC, que indicaba, en esencia, «que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia y para su hija». En los trámites administrativos anteriores, dicha jefa no había tomado parte alguna ni presentado escrito. Atendiendo a la estricta jurisprudencia del Tribunal Supremo

en la materia, la sentencia rechazó la petición. Fue recurrida en suplicación.

Llegado el asunto al TSJ, surgieron las dudas entre los Magistrados encargados de resolver el recurso, en especial en lo concerniente a una aplicación conjunta de la Directiva 92/85/CEE, donde se establece el permiso de lactancia, y la Directiva 2006/54/CE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, en concreto a propósito de la carga de la prueba en situaciones de posible discriminación. A partir de esta duda, la cuestión prejudicial encadenaba tres preguntas sucesivas sobre los medios de prueba. Todas ellas fueron reformuladas y agrupadas por el Tribunal de Justicia, al entender que el precepto invocado de la Directiva 92/85/CEE no era el más apropiado para la resolución del caso.

En primer lugar, la sentencia analizó cómo se debe llevar a cabo la evaluación de riesgos que pueden afectar a una trabajadora conforme a esta última Directiva, de acuerdo con lo establecido en la detallada Comunicación de la Comisión, de 20 de noviembre de 2000, sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [COM(2000) 466 final]. La conclusión que de todo ello extrajo fue la necesidad de un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora.

El siguiente paso fue determinar si la situación contenciosa constituía, o no, una discriminación por razón de sexo. No ha de olvidarse que de acuerdo con la Directiva 2006/54/CE, constituye una discriminación «el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE». Considerando las circunstancias del caso, el Tribunal entendió que la Directiva 2006/54/CE era plenamente aplicable y pasó a estudiar de forma conjunta las cuestiones relacionadas con la carga de la prueba.

<sup>26</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2017, *Elda Otero Ramos y Servizo Galego de Saúde, Instituto Nacional de la Seguridad Social*, asunto C-531/15 (ECLI:EU:C:2017:789). Comentada por B. ALONSO-OLEA GARCÍA, «La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, Otero Ramos (C-531/15)», *Revista de derecho de la Seguridad Social*, nº 14, 2018, pp. 143-156.



En este punto, la sentencia incluyó una aclaración muy importante: «las reglas relativas a la prueba previstas en esta disposición no se aplican en el momento en que la trabajadora (...) solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o (...) la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural (...). Estas reglas sólo han de aplicarse en una fase posterior, cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente».

Situada, pues, la argumentación del caso en el plano judicial, el Tribunal señaló que, conforme a jurisprudencia anterior, le corresponde a la trabajadora una primera actuación, presentando hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de la discriminación. En este caso concreto, deberían ir encaminados a demostrar que la evaluación de riesgos no se llevó a cabo conforme a lo establecido en la Directiva 92/85/CEE y las directrices. Cumplido ese requisito y sólo entonces se produciría la inversión de la carga de la prueba.

El Tribunal dedicó algunos párrafos a examinar los hechos del caso, en uno de esos característicos despistes en que olvida su papel de intérprete del Derecho de la Unión Europea y juega a ser un Tribunal ordinario. El escrito de la jefa de la trabajadora podría ser ese elemento de prueba necesario y los documentos presentados por el CHUAC carecerían de la motivación suficiente para cumplir las exigencias de la norma europea. Eso sí, como de costumbre, todo esto debería comprobarlo el Tribunal nacional, superado el lapsus del Tribunal de Justicia.

La conclusión del caso, en definitiva, abre la puerta a una intensa fase probatoria en los litigios, y sólo en los litigios, a propósito de los riesgos en la fase de lactancia. No obstante, retomando la indicación previa sobre la duración judicial de este caso, esta sentencia puede verse desprovista de eficacia si el procedimiento que debe resolver el problema se

extiende más allá de la propia duración del período de lactancia. Quizás el artículo 139 LRJS podría ser modificado para dar amparo a una vía urgente y preferente de estudio de cuestiones como ésta, garantizando un efectivo cumplimiento del Derecho de la Unión Europea y resolviendo así demoras que vacían de contenido, más allá de lo económico, los derechos reconocidos en la Directiva 92/85/CEE, que tienen finalidades añadidas. Otra posibilidad sería que esta doctrina se trasladara, aun dentro del proceso ordinario, a la solicitud de medidas cautelares por la trabajadora, con las debidas reservas.

## 5.2. Prohibición de discriminación por razón de edad

Una de las causas recogidas en la Directiva 2000/78/CE es la edad, que puede tener incidencia tanto al principio como al final de la relación laboral.

Ejemplo del último escenario es el caso *Fries*<sup>27</sup>. En él, el Tribunal declaró que el límite de 65 años para ejercer como piloto de aeronaves destinadas al transporte aéreo comercial no es contrario al Derecho de la Unión Europea, puesto que contribuye a mantener un nivel adecuado de seguridad en la aviación civil. Dicho límite no implica la prohibición para intervenir en vuelos en vacío o vuelos de traslado en los que no se transporte pasajeros, carga o correo, ni para actuar como instructor o examinador a bordo.

En el extremo contrario de la vida laboral, la sentencia *Abercrombie & Fitch*<sup>28</sup> resolvió que la edad máxima de contratación de 25

<sup>27</sup> Sentencia de 5 de julio de 2017, *Werner Fries y Lufthansa CityLine GmbH*, asunto C-190/16 (ECLI:EU:C:2017:513).

<sup>28</sup> Sentencia de 19 de julio de 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl y Antonino Bordonaro*, asunto C-143/16 (ECLI:EU:C:2017:566). Un comentario en C. Inversi, «Forme di lavoro flessibili per i lavoratori più giovani e principio di non discriminazione in base all'età nel caso Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro», *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerche*, 27, nº 4, 2017, pp. 1241-1250.



años está justificada en una determinada modalidad, existente en Italia, si responde a objetivos específicos en materia de política social y de empleo, como puede ser el fomento de la contratación de jóvenes, la eliminación de las formas de trabajo ilegales y la adaptabilidad de los asalariados.

### 5.3. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad

De nuevo vuelve el tratamiento de la discriminación por razón de discapacidad, proscribida por la Directiva 2000/78/CE, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se trata en este caso de la sentencia *Milkova*<sup>29</sup> en el marco de una cuestión prejudicial procedente de Bulgaria. Poco a poco, los países del Este de Europa van incorporándose a la dinámica del diálogo con el Tribunal de Justicia, a un ritmo en algunos casos bastante más rápido que España en su momento, si bien subsisten defectos técnicos en el planteamiento, como se verá.

En el caso estudiado, la normativa búlgara en materia de empleo público no contenía ninguna cláusula de protección de los discapacitados en caso de extinción de su relación funcionarial, mientras que la equivalente para el sector privado sí recogía este tipo de salvaguarda, que también era aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Al acontecer la extinción de la Sra. Milkova, funcionaria de carrera con discapacidad mental, ésta impugnó la falta de protección, lo cual suscitó la duda del Tribunal búlgaro competente.

La sentencia, dictada por la Sala Segunda del Tribunal de Justicia, no fue demasiado clara, circunstancia que en los últimos tiempos se está volviendo peligrosamente habitualmente en la práctica de este órgano. Ejemplo de ello fue el tratamiento conjunto que hizo de

las cuestiones primera y tercera. Si la lectura se detuviera en el apartado 44 de la sentencia, no habría duda alguna de que la diferencia de trato se fundaba en el status legal de funcionario y trabajador asalariado. Al no ser éste uno de los motivos recogidos taxativamente en la Directiva 2000/78/CE, el trato desigual habría podido subsistir.

Pero en el apartado 45, a resultas de la alegación del Gobierno búlgaro sobre el carácter de medida de acción positiva que tiene la medida en el régimen laboral, la sentencia cambió drásticamente de rumbo. En 20 apartados, el Tribunal de Justicia llevó a cabo un análisis de su doctrina sobre este tipo de reglas, para acabar concluyendo que en todo caso estaban sujetas al Derecho de la Unión, y que «la finalidad de una normativa como la controvertida en el litigio principal consiste en proteger al trabajador, no en función de cuál sea el vínculo jurídico constitutivo de su relación de trabajo, sino en función de su estado de salud».

