

## ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS:

- 47 Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social  
*Santiago González Ortega, Joaquín García Murcia, Fernando Elorza Guerrero (Coord.)*
- 48 Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo  
XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*Jaime Castiñeira Fernández (Coord.)*
- 49 Políticas de Empleo y Nuevos Territorios de la Regulación: Discursos y Prácticas para un Modelo de Gestión Regional-Local  
*María Rosa Vallecillo Gámez*
- 50 Reformas estructurales y negociación colectiva  
XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*Fco. Javier Prados de Reyes (Coord.)*
- 51 Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*Eva Garrido Pérez (Coord.)*
- 52 Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil  
XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*José Luis Monereo Pérez (Coord.)*
- 53 El Derecho a la Negociación Colectiva Liber Amicorum  
Profesor Antonio Ojeda Avilés  
*Juan Gorelli Hernández (Coord.)*
- 54 Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*José Manuel Gómez Muñoz (Coord.)*
- 55 Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo  
*Jesús Cruz Villalón, Eva Garrido Pérez y Carmen Ferradans Carames (Coord.)*
- 56 La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo.  
Liber Amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura.  
*José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)*
- 57 Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: Perspectivas y Retos: XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.  
*José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)*
- 58 Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social  
*Jesús Cruz Villalón, José M. Gómez Muñoz y Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco (Coordinadores)*
- 59 Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años de La Unión.  
XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*Juan Gorelli Hernández (Coord.)*
- 60 Las modalidades de contratación laboral.  
Libro homenaje al profesor Francisco J. Prados de Reyes  
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada*

El TJUE se ha convertido en uno de los motores de renovación de la legislación laboral y de seguridad social de los Estados miembros de la UE más dinámicos e intensos. Con una frecuencia cada vez más acelerada, conocemos sentencias comunitarias, instadas expresamente por los diversos niveles inferiores de la jurisdicción social nacional, críticos no sólo con la legislación estatal sino con la jurisprudencia nacional, que provocan auténticos “micro-seísmos” en nuestro ordenamiento y experiencias jurídico-sociales. Por citar los más recientes, bastaría con recordar la STJUE 8 de mayo de 2019, en relación a la pensión de jubilación para las trabajadoras a tiempo parcial, o la STJUE 14 de mayo de 2019, en relación al registro horario. No se trata de casos aislados (los avatares y decepciones del asunto Diego Porras no obsta a su valor sistémico), sino de ejemplos continuos de un proceso de transformación jurídico-cultural mucho más extenso y profundo, como ilustra que las principales instituciones jurídico-laborales estén afectadas (contratos temporales; igualdad y no discriminación, en especial por razón de sexo, pero no sólo; transmisión de empresa; tiempo de trabajo, despidos colectivos, despidos objetivos; etc.).

Por eso, el CARL, de acuerdo con las Universidades Públicas andaluzas, decidió dedicar sus XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, a analizar, con detalle y precisión, cuál está siendo el impacto en la legislación socio-laboral española de una jurisprudencia especialmente activa y pretoriana, como la comunitaria. Esta obra, claro fruto colectivo, recoge las diversas ponencias, generales y específicas, presentadas en tan notable evento académico y socio-profesional, con lo que ofrece el panorama más completo y actual existente hasta este momento en tan determinante cuestión para el presente y el futuro de las relaciones de trabajo y su ordenación.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



9 788409 116485



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO



JUNTA DE ANDALUCÍA



61

IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA  
XXXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

## IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

XXXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Cristobal Molina Navarrete  
Coodinador