Esta modificación del hilo argumental llevó a la respuesta obvia, la obligación del juez nacional de verificar la existencia de una protección equivalente en ambos regímenes y de, no ser así, condenar la diferencia de trato<sup>30</sup>. Atendiendo a la cuarta cuestión prejudicial, que versaba sobre el remedio que debería aplicarse en ese caso, el Tribunal de Justicia fue tajante: «la obligación de respetar el Derecho de la Unión exigirá extender el ámbito de aplicación de las normas nacionales que protegen a los trabajadores por cuenta ajena con un determinado tipo de discapacidad, con el fin de que dichas normas de protección cubran igualmente a los funcionarios con una discapacidad del mismo tipo». Esta respuesta está en la línea del Tribunal de aplicar reme-

<sup>29</sup> Sentencia de 9 de marzo de 2017, *Petya Milkova e Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, asunto C-406/15 (ECLI:EU:C:2017:198).

<sup>30</sup> Cfr. el comentario de E. ROJO Torrecilla, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/03/proteccion-de-la-salud-de-trabajadores.html>: «A diferencia de otras ocasiones (me viene a la memoria las sentencias de la Sala décima en los asuntos relativos a la contratación de duración determinada en España, de 14 de septiembre de 2016), ahora el TJUE se muestra extraordinariamente prudente y no da pista alguna al tribunal nacional sobre cómo debe resolver el litigio».

dios instantáneos, adelantándose a la acción del legislador, que puede detectarse en varias sentencias en los últimos años. La creciente importancia del principio de efectividad hace de él uno de los aspectos más dignos de atención en el desarrollo futuro de la jurisprudencia europea.

La segunda cuestión prejudicial, por último, fue descartada por el Tribunal de Justicia, al haber incurrido en el clásico error de planteamiento de considerar un problema hipotético. La naturaleza de la cuestión prejudicial es la resolución de problemas concretos de Derecho de la Unión Europea vinculados a la resolución del litigio, no la elucubración teórica.

#### 5.4. Prohibición de discriminación por razón de religión

Los pronunciamientos *estrella* de este año en materia de igualdad, en cualquier caso, fueron dos sentencias, ambas de 14 de marzo de 2017, ambas de la Gran Sala del Tribunal con la misma composición, ambas con el mismo ponente (el luxemburgués F. Biltgen, ponente en *De Diego Porras*, entre otras), los casos *Achbita*<sup>31</sup> y *Bougnaoui*<sup>32</sup>. Formalmente, no fueron asuntos acumulados, pero todo permite concebir que fueron resueltos en unidad de pensamiento por la Gran Sala.

El primer caso, *Achbita*, tenía su origen en Bélgica. En la lectura de la sentencia llama la atención, ante todo, que los hechos litigiosos tuvieron lugar en 2006, lo cual produce un cierto escalofrío sobre la velocidad de los órganos jurisdiccionales belgas. En dicho año, la Sra. Achbita comunicó a su empresa, en la que trabajaba como recepcionista, que tenía intención de acudir con un pañuelo islámico a

su trabajo. En la empresa existía una regla no escrita según la cual los trabajadores no podían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Curiosamente, dicha regla fue positivizada por el comité de empresa en el reglamento interno al tiempo de la polémica de la Sra. Achbita, tras la cual fue despedida, recibiendo eso sí una indemnización. Las reclamaciones de la trabajadora de que había sido víctima de una discriminación por su religión fueron sucesivamente rechazadas, hasta que el Tribunal de Casación planteó la cuestión prejudicial.

El segundo caso, *Bougnaoui*, procedía de Francia, con hechos sucedidos en 2009. En esta ocasión, no había reglamento alguno, sino advertencias por parte de la empresa y quejas de clientes a propósito del uso del velo. Al negarse a no usar el velo durante su prestación de trabajo, la trabajadora fue despedida, sin indemnización alguna por considerarse que suponía un incumplimiento contractual. Si bien los tribunales franceses impusieron el pago de una indemnización correspondiente al preaviso omitido, ninguno consideró que existiera discriminación, hasta que el Tribunal de Casación albergó ciertas dudas y planteó la cuestión prejudicial.

Nunca hasta este momento había tenido ocasión el Tribunal de Justicia de pronunciarse sobre el significado de «religión o convicciones» recogido en la Directiva 2000/78/CE, mientras que ya había explorado todas las restantes causas de discriminación<sup>33</sup>. A la hora de caracterizarla, la sentencia ha recurrido al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 9, y, dentro de la línea más clásica de tratamiento de los derechos fundamentales, a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, ahora en cierta manera inspiradoras de la Carta

<sup>31</sup> Sentencia de 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y G4S Secure Solutions NV*, asunto C-157/15 (ECLI:EU:C:2017:203).

<sup>32</sup> Sentencia de 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADDH) y Micro-pole SA*, asunto C-188/15 (ECLI:EU:C:2017:204).

<sup>33</sup> Ampliamente, 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.

de Derechos Fundamentales. De todo ello ha concluido que es menester una interpretación amplia de la noción de religión, incluyendo «el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa». Una interpretación distinta de esta, por otra parte, habría supuesto un retroceso al siglo XIX, en un marco en el que hasta Cánovas del Castillo se encontraría cómodo.

Tras esta base común, el discurrir de los dos pronunciamientos siguió itinerarios diferentes, atendiendo a las circunstancias de cada uno. En el caso belga, el Tribunal consideró sin mucho esfuerzo que una norma interna como la norma controvertida en el litigio principal no establecía una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones. Entendía que de la misma manera se habría obrado con cualquier otro trabajador, por lo que no existía discriminación directa alguna.

Ahora bien, el Tribunal continuó sus razonamientos, al abordar la posible existencia de una discriminación indirecta. Como es habitual en este tipo de cuestiones prejudiciales, esto implica la necesidad de identificar una finalidad legítima y la adecuación y la necesidad de los medios para ello. El primer paso, tradicionalmente, no ha sido difícil, salvo en el caso *Feryn*<sup>34</sup>, donde la estulticia era tal que no había justificación alguna posible.

En el presente asunto, el Tribunal señaló que «el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes». Nuevamente, la libertad de empresa en la Carta de Derechos Fundamentales vuelve a exhibir su músculo, a pesar del desafortu-

nado uso del verbo «perseguir». En apoyo de este razonamiento, el Tribunal invocó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Eweida*<sup>35</sup>, en el que paradójicamente se había reconocido el derecho a llevar una cruz en el trabajo.

Sobre lo adecuado de las medidas, la sentencia señaló la exigencia de una aplicación congruente y sistemática, cuya verificación el Tribunal encomendó al órgano nacional. Sobre lo necesario de las medidas, que es quizás el punto más delicado del razonamiento, la tarea para el órgano de origen era más correosa: «comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido. Incumbirá al tribunal remitente, a la luz de todos los elementos de los autos, sopesar los intereses presentes y limitar las restricciones de las libertades de que se trata a lo estrictamente necesario»<sup>36</sup>.

Como se puede concluir fácilmente, el contenido de la sentencia y su posible aplicación real en el caso concreto distan mucho de los titulares de prensa. Ni siquiera es posible afirmar con seguridad cuál va a ser la decisión del Tribunal de Casación belga cuando lleve a cabo el examen propuesto por el Tribunal de Justicia. El problema del velo y, por extensión, de otros símbolos religiosos no concluye aquí, como se comprobará de forma inmediata al analizar el razonamiento de la sentencia en el otro caso.

<sup>35</sup> Sentencia de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*. Sobre ella, M. ELÓSEGUI ITXASO, «El caso Eweida: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH», *Relaciones laborales*, 4, 2014, pp. 105-124.

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión, incluyendo la posible existencia de discriminaciones indirectas, A. ALVAREZ DEL CUVILLO, «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 10, 2015, pp.57 y ss.

<sup>34</sup> ECLI:EU:C:2008:397

En el caso *Bouagnaoui*, la *Cour de Cassation* había planteado su cuestión de forma distinta, centrándose en determinar si la voluntad expresada por un cliente constituía «un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo». Tal es la redacción del artículo 4.1 de la Directiva, a propósito de las diferencias de trato que no han de ser consideradas discriminatorias, lo cual ha de leerse, por añadidura, en combinación con el considerando 23 de la Directiva. De tal lectura, la sentencia concluyó que «sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante». Recuérdese que, en la mentalidad de los redactores de la Directiva, las cuotas entre confesiones en la policía de Irlanda del Norte eran el supuesto más plausible de influencia de la religión en la relación de trabajo.

Segunda en orden de asunto, la sentencia *Bouagnaoui* ya usó *Achbita* como una referencia, para señalar la posibilidad de existencia de discriminaciones indirectas tras la apariencia de normas neutras. Pero al no existir tales normas, sino derivarse todo el caso de indicaciones de clientes, esta situación obligó al Tribunal a explorar nuevas vías de razonamiento. En esta ocasión, no hubo mención alguna a la libertad de empresa ni a la Carta de Derechos Fundamentales.

El razonamiento fue rápido y tajante: la exigencia cuestionada «implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente».

A nadie se le escapa la delicadeza socio-política de estas sentencias, que se refleja en la redacción y en la toma de decisión en Gran Sala

con «exquisita prudencia»<sup>37</sup>. En ocasiones, parece que la discriminación surgiría de una comparación entre distintas religiones, mientras que en otras la comparación se efectúa entre el hecho religioso y su ausencia. No obstante, en el plazo corto la cuestión queda zanjada, hasta que una oleada de aplicaciones nacionales de esta jurisprudencia suscite, hipotéticamente, nuevas cuestiones prejudiciales.

## 6. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO

### 6.1. Trabajo de duración determinada

A la espera de que la estrategia diseñada por el Gobierno español para *casar* la sentencia *De Diego Porras* dé sus frutos<sup>38</sup>, hay que mencionar que en 2017 el Tribunal de Justicia siguió señalando la incoherencia del sistema español de empleo público con la Directiva 1999/70/CE.

Un primer exponente de esta situación fue el auto *Rodrigo Sanz*<sup>39</sup>. Y se insertó plenamente en la trayectoria antes señalada. Sólo aquellos que crean en la casualidad o en los elfos se sorprenderán de que el auto provenga de la Sala Décima del Tribunal de Justicia, con la misma exacta composición que en el asunto *De Diego Porras*<sup>40</sup>, Biltgen, Borg Bathet y Berger, con el primero de ellos asumiendo de nuevo las tareas de ponente y la última actuando en este caso como Presidenta de Sala. E. Sharpston repitió su actuación como Abogada General, al igual que hizo en *Martínez Andrés*<sup>41</sup> y en *Álvarez Santirso*<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/03/nuevamente-sobre-libertad-religiosa-y.html> En este blog puede encontrarse además una síntesis de las reacciones más próximas a los protagonistas de los casos frente a los pronunciamientos, incluyendo autoridades públicas, ONGs, etc.

<sup>38</sup> Cosa que sucedió tras el cierre de estas líneas

<sup>39</sup> Auto de 9 de febrero de 2017, *Francisco Rodrigo Sanz y Universidad Politécnica de Madrid*, asunto C-443/16 (ECLI:EU:C:2017:109).

<sup>40</sup> ECLI:EU:C:2016:683

<sup>41</sup> ECLI:EU:C:2016:680

<sup>42</sup> ECLI:EU:C:2016:725

Se trata de los mismos Jueces para un mismo tema, el trato diferente entre interinos y funcionarios, en aparente vulneración de la Cláusula cuarta de la Directiva 1999/70/CE. En esta ocasión, la Administración implicada era una Universidad, uno de los escasos tipos que no había estado presente en la saga de septiembre de 2016. Desde la entrada en vigor de la modificación de la Ley Orgánica de Universidades en 2007, el cuerpo de Profesores Titulares de Escuela Universitaria está encaminado a la extinción, al haber perdido su sentido en el nuevo diseño de la enseñanza superior. En esa filosofía y dentro de las medidas de austeridad que han afligido a la Universidad española en los últimos años, la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012 reguló la posibilidad de modificar la duración de la jornada interinos que carecieran de la acreditación necesaria para su promoción profesional, reduciendo su jornada de tiempo completo a tiempo parcial.

Ésta era la situación del demandante en el litigio original, que desde 1989 había sido funcionario interino con dicha categoría. Al carecer del título de Doctor, su promoción profesional estaba bloqueada y no podía obtener acreditación alguna, por lo que le era de plena aplicación la norma madrileña indicada. Su jornada de trabajo, pues, fue reducida, con la consiguiente reducción retributiva. En el marco del litigio entre el profesor y su Universidad, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo planteó su duda a propósito del encaje de la medida en la Directiva 1999/70/CE, puesto que los profesores no doctores que no tuvieran la condición de interinos no se verían afectados por el régimen indicado.

El Tribunal de Justicia abordó conjuntamente el estudio de todas las preguntas planteadas, en las que había consideraciones de gran interés sobre la noción de «causa objetiva», uno de los elementos absolutamente esenciales de la Directiva 1999/70/CE y que es, sin embargo, ignorado sistemáticamente por el legislador. Y dejó claro desde el principio que no había *nihil novum sub sole* en lo preguntado.

La respuesta del Tribunal tuvo forma de Auto, una vez más, con la estructura característica que se repite una y otra vez. En primer lugar, un potente elenco jurisprudencial, en el cual se ponen de manifiesto todas las decisiones anteriores aplicables al caso. Sobre ese hilo que abunda en lo ya dicho, el Tribunal va engarzando los elementos del caso concreto.

Un puesto como el descrito entra en el ámbito subjetivo de la Directiva, sus funciones son las mismas que las de un profesor del mismo rango no interino, y la reducción de la jornada de trabajo se inserta claramente en la noción de condiciones de trabajo de la conocida cláusula 4. Por este motivo, no cabe un trato menos favorable si no viene amparado por razones objetivas.

La razón objetiva alegada por la Universidad eran las restricciones presupuestarias existentes y el descenso de matrículas, lo cual obliga a tomar medidas para recortar gastos. Si bien el Tribunal de Justicia ha reconocido a las distintas Administraciones públicas de los Estados miembros la capacidad de autoorganización, esta facultad ha de estar siempre sometida al respeto de la Directiva, que se manifiesta en la existencia de criterios sujetos a control.

Pues bien, en este caso, como en tantos otros anteriores (el más reciente, el auto *Popescu* de 21 de septiembre de 2016<sup>43</sup>), el Auto indicó que la gestión del personal y las restricciones presupuestarias no eran argumento suficiente sobre el que basar la diferencia de trato de este caso. Una vez más, el Tribunal de Justicia decidió que la normativa española en materia de empleo público contradice las obligaciones recogidas en la Directiva 1999/70/CE.

El segundo episodio fue la sentencia *Vega González*<sup>44</sup>, que supuso un paso más en el constante reconocimiento de la igualdad de condi-

<sup>43</sup> ECLI:EU:C:2016:726

<sup>44</sup> Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Margarita Isabel Vega González y Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias*, asunto C-158/16 (ECLI:EU:C:2017:1014).

ciones de trabajo para los funcionarios interinos por parte del Tribunal de Justicia. A estas alturas, señalar que del juicio se ha ocupado la Sala Décima, compuesta por Levits, Berger y Biltgen, este último como ponente, entra en el terreno del *cela va sans le dire*. Pero sí sorprende la intervención de la Abogada General Sharpston, cuando las *conocidas* sentencias anteriores no tuvieron intervención similar. El fallo, por otra parte, no se apartó ni un milímetro de la línea trazada.

La cuestión prejudicial en este caso procedía del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Oviedo, el mismo del que partió el caso *Álvarez Santiso*. Tras su elección como diputada en la Junta General del Principado de Asturias, una funcionaria interina vio denegada su solicitud de pasar a la situación de servicios especiales, ya que ésta sólo se otorgaba a funcionarios de carrera. Al considerar el juez que esta situación podía constituir una condición de trabajo de las incluidas en el mandato de igual trato de la Directiva 1999/70/CE, planteó la cuestión al Tribunal de Justicia.

En la argumentación inicial de la sentencia merece la pena destacar dos aspectos. En primer lugar, la caracterización de «condiciones de trabajo» a los efectos de la Directiva: «los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo como las relativas a la finalización de esta relación laboral». En segundo lugar, la insistente cita de la sentencia *De Diego Porras*, que casa mal, en principio, con su hipotética supresión. Como estrambote, podría señalarse la larga cadena de pronunciamientos con apellidos españoles que engrosan la jurisprudencia del Tribunal, síntoma evidente de un problema no resuelto en la configuración de nuestro empleo público.

Para la sentencia, no había duda sobre la naturaleza de condición de trabajo del paso a servicios especiales, con independencia de que tuviera su origen en una decisión unila-

teral de la funcionaria interina. Fijado este punto, correspondía determinar si existía alguna justificación para el trato diferente de los funcionarios de carrera. Para ello, el Tribunal consideraba necesario el examen previo de las funciones desempeñadas, una técnica nada novedosa en su jurisprudencia sobre la que conviene insistir por lo que luego se verá. Una vez más, esta tarea quedaba encargada al órgano judicial de origen, si bien la sentencia incluyó diversos elementos que deberían tenerse en cuenta: la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, entre otros.