61



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO

## ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS:

- 34 Derecho del Trabajo. Libre Competencia y Ayudas de Estado  
*José Manuel Gómez Muñoz*
- 35 El Proyecto profesional y de Vida de Mujeres con Escasa Cualificación Orientadora  
*Magdalena Suárez Ortega*
- 36 Los Efectos Económicos de la Inmigración El Sector de la Agricultura de España  
*Miralova Kostova Karaboytcheva*
- 37 La aplicación de la ley de Dependencia en Andalucía  
*Santiago González Ortega (Director) Estefanía Rodríguez Santos, Cristina Blasco Raseiro, Margarita Arenas Viruez*
- 38 Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*Fco. Javier Prados de Reyes (Coordinador)*
- 39 La situación social-laboral de los profesionales de la comunicación en Andalucía  
*Francisco Javier Calvo Gallego, (Director), Joaquín Guzman Cuevas, Francisco Liñán Alcalde, María José Gómez Biedma, José Fernández Serrano, Antonio J. Valverde Asencio*
- 40 Efectividad de la mediación en conflictos laborales  
*Roberto Martínez Pecino*
- 41 Derechos de Libertad Sindical y Principio de Igualdad  
*Esther Carrizosa Prieto*
- 42 Cuestiones Problemáticas de la Negociación Andaluza  
XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*Sebastián de Soto Rioja (Coord.)*
- 43 La seguridad y la salud en el trabajo autónomo  
Un enfoque sectorial  
*Antonio Álvarez Montero Manuel García Jiménez (Coords.)*
- 44 El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad  
Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito  
*Juan Gorelli Hernández*
- 45 Reestructuraciones de Empresas  
XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales  
*Jaime Castiñeira Fernández (coord.)*
- 46 El Servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación  
*María Salas Porras*





MONOGRAFÍA DE TEMAS LABORALES

IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA  
DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE  
LA UNIÓN EUROPEA

XXXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE  
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

## **MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES**

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales  
Jesús Cruz Villalón  
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2019

© Los autores, 2019

ISBN: 978-84-09-11648-5

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf

Depósito Legal: SE-1017-2019

# MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

## IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

XXXVII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE  
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE

COORDINADOR

# 61



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO



## ÍNDICE

<b>PREÁMBULO</b> .....	17
<b>EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL: CUESTIONES NO RESUELTAS</b> .....	31
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
1. La colisión entre la jurisprudencia del TJUE y el sistema de relaciones laborales español en materia de contratación temporal .....	32
1.1. El contexto del sistema de relaciones laborales español en materia de empleo temporal .....	33
1.2. Los rasgos característicos de la actividad jurisdiccional del tje y el uso estratégico de la cuestión prejudicial por parte de los jueces nacionales .....	34
2. La vigencia de la sentencia “ <i>de Diego Porras I</i> ” .....	35
3. El enigmático apartado 64 de la sentencia Montero Mateos .....	40
4. El posible efecto directo del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos .....	44
5. Las deficiencias del esquema de justificación de las desigualdades .....	50
5.1. La situación comparable .....	51
5.2. Las “razones objetivas” .....	52
6. La eficacia real de la prohibición de encadenamiento abusivo de contratos ..	56
6.1. Sector privado .....	56
6.2. Sector público .....	59
7. Conclusión: la necesaria reforma del ordenamiento español en materia de contratación temporal .....	61
<b>MEDIDAS PARA ATAJAR LA BRECHA RETRIBUTIVA</b> .....	65
JOSÉ MANUEL MORALES ORTEGA	
1. Brecha retributiva: conceptualización, condicionantes y breve repaso a la actuación de los sujetos competentes.....	66
2. Catálogo de medidas .....	74
2.1. Medidas generales.....	75
2.2. Medidas sustantivas.....	78



2.3. Medidas instrumentales .....	84
2.4. Medidas coercitivas.....	94
3. Conclusiones .....	97

## **LOS NUEVOS MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL .....**

M<sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES

1. Introducción .....	100
2. Discriminación por edad .....	100
2.1. Diferencias en la retribución por razón de edad.....	101
2.2. Diferencias en la extinción del contrato: la jubilación forzosa, la calificación ocupacional de buena fe y el despido .....	103
2.2.1. La jubilación forzosa .....	103
2.2.2. La calificación ocupacional de buena fe.....	107
2.2.3. El despido .....	108
2.3. El acceso al empleo: la calificación ocupacional de buena fe.....	110
3. Discriminación por discapacidad .....	113
3.1. El concepto de discapacidad .....	113
3.2. Los ajustes razonables y el despido discriminatorio .....	119
4. Discriminación por orientación sexual .....	122
5. Discriminación por religión o convicciones .....	127
6. Discriminación por origen racial o étnico.....	130

## **ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN CON LA VIDA FAMILIAR .....**

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

1. Introducción y Regulación del Tiempo de Trabajo en Europa.....	134
2. Conceptos Fundamentales en el Estudio del Tiempo de Trabajo .....	137
3. Determinación del Inicio de la Protección Legal .....	142
4. En particular los periodos de Descanso. ....	143
5. En particular el Trabajo Nocturno y por Turnos .....	150
6. Excepciones según la normativa europea .....	151
7. En particular los Períodos para atender las Responsabilidades Personales y Familiares y su concurrencia con otros Permisos reconocidos a trabajadores y trabajadoras .....	155
8. Bibliografía .....	164