La segunda parte del examen encomendado, una vez comprobada la identidad de funciones, debería atender a la justificación. Esta debería fundarse en criterios objetivos y transparente, una doctrina general que rara vez ha encontrado, hasta ahora, traducción en la realidad de la Administración española. Y recordó el Tribunal: «no [se] permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta».

## 6.2. Trabajo a tiempo parcial

Tuvo gran relevancia mediática la sentencia *Espadas Recio*<sup>45</sup>. De nuevo el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, de nuevo la Sala Quinta del Tribunal, de nuevo F. Biltgen como ponente, de nuevo Levits, Borg Bathet y Berger analizando el encaje entre el Derecho español y el Derecho de la UE. En ocasiones, parece que la jurisprudencia de Luxemburgo es un guiño a *Atrapado en el tiempo*.

Dejando las recurrencias a un lado, una trabajadora a tiempo parcial (dos horas y media los lunes, miércoles y jueves de cada

<sup>45</sup> Sentencia de 9 de noviembre de 2017, *María Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*, asunto C-98/15 (ECLI:EU:C:2017:833).



semana y cuatro horas el primer viernes de cada mes), al solicitar la prestación por desempleo, la recibió por una duración de 120 días, atendiendo a los días efectivamente cotizados, y no 720, como le habría correspondido si hubiera trabajado a tiempo completo. Tras una primera reclamación, la duración se elevó a 420 días. Impugnada esta concesión ante el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, se planteó la cuestión prejudicial, al entender que el módulo de cálculo del trabajo a tiempo parcial «vertical» perjudica seriamente a este tipo de trabajadores, que son mayoritariamente mujeres. Con esta situación podrían vulnerarse, potencialmente, la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial y la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

La aplicabilidad de la primera fue descartada tajantemente por el Tribunal de Justicia. Las prestaciones de desempleo están excluidas de su ámbito de aplicación, por lo que no resultaba pertinente su análisis. La norma efectiva en el litigio era, por lo tanto, la Directiva 79/7/CEE, dado que el Tribunal aceptó que las mujeres eran el colectivo afectado mayoritariamente por la regulación cuestionada. Éste es un contraste importante con la anterior sentencia *Cachaldora Fernández*<sup>46</sup> en la que se excluyó la discriminación por la falta de información estadística irrefutable.

Una vez aceptada la verdad de los números, era fácil adivinar por dónde discurriría el Tribunal de Justicia. El primer paso fue la búsqueda de una finalidad legítima que pudiera explicar esta medida. España alegó el principio de cotización a la Seguridad Social y la proporcionalidad entre ésta y las prestaciones obtenidas. Al Tribunal no le pareció adecuada, pero encargó esta comprobación al órgano nacional. Merece la pena resaltar la indicación que el Tribunal lanzó con vistas a una posible reforma de la legislación española: «esta correlación podría garantizarse si, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial

vertical, las autoridades nacionales tuvieran en cuenta otros factores, como por ejemplo el período de tiempo durante el cual estos trabajadores y sus empresarios han cotizado, el importe total de las cotizaciones abonadas o el total de horas de trabajo. Según las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, estos factores se tienen en cuenta en lo que se refiere a todos los trabajadores cuya jornada de trabajo se estructura de manera horizontal, independientemente de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial».

De nuevo, el Tribunal de Justicia puso de manifiesto la falta de ajuste de la legislación española en materia de trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. *Quosque tandem?*

### 6.3. Tiempo de trabajo

La Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la Directiva 2003/88/CE puso de manifiesto el inmenso caudal jurisprudencial que esta norma ha generado y sigue generando. El tiempo de trabajo, y más concretamente las vacaciones, son un terreno abonado para el planteamiento de cuestiones prejudiciales, procedentes de los más diversos Estados miembros. Esta situación pone de manifiesto que la aparentemente simple normativa europea, casi veinticinco años después de su aprobación, sigue sin tener encaje perfecto en los ordenamientos nacionales. El mes de noviembre de 2017 sirvió para recalcar esta tendencia, con dos nuevas sentencias: una más sobre vacaciones y otra, novedosa, que se pronuncia por primera vez a propósito del descanso semanal.

La sentencia *Marques da Rosa*<sup>47</sup>, en efecto, analizó por primera vez el artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE. Éste establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dis-

<sup>46</sup> ECLI:EU:C:2015:215

<sup>47</sup> Sentencia de 9 de noviembre de 2017, *António Fernandes do Maio Marques da Rosa y Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação SA*, asunto C-306/16 (EU:C:2017:844),



fruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3. Cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas».

La legislación portuguesa recoge este derecho, que conoce matices permitidos por la Directiva pero que no habían sido desarrollados legalmente, en el Código de Trabajo y en diversos convenios colectivos. En el asunto concreto que dio origen a la cuestión prejudicial, se trataba de un trabajador de un bingo, que por convenio colectivo tenía derecho a dos días de descanso semanales, si bien había ocasiones en que trabajaba siete días consecutivos. Al extinguirse su contrato, el trabajador demandó a su empresa exigiendo los séptimos días que había trabajado como horas extras, además de una indemnización por el segundo día de descanso que, en varias ocasiones, no había disfrutado. Llegado el litigio a un Tribunal de Oporto, éste planteó la cuestión prejudicial, que incluía cuatro preguntas.

El Tribunal de Justicia agrupó las tres primeras para una respuesta unificada y descartó la cuarta por no cumplir las exigencias del Reglamento de procedimiento, al no quedar clara su vinculación real con el problema planteado. En síntesis, la duda se centraba en determinar si las disposiciones de la Directiva (en sus versiones 93/104/CE y 2003/88/CE, reforzadas por el artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales) exigen que el período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas al que tiene derecho un trabajador le sea concedido a más tardar el día siguiente a un período de seis días de trabajo consecutivos.

La sentencia centró incluso más el problema al señalar que lo único que procedía interpretar eran los términos «por cada período de siete días», expresión a la que el Tribunal pretendía dar una lectura uniforme con independencia de las calificaciones empleadas en los Estados miembros. Ésta es una tendencia

general en lo que concierne a la interpretación de esta Directiva, que ahora se extiende a uno de sus aspectos inexplorados.

El Tribunal señaló que la Directiva no precisa el momento de disfrute y que debe interpretarse con una cierta flexibilidad. En refuerzo de esta argumentación, señaló varias versiones lingüísticas, sin que quede realmente claro al lector por qué era necesaria esa exposición filológica, que poco aclara.

El siguiente paso del razonamiento fue equiparar el mencionado período de siete días a los períodos de referencia recogidos en otras partes de la Directiva, de los que suelen derivarse medidas de flexibilidad en el cómputo. Por lo tanto, los siete días han de entenderse como «un período fijo dentro del cual deben concederse un determinado número de horas de descanso consecutivas, con independencia del momento en que se concedan tales horas de descanso». Es decir, el día de descanso no ha de ser el séptimo, sino que puede concederse en cualquier momento del período, en principio.

La siguiente parte de la sentencia fue un intento de autojustificación de las virtudes de esta decisión, para ambas partes de la relación laboral. En una empresa como la implicada, con apertura permanente menos en Nochebuena (mejor pasar por alto la reflexión sociológica), descansos fijos privarían a algunos trabajadores de descansar los fines de semana, mientras que con la flexibilidad reconocida se pueden hacer ajustes de calendario beneficiosos, en suma.

En definitiva, si en 1996 el Tribunal ya dijo que el domingo no podía ser el día de descanso general en toda Europa, ahora ha descartado que el séptimo día tenga que serlo. Pero no deberíamos buscar explicaciones teológicas en ello.

Por su parte, la sentencia *King*<sup>48</sup> resolvió un caso inusitado, derivado de la solicitud de

<sup>48</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2017, *Conley King y The Sash Window Workshop Ltd, Richard Dollar*, asunto



un trabajador para obtener una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante los años 1999 a 2012, es decir, trece años de deudas. El motivo de la colosal petición era la naturaleza de la relación que unía al Sr. King con la empresa, un «contrato por cuenta propia únicamente a comisión» que no le daba derecho a retribución alguna durante las vacaciones. Concluida su relación por jubilación, el Sr. King reclamó, obteniendo del *Employment Tribunal* británico la calificación de trabajador por cuenta ajena.

Recurrida la sentencia y anulada, continuó su camino procesal hasta llegar al órgano judicial que elevó la cuestión prejudicial. Una vez reconocida la naturaleza laboral de la relación, la empresa alegaba que la mayor parte de las vacaciones contenciosas estaban prescritas. En cambio, el trabajador sostenía, con base en jurisprudencia comunitaria, que hasta que no pudo disfrutarlas, con la extinción de la relación, el período de cómputo de la prescripción no se había iniciado. Para resolver el problema, el tribunal británico planteó cinco preguntas, que el Tribunal de Justicia agrupó en dos bloques para su resolución.

El primero de ellos unía el derecho a las vacaciones con la tutela judicial efectiva que se desprende del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. El objetivo sería determinar si el Derecho de la UE impide que un trabajador deba tomar sus vacaciones antes de saber si éstas van a ser remuneradas.

El hilo del razonamiento fue, en cierta medida, clásico en el obrar del Tribunal: las vacaciones no admiten excepciones, son un derecho fundamental, no pueden estar sometidas a requisitos, la remuneración es una vertiente esencial del derecho, las vacaciones buscan el ocio y esparcimiento. La conclusión de todo ello es que una incertidumbre sobre la remuneración podría vaciar de sentido a las vacaciones y disuadir al trabajador de su disfrute.

Hasta aquí, no se aprecia ninguna novedad. La importancia de la sentencia *King* se deriva de la consideración del Tribunal sobre la ineficacia de los procedimientos judiciales británicos para garantizar este derecho. Al margen de las suspicacias que esto pueda levantar en el marco del Brexit, es un paso más en la tendencia del Tribunal, lenta pero implacable, de consagrar el principio de efectividad del ordenamiento de la UE: son necesarios mecanismos administrativos y judiciales que permitan de una manera fácil garantizar el disfrute de los derechos emanados de las normas comunitarias. Y el laberinto procesal británico no lo era. De ahí que la sentencia declarara que no es necesario que un trabajador haya disfrutado de sus vacaciones para poder saber si son remuneradas.

El segundo bloque de cuestiones, agrupadas de la segunda a la quinta, se centraba en el aplazamiento del disfrute de las vacaciones. De nuevo el Tribunal recurrió a doctrina asentada para iniciar la resolución del caso. Desde el caso *Schultz-Hoff*<sup>49</sup>, la jurisprudencia ha insistido en que las vacaciones no se extinguen por no haber sido disfrutadas por razones ajenas a su voluntad. Disfrazándose de juez nacional, el Tribunal señaló que el caso del Sr. King encajaba en esta situación.

Ahora bien, era necesario ponderar el derecho a vacaciones con la protección de los intereses del empresario. En el caso concreto, en nada había afectado a éste la falta de disfrute de éstas, sino que por el contrario se había beneficiado de la actividad continuada. En nada influía el convencimiento de que no tenía derecho a vacaciones o que el Sr. King hubiera presentado o no solicitudes de vacaciones. La conclusión fue implacable, más moralista de lo que es habitual en el Tribunal de Justicia: «contrariamente a una situación de acumulación de derechos a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que no haya podido disfrutar de tales vacaciones por causa de enfermedad, el empresario que no permite

C-214/16 (EU:C:2017:914).

<sup>49</sup> ECLI:EU:C:2009:18



a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias».

Una vez más, el Tribunal de Justicia se ha erigido como el gran protector del derecho a vacaciones retribuidas. En este caso, el gran interés procede del hecho de que el titular de dichas vacaciones, durante trece años, no ejerció ese derecho porque, aparentemente, no le correspondía. Es ésta una doctrina que, en definitiva, tiene un gran interés puesto que refuerza las garantías de las personas contratadas en situación irregular<sup>50</sup>.

#### 6.4. Insolvencia empresarial

No ha de creerse que todas las sentencias del Tribunal de Justicia otorgan una protección reforzada a los trabajadores. Un ejemplo de lo contrario es la sentencia *Miravittles Ciurana*<sup>51</sup>. De acuerdo con ella, la normativa europea no otorga a los trabajadores acreedores de su empresa por las deudas derivadas de la extinción de su contrato de trabajo el derecho a ejercitar, ante la misma jurisdicción social que la competente para conocer de la acción declarativa de su crédito salarial, una acción de responsabilidad contra el administrador de esa sociedad, por no haber convocado la junta general pese a las pérdidas importantes sufridas por la empresa, con el fin de que se declare a dicho administrador responsable solidario de dicha deuda salarial.

#### 6.5. Transmisión de empresas

No deja de resultar llamativa la abundancia de sentencias sobre la Directiva 2001/23/

<sup>50</sup> Comentada en A. V. SEMPÈRE NAVARRO, «Las vacaciones de 'Conley King'», *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 939, 2018, pp. 6 y ss.

<sup>51</sup> Sentencia de 14 de diciembre de 2017, *Antonio Miravittles Ciurana, Alberto Marina Lorente, Jorge Benito García, Juan Gregorio Benito García y Contimark, S.A., Jordi Socias Gispert*, asunto C-243/16 (ECLI:EU:C:2017:969).

CE a lo largo de 2017, quizás un testimonio de los movimientos económicos que están teniendo lugar en el supuesto escenario post-crisis.

En primer lugar, la sentencia *Asklepios Kliniken*<sup>52</sup> resolvió una nueva cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Trabajo alemán sobre dicha Directiva. El encaje de la negociación colectiva en una transmisión de empresa no siempre tiene el fácil tratamiento que parece augurar la redacción del artículo 3.3 de la Directiva 2001/23/CE: «el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo».

En ella se planteaba el caso de dos trabajadores cuyos contratos contenían una cláusula de remisión «dinámica» que precisaba que su relación laboral se regiría, como venía sucediendo antes de la transmisión, por un determinado convenio colectivo y, en el futuro, por los convenios colectivos que lo completasen, modificasen o sustituyesen. Al producirse una segunda transmisión, reclamaron que dicho convenio colectivo continuase siéndoles de aplicación, a lo que la nueva empresa, *Asklepios*, se negaba, defendiendo una concepción estática de la negociación colectiva en el marco de la transmisión de empresas, en línea con la sentencia *Alemo Herron* del propio Tribunal de Justicia.

El Tribunal Supremo alemán planteó varias dudas, que la sentencia resolvió de forma conjunta, con inusitada brevedad, a propósito del juego entre cláusulas pactadas fruto de la autonomía de las partes y la transmisión de empresas. La aparición del artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales debería suscitar en el lector un cierto escalofrío,

<sup>52</sup> Sentencia de 27 de abril de 2017, *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH y Ivan Felja y Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH y Vittoria Graf*, asuntos acumulados C-680/15 y C-681/15 (ECLI:EU:C:2017:317).



pues toda vez que es mencionado ante el Tribunal, la libertad de empresa obtiene un nuevo triunfo. La sensación que deja la lectura de esta sentencia, no obstante, es mixta. En la primera parte de su razonamiento, el Tribunal afirmó que no se oponía a cláusulas dinámicas sobre negociación colectiva, como las recogidas en los contratos litigiosos. Pero, tras la aparición de la doctrina de *Alemo Herron*, la sentencia puso de manifiesto la importancia de la adaptación de las circunstancias laborales tras la transmisión. Esta afirmación puede parecer paradójica, pero la justificó el Tribunal en que «la Directiva 2001/23 no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de éstos y los del cesionario». Como quiera que la legislación alemana amparaba una modificación posterior, negociada o unilateral, el Tribunal consideró que las cláusulas discutidas no eran contrarias al Derecho de la Unión Europea. La valoración de la eficacia de dicha posibilidad, alegada por la empresa, no correspondía al Tribunal. Parece que se abre así una vía de protección reforzada de las condiciones de trabajo, a través de una contractualización *ad futurum* del convenio colectivo aplicable. No parece, en todo caso, que la medida vaya a generar un cambio de tendencia, pero sí que puede reforzar los derechos de los trabajadores con más poder de negociación.

La sentencia *FNV*<sup>53</sup> pasó, por su parte, desapercibida en nuestro país, mientras que en los Países Bajos supuso un evento remarcable. Debe ser leída como un aviso para reformas futuras, señalando que los mecanismos de protección de la Directiva están hechos para tener eficacia y no para ser sorteados.

En el presente caso, en el marco de considerables dificultades económicas, una em-

presa de guarderías holandesas diseñó una reestructuración empresarial, a través de un procedimiento denominado «pre-pack», por el que se asigna un síndico responsable de la administración de la empresa quebrada, que prepara la transición hacia una nueva forma societaria viable. La acción que desata el litigio es el despido de más de mil trabajadores, que no fueron contratados por la empresa sucesora. Ante el órgano nacional, con la ayuda del sindicato FNV, solicitaron que se extendieran las garantías de la Directiva 2001/23/CE al procedimiento de pre-pack, planteándose cuatro cuestiones prejudiciales que el Tribunal resolvió de forma unificada.