## **EL IMPACTO DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DE DESPIDO COLECTIVO .....**

ROSA M<sup>a</sup> GONZÁLEZ DE PATTO

1. Introducción .....	168
2. El sistema de control multinivel de los derechos socio-laborales en la unión europea .....	168
3. La impronta de la jurisprudencia europea y su recepción interna en el régimen jurídico español de despido .....	172

3.1	Un repaso de los desajustes entre la configuración europea y española del despido colectivo y la respuesta del TJUE.....	173
3.2.	La última jurisprudencia comunitaria sobre despido colectivo y su proyección en la nueva configuración judicial del art. 51 Et. Un análisis de los elementos revisados.....	174
3.2.1.	La unidad de empleo referencial para el cómputo. La doctrina rabal cañas y su recepción por la jurisprudencia del ts .....	176
3.2.2.	La plantilla referencial computable. ¿Criterio expansivo pro empresa?.....	182
3.2.3.	Las extinciones computables: despidos “verdaderos” y extinciones asimiladas. Puntos críticos. ....	185
3.2.3.1.	La expansión del concepto europeo de trabajador y su proyección en el ámbito subjetivo del despido colectivo.....	185
3.2.3.2.	La ampliación del concepto de despido colectivo en función de la fuente de las extinciones: las extinciones inducidas por modificaciones sustanciales. ....	193
3.2.4.	El papel de la administración en el procedimiento de despido ...	199
3.2.5.	¿Resultan de aplicación los criterios expansivos de la jurisprudencia comunitaria a los despidos colectivos en el sector público?.....	202
4.	Conclusiones .....	203
5.	Bibliografía y webgrafía .....	205

## **LA PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LOS PROCESOS DE MOVILIDAD LABORAL .....**

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

1.	Introducción .....	210
2.	Delimitación competencial en materia de protección social entre la ue y los estados miembros.....	211
3.	Las prestaciones de protección social: naturaleza y clasificación.....	214
4.	El impacto de la jurisprudencia del tjue en la normativa de seguridad social	218
4.1.	Pensiones de jubilación e incapacidad permanente: requisitos de acceso, cuantía y regla de compatibilidad .....	218
4.1.1.	No cómputo de la cotización abonada por la entidad gestora durante el desempleo para mayores de 55 años: no obstáculo a la libre circulación [stjce 20 de enero de 2005 (tjce/2005/21), caso salgado alonso].....	218
4.1.2.	Reglas de cálculo de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.....	220
4.1.3.	Regla de compatibilidad de la incapacidad permanente total cualificada con la pensión de jubilación de otro estado miembro... ..	229
4.2.	Subsidio por desempleo para mayores de 55 años.....	230
4.3.	Prestaciones familiares.....	232
5.	La incidencia de la jurisprudencia del tjue en la protección de asistencia social del migrante por motivos laborales.....	233
6.	Conclusiones .....	239