Con carácter previo, la nueva empresa planteó la reapertura de la fase oral del procedimiento, considerando que las Conclusiones del Abogado General contenían malentendidos a propósito del pre-pack. El Tribunal rechazó tal petición, presentando claramente su doctrina sobre el trámite de reapertura: no procede en modo alguno por el desacuerdo con las Conclusiones y es facultativo para el Tribunal si estima que la información de la que dispone es insuficiente o considera que el asunto debe resolverse basándose en un argumento que no fue debatido entre los interesados.

Pasando ya al fondo del asunto, el núcleo del litigio era determinar si la excepción que la propia Directiva contiene en su artículo 5 a propósito de los traspasos de empresas en el marco de procedimientos de quiebra o insolvencia resultaba aplicable. La sentencia comenzó recordando una constante en su actividad: las excepciones deben ser siempre objeto de interpretaciones restrictivas. El primer paso en el razonamiento fue aceptar que un procedimiento que se prepara antes de la quiebra, pero se ejecuta después de esta puede ser considerado como un procedimiento de quiebra.

El segundo paso, en cambio, fue negativo. El pre-pack no busca tanto la satisfacción de los intereses de los acreedores (objeto real de un procedimiento de quiebra) como salvaguardar el carácter operativo de la empresa o de

<sup>53</sup> Sentencia de 22 de junio de 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging, Karin van den Burg-Vergeer, Lyoba Tanja Alida Kukupessy, Danielle Paase-Teeuwen, Astrid Johanna Geertruda Petronelle Schenk y Smallsteps BV*, asunto C-126/16 (ECLI:EU:C:2017:489).



sus partes viables. La finalidad, por lo tanto, sería distinta de la considerada en el artículo 5 de la Directiva. El tercer paso, relativo al control por la autoridad pública, fue también insatisfactorio, dados los poderes de los que dispone el síndico sin que el juez pueda reaccionar.

Por todo ello, el Tribunal de Justicia consideró que el procedimiento de pre-pack no encajaba en las excepciones previstas por la Directiva y que debía incorporar todas las garantías que ésta recoge para el mantenimiento de los derechos de los trabajadores. Se trata, en definitiva, de una sentencia que limita los procedimientos *express* de transmisiones empresariales, sometiéndolos a los requisitos protectores de la normativa europea.

2017 fue decididamente, el año de Portugal ante el Tribunal de Justicia, apareciendo más casos en este período que en varios anteriores acumulados. La sentencia *Piscarreta Ricardo*<sup>54</sup> analizó el caso de un trabajador contratado por el municipio de Portimão para ejercer funciones de técnico en turismo, siendo años después transferido a una empresa municipal especializada en cuestiones de esa naturaleza. En un proceso posterior de reordenación de servicios municipales, el trabajador pasó a desempeñar funciones de administrador y director de la empresa resultado de la fusión. En años más recientes, el municipio disolvió la empresa, recuperando parte de sus funciones y externalizando otras a una empresa diferente de su propiedad. Al encontrarse el trabajador en situación de excedencia en el momento de la reorganización, no fue tenido en cuenta y se le comunicó, lisa y llanamente, la extinción de su contrato.

<sup>54</sup> Sentencia de 20 de julio de 2017, *Luis Manuel Piscarreta Ricardo y Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación, Municipio de Portimão, Emarp – Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, E.M., S.A.*, asunto C-416/16 (ECLI:EU:C:2017:574). Comentada en J. L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, «La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo)», *La Ley Unión Europea*, nº 53, 2017.

La primera pregunta planteada por el órgano judicial portugués era determinar si un proceso como el descrito quedaba incluido en el ámbito de la Directiva 2001/23/CE, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. La duda se deriva de que la propia Directiva regula que la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán una transmisión.

Para responder, el Tribunal recurrió a un análisis de su copiosa jurisprudencia, donde ya ha señalado con anterioridad que la titularidad pública no excluye la transmisión y que es un elemento indispensable el ejercicio de una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. Al entender que las funciones de la empresa no participaban del ejercicio del poder público, sino que eran actividades económicas, la sentencia continuó analizando los elementos implicados en la transmisión. Repasando de nuevo sus anteriores pronunciamientos, consideró que en este caso habría transmisión siempre que se mantuvieran la identidad de la empresa en cuestión tras la transmisión.

La respuesta a la segunda cuestión fue mucho más rápida. Un trabajador en excedencia queda dentro del ámbito subjetivo de la Directiva, puesto que se mantienen los derechos, obligaciones y garantías de las partes que no están obligadas a prestar un trabajo efectivo. Esta afirmación está en la línea de lo que el Tribunal de Justicia ya ha manifestado en el marco de los Reglamentos de Seguridad Social.

La última cuestión se centraba en determinar si es posible hacer diferencias en función del tipo de contrato en el marco de una transmisión de empresas. Al no afectar esta pregunta a la resolución del caso y ser considerada como hipotética, el Tribunal de Justicia no entró a resolverla.

De menos transcendencia fue la sentencia, también procedente de Portugal, *Resendes y*



otros<sup>55</sup>. De acuerdo con ella, ha de considerarse transmisión de empresas que el comitente resuelva un contrato de prestación de servicios de vigilancia de sus instalaciones celebrado con una empresa, y posteriormente, para la ejecución de tal prestación, celebre un nuevo contrato con otra empresa, aunque ésta se niegue a hacerse cargo de los trabajadores de la primera, incluso si la segunda empresa ha recibido el equipo indispensable para realizar dicha prestación. Es contraria al Derecho la UE una normativa nacional que establece que no se incluye en el concepto de transmisión de empresa la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador.

Por último, por ánimo de exhaustividad, ha de recogerse la sentencia *Unionen*<sup>56</sup>. En una rápida síntesis, transcurrido más de un año después de la transmisión de la empresa el cesionario, al despedir a un trabajador, ha de incluir en el cálculo de la antigüedad de ese trabajador, pertinente para determinar el preaviso al que este último tiene derecho, la antigüedad adquirida por dicho trabajador al servicio de la empresa cedente.

## 6.6. Despido colectivo

Los despidos colectivos no abandonan el Tribunal de Justicia. Aunque la Comisión ha proclamado oficialmente el fin de la recesión económica, los coletazos de la crisis, en forma de extinciones masivas, siguen presentes en la jurisprudencia. Es cierto que difícilmente se alcanzará el volumen de sentencias de 2015, con la importancia de fondo que tuvieron, en especial para el ordenamiento español. Pero los interesantes matices que aportan los últi-

mos pronunciamientos no han de ser pasados por alto.

En efecto, ambas sentencias, de 21 de septiembre de 2017, estudiaron nuevamente la noción de extinciones asimiladas a despidos en el marco de un proceso de despido colectivo. Ambas fueron dictadas por la Sala Décima, en la misma exacta formación que se ocupó el año pasado del caso *De Diego Porrás*. Los tres componentes de la Sala, por otra parte, habían formado parte de la Sala Primera que en 2015 resolvió el asunto *Pujante Rivera*<sup>57</sup>. Como entonces, el luxemburgués F. Biltgen volvió a asumir las tareas de ponente. Evidentemente, no puede esperarse que esta situación sea fruto de la casualidad. En la misma línea, el hecho de que ambos casos fueran juzgados sin Conclusiones de un Abogado General permite deducir que la cuestión sería juzgada en una tónica de continuidad.

La primera de las sentencias fue el caso de *Halina Socha, Dorota Olejnik, Anna Skomra y Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu* (asunto C-149/16, ECLI:EU:C:2017:708), procedente de un Tribunal de Wrocław (Breslavia, si uno gusta de las traducciones clásicas de topónimos). Las tres demandantes en el litigio original eran trabajadoras indefinidas de un hospital. Este procedió a una «rescisión modificativa» del plazo de adquisición del derecho a la prima de antigüedad, invocando razones económicas y organizativas. La no aceptación de esta modificación podía implicar para los trabajadores la resolución definitiva de sus contratos de trabajo. Como se puede ver, esta figura, a pesar de la traducción, guarda un cierto paralelismo con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

La cuestión prejudicial se originó al tener dudas el órgano jurisdiccional sobre la verdadera intención del empleador. No quedaba claro si realmente pretendía realizar las modi-

<sup>55</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2017, *Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança SA e ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial SA, Arthur George Resendes y otros*, asunto C-200/16 (ECLI:EU:C:2017:780).

<sup>56</sup> Sentencia de 6 de abril de 2017, *Unionen y Almega Tjänsteförbunden, ISS Facility Services AB*, asunto C-336/15 (ECLI:EU:C:2017:276).