<b>CLÁUSULAS SOCIO-LABORALES, CONTRATACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS</b> .....	243
OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA	
1. Planteamiento general.....	244
2. Evolución del derecho europeo en materia de cláusulas socio laborales en la contratación pública.....	244
2.1. Principales etapas de esta evolución.....	244
2.2. Su recepción en sede jurisdiccional: doctrina del tribunal de justicia de la UE.....	247
3. Reconocimiento en nuestro derecho interno de compromisos de carácter socio laboral en materia de contratación pública.....	248
4. Distintas fases del procedimiento de licitación pública para la incorporación de objetivos socio laborales.....	250
4.1. Necesidad de planificación previa.....	251
4.2. Reserva de contratos a favor de empresas y entidades de carácter social.....	252
4.3. Cuestión clave: definición del objeto del contrato.....	253
4.4. Etiquetas o certificaciones sociales.....	254
4.5. Prohibiciones para contratar de carácter socio-laboral.....	255
4.6. Exigencia de solvencia social.....	256
5. Las cláusulas socio laborales en fase de adjudicación.....	257
5.1. La mejor relación calidad-precio como criterio de adjudicación.....	259
5.2. Criterios de carácter socio laboral para dirimir situaciones de empate ..	261
6. Análisis del criterio económico desde la perspectiva de la contratación pública responsable.....	261
6.1. Estimación del precio conforme a costes laborales y convenio colectivo de referencia.....	262
6.2. Ofertas anormalmente bajas o temerarias.....	262
7. Cláusulas socio laborales como condiciones especiales de ejecución.....	263
7.1. Mantenimiento de condiciones de trabajo del personal adscrito a la ejecución del contrato.....	264
7.2. Aplicación del convenio colectivo sectorial como condición especial de ejecución.....	264
7.3. Subrogación de la plantilla del anterior adjudicatario.....	266
7.4. Exigencia de conocimiento de lengua cooficial como condición especial de ejecución.....	268
7.5. Contratación de personas desempleadas.....	268
8. El necesario control en el cumplimiento de los compromisos asumidos de carácter socio laboral.....	269
9. Algunas reflexiones finales.....	270
 <b>POLÍTICAS COMUNITARIAS DE GOBERNANZA DE LAS INMIGRACIONES LABORALES Y SU IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL: CRISIS, CONTRADICCIONES Y NUEVOS HORIZONTES ...</b>	 273
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
1. Introducción: ¿el retorno a una “comunidad económica”?.....	275

2.	Algo de historia: hitos político-jurídicos del nacimiento, desarrollo y fractura de la política inmigratoria común .....	278
3.	¿Una “nueva concepción inmigratoria”? : Del reclutamiento (temporal) de “mano de obra despersonalizada” a la “caza del talento extranjero”, al margen de su nacionalidad.....	282
3.1	Un nuevo factor de diferenciación en la política inmigratoria comunitaria laboral: el (mayor o menor) “capital humano” como fuente de segmentación del mercado .....	282
3.2.	El sueño europeo de la captación de los profesionales más cualificados del mundo: La tarjeta azul ¿sucedáneo de una aspirada libertad de circulación comunitaria?.....	285
3.3.	Promoción de la movilidad para el empleo cualificado (de futuro): A la caza del talento investigador en el mercado mundial.....	286
3.4.	El regreso a la política de policía: del fugaz sueño de la Europa abierta a la pesadilla constante de la “Europa fortaleza”.....	289
4.	El TJUE, permanente actor jurídico en el tablero político de la inmigración: ¿bastión pro comunitate? .....	290
4.1.	El TJUE como adalid del estatuto de ciudadanía de la UE y su efecto reflejo útil en la gestión inmigratoria desde el enfoque de derechos humanos: garantía civil .....	290
4.2.	Ciudadanía europea y derechos derivados de nacionales de terceros países, incluso irregulares, como límites a la soberanía nacional inmigratoria: garantías sociales.....	292
4.3.	Límites del principio de gobernanza soberana nacional de la política inmigratoria derivados la libertad de prestación de servicios: otro frente abierto.....	295
5.	España y europa ante el nuevo horizonte de gobernanza mundial (más equilibrada) de las migraciones laborales .....	297
6.	Conclusión: ¿retorno a la doble idea perdida de ciudadanía europea y trato justo a las personas inmigrantes?.....	300

**DISCAPACIDAD, DISCRIMINACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD LABORAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: AJUSTES Y DESAJUSTES RESPECTO A LA DOCTRINA DEL TJ Y LA DIRECTIVA 2000/78/CE ...** 303

ANTONIO COSTA REYES

1.	Discapacidad e incapacidad laboral: directiva 2000/78/ce. 1. Discapacidad y trabajo: entre el cambio de enfoque y la parálisis práctica.....	304
2.	El concepto de discapacidad y su alcance. <b>Primer aviso</b> .....	306
3.	Tutela: nulidad y ajustes razonables.....	310
4.	<b>Segundo aviso</b> : extinción del contrato del incapaz permanente.....	312
5.	El despido del IP <i>ex art 49.1, e)</i> LET a la luz de la Directiva 2000/78/CE ...	313
5.1.	Fundamento y operatividad del precepto. Crítica .....	313
6.	¿Idoneidad de la extinción <i>ex art. 52.1, a)</i> LET? Los <b>ajustes razonables</b> .....	<b>317</b>
7.	<b>Tercer aviso</b> : extinción del contrato y bajas por it del trabajador con discapacidad en el art. 52.D) let.....	321

7.1. Trabajador despedido con ocasión de la IT y discriminación por discapacidad: La enfermedad como limitación <i>a largo plazo</i> o <i>previsiblemente</i> duradera.....	321
8. Faltas de asistencia por IT del <i>discapacitado</i> , art. 52.d) LET y doctrina del TJ.....	325

**LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ....** 327  
 MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ.

Resumen.....	328
1. Antecedentes: la introducción de las cláusulas sociales en la ejecución de los contratos.....	328
1.1. Los previos de la Ley: antecedentes normativos comunitarios. ....	329
2. El establecimiento de condiciones y reglas especiales de ejecución .....	331
2.1. El control de las cláusulas de ejecución.....	334
3. Las posibles condiciones especiales: la visión de la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos y de recursos contractuales .....	336
3.1. Cumplimiento de la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales .....	337
3.2. Contratación de desempleados.....	337
3.3. Subrogación del personal adscrito a la ejecución del contrato .....	338
3.4. Condiciones de trabajo del personal adscrito a la ejecución del contrato.....	339
3.5. Condiciones especiales de ejecución en materia de promoción de la igualdad.....	339
4. Conclusiones .....	339

**LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE EMBARAZO .....** 342  
 JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

Resumen.....	342
1. La raíz histórica de la discriminación de la mujer en el mundo del trabajo ..	342
2. Las normas laborales promotoras de la igualdad .....	343
2.1 La discriminación directa .....	345
2.2 La discriminación indirecta .....	345
3. La protección del embarazo como elemento transversal de interés social y la jurisprudencia que interpreta su protección .....	346
3.1. La doctrina genérica relativa a las diferencias retributivas que discriminan a la mujer.....	346
3.2. La doctrina específica que afecta a la mujer trabajadora embarazada ..	347
3.2.1. La negativa a la contratación dirigida a trabajadoras embarazadas .....	347
3.2.2. El despido de la trabajadora en situación de embarazo .....	349
3.2.3. La discriminación asociada al permiso de maternidad y otros derechos afines .....	351
4. El alcance de la protección antidiscriminatoria de la maternidad en la normativa y doctrina españolas.....	351

4.1. Normativa antidiscriminatoria .....	352
4.2. Doctrina jurisprudencial y tutela reparadora.....	352
5. Conclusiones y actual estado de la cuestión .....	356
6. Bibliografía .....	359

## **EL TRATAMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y SU INCIDENCIA EN ESPAÑA .....**

361

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

1. Introducción .....	362
2. La nueva percepción de la discapacidad en la sociedad actual.....	362
2.1. El paradigma de la autonomía personal .....	365
2.2. El enfoque de las capacidades como perspectiva de derechos de las personas con discapacidad .....	367
3. El papel del tje ante la discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad.....	372
3.1. Aportación a la delimitación conceptual de discapacidad .....	373
3.2. Enfermedad versus discapacidad .....	374
4. El impacto en españa de la jurisprudencia del tje en materia de discriminación por discapacidad en el trabajo: selección de casos más destacados.....	375
5. Conclusiones .....	380

## **EL REPLANTEAMIENTO DE LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DESPIDO, TRAS LAS SSTJUE DAOUIDI Y RUIZ CONEJERO: NUEVOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y REFORMAS LEGALES DE URGENCIA .....**

381

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

1. La necesidad de una revisión del despido por ineptitud sobrevenida y por absentismo a la luz de la discriminación por discapacidad.....	382
2. La discapacidad y sus modelos: médico, social o integral.....	384
3. Los despidos y los ajustes razonables en relación con la incapacidad temporal .....	385
4. Discapacidad y absentismo: ampliación de las excepciones estatutarias computables .....	391
5. Una cuestión de claridad legislativa o falta de confianza en la aplicación directa de la Directiva .....	393

## **LA INEXISTENCIA DE TUTELA PREVENTIVA FRENTE AL DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. SENTENCIA DEL TJUE; CASO PORRAS GUIASADO .....**

395

MARÍA DEL CARMEN MACÍAS GARCÍA

1. Introducción .....	396
2. Supuesto de hecho.....	396
3. Marco jurídico analizado .....	397
4. La directiva 92/85 y la comunicación de la situación de embarazo.....	404