<sup>57</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, asunto C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743).



ficaciones de la prima de antigüedad o lo que buscaba era extinguir los contratos sin recurrir al procedimiento de despido colectivo. En las palabras de la sentencia, buscaba determinar si la Directiva debe «interpretarse en el sentido de que un empresario está obligado a realizar las consultas previstas en el (...) artículo 2 cuando pretende llevar a cabo, en perjuicio de los trabajadores, una modificación unilateral de las condiciones de remuneración que, en caso de rechazo por parte de estos últimos, supone el cese de la relación laboral». La voluntad extintiva, pues, primando sobre la forma de la extinción.

La primera cita jurisprudencial de la sentencia fue *Pujante Rivera*, indicando claramente el camino por el que iba a transcurrir el razonamiento. Lo descrito no es un despido a los efectos de computar el número mínimo de cinco que deben tener lugar para que la Directiva sea aplicable. Sin embargo, una vez consumada la rescisión como reacción a las modificaciones, sí que debe tenerse en cuenta como extinción asimilada.

A continuación, la sentencia recurrió a los precedentes ya sentados en otra jurisprudencia anterior, en especial el caso *Akavan*<sup>58</sup>. En este caso de 2009, el Tribunal se había pronunciado sobre el momento en que debe llevarse a cabo el período de consultas previsto en la Directiva: antes de la decisión de extinguir. Trasladando dicha doctrina al presente caso, el Tribunal consideró que al optar por la modificación sustancial, la empresa no podía descartar que hubiera trabajadores que fueran a solicitar la extinción de su contrato.

Por todo ello, la sentencia concluyó que cuando se vayan a llevar a cabo modificaciones sustanciales que puedan concluir en la extinción de los contratos, la empresa está obligada a iniciar un período de consultas. El

artículo 41 ET, por lo tanto, respetaría exquisitamente la doctrina del caso *Socha*.

El segundo caso llegó algunos meses después y se benefició, sin duda, de que los trabajos judiciales ya estaban iniciados. El tribunal original se hallaba en Łódź y la referencia del asunto es *Małgorzata Ciupa y otros y II Szpital Miejski im. L. Rydygiera w Łodzi obecnie Szpital Ginekologiczno-Położniczy im dr L. Rydygiera sp. z o.o. w Łodzi*, asunto C-429/16 (ECLI:EU:C:2017:711). En este caso, nuevamente un hospital, para garantizar su viabilidad económica, procedió a una modificación salarial temporal derivada de necesidades económicas. Asaltado por dudas similares a las del Tribunal del otro caso, el órgano elevó una serie de cuestiones prejudiciales sobre el encaje de diversas figuras del Derecho polaco con la Directiva 98/59/CE. Una formulación tan *nacional* obligó al Tribunal de Justicia a su reformulación, «sin por ello abordar una interpretación del Derecho nacional derivada de las tres hipótesis mencionadas en la cuestión». Nunca puede, recuérdese, el Tribunal de Justicia interpretar el Derecho interno en la forma tan expeditiva que solicitaba esta cuestión prejudicial.

*Pujante Rivera* fue nuevamente la base de la argumentación, sin que la sentencia contuviera referencias cruzadas al caso *Socha*, como suele ser habitual en pronunciamientos sobre temas similares del mismo día. En todo caso, la distinción entre las dos nociones de despido en la Directiva, la primera para un número mínimo, la segunda como extinciones asimiladas, fue recogida de nuevo.

El matiz frente a *Socha* surgió por la temporalidad de la medida propuesta. A juicio del Tribunal, esta situación aminoraba considerablemente el impacto de la modificación. No obstante, encomendó al órgano nacional la verificación de los hechos, para determinar si haciendo una valoración de conjunto una variación temporal podía adquirir la naturaleza de modificación sustancial.

En cuanto a las rescisiones derivadas de la aplicación de la medida, el Tribunal sostu-

<sup>58</sup> Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Akavan Erityalojen Keskusliitto AEK y otros*, asunto C-44/08 (ECLI:EU:C:2009:533).



vo lo mismo que en *Socha*. No son párrafos copiados y pegados, pero que por su parecido suscitan la duda de si simplemente estamos ante el trabajo de dos traductores diferentes que hacen bueno el dicho de Buffon de que el hombre es el estilo. El fallo de la sentencia, en definitiva, fue que una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como «despido». En segundo lugar, el empresario queda obligado a tramitar las consultas previstas en dicho artículo cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral de las condiciones de retribución, siempre que concurren los requisitos establecidos en la Directiva, lo cual deberá comprobar el tribunal remitente.

¿Influencia en el Derecho español de esta sentencia? Puede haberla, sin duda. Y vendrá de una reflexión sobre la naturaleza del período de consultas. La normativa europea sobre despido colectivo no es una herramienta para facilitar las extinciones masivas, sino para evitarlas. Ésa es la verdadera finalidad de las consultas, «evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias». Por lo tanto, puede sostenerse una interpretación que extienda la protección de la Directiva 98/59/CE a cualesquiera decisiones empresariales que sean susceptibles de producir una extinción de contrato en el futuro.

El despido colectivo ha de ser, así, la meta y no el punto de partida. De esta forma se garantiza el efecto útil de la Directiva, evitando extinciones fraudulentas que busquen esquivar de forma torticera el mecanismo diseñado. La presencia de las extinciones asimiladas en la norma demuestra claramente que el legislador de la UE cuenta con la existencia de diversas vías de finalización del contrato, pero pretende que todas ellas converjan en ese flexible período de consultas.

De aceptarse este planteamiento, las extinciones derivadas, por ejemplo, de movili-

des geográficas deberían empezar a tenerse en cuenta en nuestro país, donde ya contamos con un período de consultas en el caso de que tengan carácter colectivo, y que se ajusta a la perfección al diseñado por la Directiva. Lo que se complicaría enormemente, como consecuencia de esta interpretación, es la toma de decisiones sobre la flexibilidad interna.

## APÉNDICE: LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. En el Tribunal de Justicia

La primera constatación cuando se aborda el tratamiento por el Tribunal de Justicia (en sentido estricto) de la Carta Social Europea es la marcada diferencia entre la presencia en Conclusiones de Abogados Generales y en Sentencias. La primera es abrumadoramente superior, llegando a duplicar las apariciones en auténticos documentos jurisprudenciales. Sin llegar a entrar en profundidad en el análisis de las primeras, por carecer de valor aplicativo, puede concluirse que la construcción intelectual del primer tipo de elaboraciones favorece la aparición de la Carta, antes que su utilización para resolver un problema concreto.

Históricamente, la primera mención a la Carta Social Europea apareció en la sentencia *Willame*<sup>59</sup>, en un litigio sobre funcionarios del EURATOM que prefiguraba claramente las apariciones posteriores ante el Tribunal de Función Pública: invocaciones de parte como telón de fondo de una vulneración de derechos, sin mayor relevancia.

Esa iba a ser la tónica general de las apariciones de la Carta. Así fue mencionada en algunas de las sentencias más destacadas del Tribunal, como un mero hito en el camino que no aportaba nada a la resolución del caso: *De-*

<sup>59</sup> Sentencia de 22 de junio de 1967, *Alfred Willame*, asunto 12/66 (ECLI:EU:C:1967:21).



*frenne*<sup>60</sup>, a propósito de la igualdad de trato entre hombres y mujeres; *Johnston*<sup>61</sup>, sobre los puestos de trabajo reservados a hombres; *Laval*<sup>62</sup>, sobre conflictos colectivos transnacionales; *Viking*<sup>63</sup>, sobre una materia similiar; o *Impact*<sup>64</sup>, una de las primeras sentencias verdaderamente relevantes a propósito de contratos de duración determinada.

Idéntico patrón siguió en otras menos conocidas, como *Blaizot*<sup>65</sup>, sobre no discriminación por razón de nacionalidad; *Kiiski*<sup>66</sup>, sobre permiso de maternidad; *Comisión contra Alemania*<sup>67</sup>, a propósito de contratos públicos de servicios; *Bruno y Pettini*<sup>68</sup>, sobre trabajo a tiempo parcial; *Melchior*<sup>69</sup>, sobre desempleo; o *Marques da Rosa*<sup>70</sup>, la primera sentencia sobre el descanso semanal ya comentada en esta crónica.

<sup>60</sup> Sentencia de 15 de junio de 1978, Gabrielle Defrenne contra Sabena, asunto 149/77 (ECLI:EU:C:1978:130).

<sup>61</sup> Sentencia de 15 de mayo de 1986, Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, asunto 222/84 (ECLI:EU:C:1986:206).

<sup>62</sup> Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet, asunto C-341/05 (ECLI:EU:C:2007:809).