5.	La directiva 92/85 y la prohibición de despido como tutela preventiva de la mujer embarazada .....	405
5.1.	La tutela “preventiva” de la trabajadora embarazada.....	405
5.2.	La posible prioridad de recolocación y/o permanencia de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia a la luz del derecho de la Unión .....	411
6.	Trascendencia de la sentencia del tribunal de justicia de la Unión europea de 22 de febrero de 2018, asunto c-103-16 (caso porras guisado) .....	412
7.	Referencias bibliográficas .....	414

<b>DIFERENCIAS INSALVABLES ENTRE TRABAJADORES FIJOS E INDEFINIDOS NO FIJOS AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS EN MATERIA DE DESPIDO IMPROCEDENTE: ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 25 DE JULIO DE 2018 .....</b>	<b>415</b>
--	------------

RAQUEL VELA DÍAZ

1.	Planteamiento general.....	416
2.	La regulación del personal laboral al servicio de la administración pública en el ordenamiento jurídico español .....	416
3.	Doctrina judicial comunitaria: existencia de elementos que justifican las diferencias de trato entre el trabajador fijo y el trabajador indefinido no fijo. ....	419
3.1.	Aproximación a los hechos acontecidos .....	419
3.2.	Argumentos a destacar como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas a la luz del marco jurídico español y de la UE.....	420
3.3.	Alegaciones derivadas del posicionamiento del gobierno español .....	421
3.4.	Perspectiva doctrinal de la UE en la materia .....	422
4.	Consideraciones finales: el relevante impacto de la jurisprudencia comunitaria .....	422

<b>EL FUTURO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN MATERIA DE SUCESIÓN DE PLANTILLA ANTE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE JULIO DE 2018 (ASUNTO SOMOZA HERMO) Y SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS .....</b>	<b>425</b>
---	------------

SOFÍA OLARTE ENCABO

1.	Zonas de fricción entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia del tribunal de la UE. ....	426
2.	La sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17 asunto somoza hermo: antecedentes de hecho y fallo .....	428
2.1.	La primera cuestión prejudicial (ámbito de aplicación de la Directiva) .	430
2.2.	La segunda cuestión prejudicial (norma aplicable).....	433

<b>EL CAMBIO DE TITULARIDAD DE “EMPRESAS DESMATERIALIZADAS” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>437</b>
---	------------

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

1.	Nuevas formas de organización productiva y empresarial desde la perspectiva comunitaria y nacional.....	438
----	---	-----

1.1. Cambio de titularidad empresarial y modulaciones en torno al concepto <i>funcional</i> de cambio de titular de una “entidad económica” .....	440
1.2. La proyección de la doctrina del TJUE y su impacto en las garantías legales y convencionales de los trabajadores .....	445
1.3. Sucesión ope legis o cesión legal del nuevo empleador en las relaciones laborales en curso .....	446
2. Subrogación convencional y sucesión legal en posible conflicto .....	447
3. Breve alusión a los procesos contradictorios de despublificación y reinternalización/recuperación de servicios en el marco de las colaboraciones público-privadas .....	454
4. Conclusiones y propuestas <i>de lege ferenda</i> .....	459

## **LA SUBROGACIÓN DE CONTRATAS PREVISTA EN CONVENIO COLECTIVO** .....

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

1. La subrogación de contratas prevista en el convenio colectivo .....	462
1.1. La subrogación de la contrata entrante vía convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo .....	462
1.2. Inaplicación del régimen de responsabilidades previsto en el art. 44 ET. .	463
1.3. Las condiciones de aplicación de la subrogación vía convenio colectivo .....	467
2. Los problemas derivados de la aplicación de la doctrina Somoza Hermo en España .....	469
2.1. Origen del conflicto y pronunciamiento del TJUE. ....	469
2.2. Cuando el cumplimiento del convenio determina la aplicación imperativa de la Ley. ....	471
3. La conveniencia de una intervención legislativa conciliadora .....	472
3.1. Alternativas de aplicación de la norma europea sobre transmisiones. ....	472
3.2. Propuestas de reforma del art. 44 ET en la materia. ....	473

## **LA SOLIDARIDAD EMPRESARIAL POR LOS DÉBITOS SALARIALES EN CASO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA, ¿ES DERECHO EUROPEO O NACIONAL?** .....

JUAN PEDROSA GONZÁLEZ

1. Introducción. Vision general de las dos normas contenidas en el art. 44 Et. ..	478
2. La directiva 2001/23 es una directiva, no aplicable directamente, sino a través de la norma interna .....	479
3. La aplicabilidad de art. 44 Et interpretado conforme a la directiva 2001/23. .	480
4. La aplicación de convenio colectivo puede causar la aplicación de la normativa subrogatoria heteronoma .....	481
5. Consecuencias jurídicas de la transmisión de empresas .....	482

## **EL DESPIDO COLECTIVO IRREGULAR Y DE HECHO** .....

LUIS OCAÑA ESCOLAR

1. Los elementos necesarios que han de concurrir para la calificación jurídica del despido colectivo .....	486
--	-----



2.	El despido colectivo irregular y de hecho .....	488
3.	El panorama indiciario suficiente respecto del carácter irregular de las extinciones .....	488
4.	La legitimación activa en los procesos de despido colectivo .....	491
5.	El control judicial de los despidos colectivos irregulares y de hecho .....	491
6.	Artículos de referencia .....	493

**LA ACTUACIÓN DEL ARBITRAJE EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS TRAMITADOS DURANTE EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL .....** 495

JULIA DORMIDO ABRIL

1.	Aproximación al procedimiento concursal .....	496
2.	Los aspectos laborales en la ley concursal .....	498
3.	El procedimiento arbitral .....	500
3.1.	El anclaje legal .....	500
3.2.	Las partes legitimadas para solicitar el arbitraje .....	501
3.3.	La designación del árbitro .....	503
3.4.	El desarrollo del procedimiento arbitral .....	504
4.	Aspectos controvertidos del laudo arbitral .....	505
5.	La impugnación del laudo arbitral .....	506
6.	Conclusiones .....	509
7.	Bibliografía .....	509

**EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....** 511

GONZALO NARVÁEZ TURCI

1.	Introducción .....	512
2.	El teletrabajo en la unión europea .....	513
3.	El teletrabajo en españa .....	514
4.	El trabajo a distancia en la jurisprudencia del tje y su repercusión en la regulación nacional del teletrabajo. ....	516
5.	Conclusiones .....	522
6.	Bibliografía .....	523

## **PREÁMBULO**

### **LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA, FUENTE CREADORA, DIALÓGICA PERO DISRUPTIVA, DE LOS DERECHOS NACIONALES DEL TRABAJO (Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL)**

1. El absoluto dominio hermenéutico del TJUE sobre los ordenamientos nacionales, en nuestro caso de los subsectores del trabajo y de la seguridad social, segmentos cada vez más relevantes, aun fragmentarios, del Derecho de la Unión Europea (UE), ha sido formalizado positivamente, para el caso español en el art. 4 bis de la LOPJ (introducido en el año 2015). En él se reconoce y garantiza un nuevo principio no ya sólo de interpretación sino de producción jurídica y que, por comparación con el “principio de constitucionalidad” previsto en el art. 9.1 CE y concretado en el art. 5 LOPJ, vengo en llamar, también rememorando lo que para la Constitución sostuvo el profesor E. García de Enterría, “principio de vinculación más fuerte” del juez social ordinario nacional, de cualquier nivel, también el comunitario, con la jurisprudencia del TJUE. Esto significa, en apretada síntesis, que la jurisprudencia comunitaria no sólo es vinculante para cualquier nivel de la jurisdicción nacional ordinaria –en nuestro caso de orden social–, sino que debe ser de aplicación preferente o primaria sobre las demás en el contemporáneo “sistema multinivel” de protección de los derechos, en especial de los derechos fundamentales, también de índole social. Su conocimiento y su aplicación preferente no son ninguna opción para el juez, sino una obligación, so pena de incurrir, a la hora de seleccionar la norma aplicable, en vulneración de su obligación de garantizar la efectividad de la tutela judicial (STC 232/2015, 5 de noviembre).