<sup>63</sup> Sentencia de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti, asunto C-438/05 (ECLI:EU:C:2007:772).

<sup>64</sup> Sentencia de 15 de abril de 2008, Impact contra Minister for Agriculture and Food y otros, asunto C-268/06 (ECLI:EU:C:2008:223).

<sup>65</sup> Sentencia de 2 de febrero de 1988, Vincent Blaizot contra Université de Liège y otros, asunto 24/86 (ECLI:EU:C:1988:43).

<sup>66</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki, asunto C-116/06 (ECLI:EU:C:2007:536).

<sup>67</sup> Sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión Europea contra República Federal de Alemania, asunto C-271/08 (ECLI:EU:C:2010:426).

<sup>68</sup> Sentencia de 10 de junio de 2010, Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra Tiziana Bruno y Massimo Pettini (C-395/08) y Daniela Lotti y Clara Matteucci (C-396/08), asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08 (ECLI:EU:C:2010:329).

<sup>69</sup> Sentencia de 4 de febrero de 2015, Office national de l'emploi contra Marie-Rose Melchior, asunto C-647/13 (ECLI:EU:C:2015:54).

<sup>70</sup> Sentencia de 9 de noviembre de 2017, António Fernando Maio Marques da Rosa contra Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação, SA, asunto C-306/16 (ECLI:EU:C:2017:844).

Tratamiento aparte, para concluir este breve e infructuoso elenco, merece el caso *Nisttahuz Poclava*<sup>71</sup>, en el que el Tribunal de Justicia no entró a examinar el contrato de apoyo a los emprendedores creado por la reforma española de 2012. En él, el rechazo fue explícito: «Es preciso señalar que el Tribunal de Justicia no es competente, en virtud del artículo 267 TFUE, para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión».

## 2. En el Tribunal de Primera Instancia / Tribunal General

La ausencia de competencias de relevancia social en el segundo Tribunal componente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, bajo cualquiera de sus denominaciones, implica un balance realmente magro en el estudio de su utilización de la Carta Social Europea. No hay una sola sentencia donde el Tribunal haya realizado una sola consideración sobre el valor de la Carta Social Europea. Todas las menciones carecen de relevancia, y se incluyen dentro de un elenco de alegaciones de parte, en las sentencias paralelas *Comité central d'entreprise de la Société Générale des Grandes Sources*<sup>72</sup> y *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel*<sup>73</sup>, T-12/93; así como en *Forges de Clabecq SA*<sup>74</sup>.

Estudiando en casación el caso Landgren en

<sup>71</sup> Sentencia de 5 de febrero de 2015, Grima Janet Nisttahuz Poclava contra Jose María Ariza Toledano (Taberna del Marqués), asunto C-117/14 (ECLI:EU:C:2015:60).

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de abril de 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources et autres contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-96/92 (ECLI:EU:T:1995:77).

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de abril de 1995, *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel et Comité d'établissement de Pierval et Fédération générale agroalimentaire*, asunto T-12/93 (ECLI:EU:T:1995:78).

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, *Forges de Clabecq SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-37/97 (ECLI:EU:T:1999:66).

la sentencia *ETF*<sup>75</sup>, el Tribunal de Primera Instancia fue incluso menos explícito que el Tribunal de Función Pública y no llevó a cabo consideración alguna. En otro recurso de casación, resuelto en la sentencia *Vahan Adjemian*<sup>76</sup> ya como Tribunal General la falta de atención fue la misma. Y de nuevo, la línea de (falta de) actuación continuó en el caso *Union syndicale fédérale des services publics européens et internationaux (USFSPEI)*<sup>77</sup>.

### 3. En el Tribunal de la Función Pública

Para concluir el panorama de toda la actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha de hacerse referencia al extinto Tribunal de la Función Pública. En este caso, las menciones son de nuevo absolutamente anecdóticas y se inscriben en la misma línea de situar la Carta Social Europea en una posición de mero criterio orientador de interpretación, nunca como fuente aplicable. Las escasas apariciones son siempre propiciadas por los empleados de las Instituciones protagonistas del litigio y éstas muestran siempre una fuerte resistencia a su aplicación, que hacen más explícita que en los tribunales anteriormente comentados.

Tal fue el caso de la sentencia *Pia Landgren*<sup>78</sup>, donde se mencionó la Carta a propósito de «la existencia de criterios internacionales que establecen las condiciones mínimas necesarias en un Estado de Derecho para evitar despidos abusivos de trabajadores».

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de septiembre de 2009, *Fondation européenne pour la formation (ETF) contre Pia Landgren*, asunto T-404/06 P (ECLI:EU:T:2009:313).

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2011, *Vahan Adjemian y otros contra Comisión Europea*, asunto T-325/09 P (ECLI:EU:T:2011:506).

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2017, *Union syndicale fédérale des services publics européens et internationaux (USFSPEI) contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, asunto T-75/14 (ECLI:EU:T:2017:813).

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 26 de octubre de 2006, *Pia Landgren contra Fundación Europea de Formación (ETF)*, asunto F-1/05 (ECLI:EU:F:2006:112).

Más dura fue la posición del Parlamento Europeo en el caso *Laleh Aayhan*<sup>79</sup>, donde señaló que «el respeto de la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, está sometido al control del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa y que los convenios de la OIT, que pertenecen al ámbito del Derecho internacional general, no son fuente de Derecho comunitario, puesto que dichos convenios no se han celebrado en el ámbito comunitario. Dado que la Comunidad no se encuentra vinculada por ellos, los demandantes no tienen derecho a invocar la incompatibilidad del artículo 78 del ROA con sus disposiciones. Además, al no pertenecer los Convenios invocados al ordenamiento jurídico comunitario, no pueden conferir derechos a los demandantes en sus relaciones con el Parlamento». Este punto de vista fue aprobado en buena manera por el Tribunal ya que la sentencia rechazó pronunciarse sobre la aplicabilidad y el alcance de los dos instrumentos internacionales invocados de esta forma por los demandantes, puesto que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación son principios generales del ordenamiento jurídico comunitario».

Le correspondió a la Comisión mostrarse renuente en el caso *O*<sup>80</sup>. Allí, señaló que «la Carta Social Europea no es de aplicación a la Comunidad porque ésta no forma parte ni de sus signatarios ni de sus adherentes». La sentencia puso de relieve su valor interpretativo, al afirmar que «aunque la Comunidad no se haya adherido a esta Carta, ésta se menciona en el cuarto considerando del Preámbulo del Tratado de la Unión Europea y en el artículo 136 CE, y forma parte de los instrumentos internacionales que deben guiar a las instituciones en la aplicación y la interpretación de las

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 30 de abril de 2009, *Laleh Aayhan y otros contra Parlamento Europeo*, asunto F-65/07 (ECLI:EU:F:2009:43).

<sup>80</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 29 de septiembre de 2009, *O contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados F69/07 y F60/08 (ECLI:EU:F:2009:128).



disposiciones del Estatuto y el ROA, especialmente de las que privan a un trabajador de una protección social fundamental mediante una mera facultad encomendada a la apreciación de la administración».

Más severa fue la línea sostenida en el auto *Avogadri*<sup>81</sup>, donde el Tribunal de Función Pública declaró que «en lo que atañe a la Carta Social Europea, aunque del artículo 151 TFUE se desprende que ésta es una fuente de inspiración que la Unión ha de tomar en consideración en la persecución de los objetivos establecidos en dicho artículo, éste no erige la Carta Social Europea en norma respecto de la cual ha de apreciarse la compatibilidad de

la normativa de la Unión». Esta afirmación rebaja considerablemente el valor que se puede otorgar a la Carta, ya que descarta cualquier posible contraste *negativo* con el ordenamiento de la Unión Europea.

Para terminar, y simplemente por ánimo de exhaustividad, han de indicarse los asuntos *Michael Heath*<sup>82</sup> y *Ax*<sup>83</sup>. Ambos contienen menciones similares a la inutilidad de la Carta para obligar a las Instituciones, ya que, en los términos de la sentencia, la Carta propugna [...], sin imponerlo, «el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos».

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

<sup>81</sup> Auto del Tribunal de la Función Pública de 21 de febrero de 2013, *Chiara Avogadri contra Comisión Europea*, asunto F-58/08 (ECLI:EU:F:2013:16).

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 29 de septiembre de 2011, *Michael Heath contra Banco Central Europeo (BCE)*, asunto F-121/10 (ECLI:EU:F:2011:174).

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 17 de marzo de 2015, *AX contra Banco Central Europeo*, asunto F-73/13 (ECLI:EU:F:2015:9).