Pero las implicaciones de este, aparentemente sencillo, principio (que presupone competencia comunitaria sobre la materia respecto de la que se pronuncia el TJUE, lo que en el ámbito laboral y de seguridad social aparece limitado), son de tal calado que implican un profundo cambio jurídico-cultural, por el diverso modelo de relación del juez con la ley. En el tiempo de dominio, teórico y práctico, del principio de constitucionalidad, el juez social que tuviese dudas sobre la conformidad supra-legal de una ley no tenía más opción que acudir al TC, para que este declarase la constitucionalidad o no impidiéndole realizar juicio alguno de inaplicación (modelo concentrado de control judicial, típico de la cultura continental). Ahora, en el tiempo actual de predominio, también ya en la

experiencia práctica, durante años olvidada por cierto exceso de “patriotismo normativo jurisdiccional”, del principio de vinculación más fuerte del juez a la jurisprudencia comunitaria, la relación cambia y se intensifica (modelo de control difuso, más próximo al norteamericano).

Pongamos un ejemplo muy reciente, para no razonar sobre el vacío o la especulación y darle la mayor concreción práctica posible. La Sentencia del Juzgado de lo Social n. 3 de Pamplona, 52/2019, de 18 de febrero, al enfrentarse a la interpretación del art. 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y carta de derechos digitales, identifica un desajuste con la nueva regulación comunitaria en materia (Reglamento General de Protección de Datos), al tiempo que desafía la vigente doctrina constitucional sobre el aspecto en conflicto (deberes informativos en relación a las videocámaras en las empresas), que considera contraria tanto a la norma comunitaria como a la jurisprudencia del TEDH (caso López Ribalda). Pues bien, para resolver las antinomias identificadas concluirá que:

“No es necesario que el juez plantee una cuestión de inconstitucionalidad... ni una cuestión prejudicial ante el TJUE. Podrá simplemente inaplicar la norma nacional que no respeta el derecho originario de la Unión Europea (Carta) y el derecho derivado dotado de eficacia directa y primacía en las relaciones verticales y en las horizontales (RGPD), extrayendo las consecuencias jurídicas que resultan de las exigencias y garantías de la Carta europea de derechos fundamentales y del reglamento europeo de protección de datos personales. (...)”.

2. De este modo, ni la justicia (social) se administra ya por jueces (y juezas) sometidos “únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1 CE), ni en su interpretación la doctrina del TC ha de tenerse como la referencia suprema en materia de garantías de derechos fundamentales, como es la protección de datos ex art. 18.4 CE. Tampoco el Tribunal Supremo tiene ya la “última palabra”, como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” ex art. 123.1 CE, no sólo pudiendo, sino debiendo orillarse por completo su jurisprudencia, aún consolidada, si cualquier nivel jurisdiccional tiene a bien valorar su disconformidad con la doctrina comunitaria. En la misma dirección de no dejar ninguna afirmación de notoriedad o contundencia huérfana de un ejemplo suficientemente significativo y reciente, para sumar actualidad a la concreción, puede traerse a colación el Auto del Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona, de 25 de marzo 2019, que ha formulado una cuestión prejudicial sobre la regla del método de cómputo del período de 90 días del despido colectivo<sup>1</sup>.

En ella subyace su convicción de que el modo actual de aplicarlo por la jurisprudencia no se adecúa al efecto útil de la Directiva (98/59), de modo que debería de realizarse también hacia el futuro y/o mixto, no hacia el pasado, como se entiende hoy: “...el día del despido constituye el día final del plazo (el “*dies ad quem*”) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día y, al mismo tiempo, el día inicial (el “*dies a quo*”)

<sup>1</sup> *Primera cuestión:* ¿El artículo 1.1 a), apartados i) e ii), de la Directiva 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que el período de referencia de 30 ó 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo siempre se han de computar antes de la fecha en la cual se examina el despido individual objeto de enjuiciamiento?

*Segunda cuestión:* ¿El artículo 1.1 a), apartados i) e ii), de la Directiva 98/59/CE puede interpretarse en el sentido de que el período de referencia de 30 ó 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo se pueden computar después de la fecha en que se examina el despido individual objeto de enjuiciamiento sin necesidad de que sean considerados dichas extinciones posteriores fraudulentas?

*Tercera cuestión:* Los períodos de referencia citados ¿admiten una interpretación que permita incluir los despidos o extinciones ocurridas dentro de 30 o 90 días, ubicándose el despido objeto de enjuiciamiento dentro de ellos?

para el cómputo del período de los 90 días siguientes. En términos generales, ‘el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer período de noventa días y el inicial del siguiente’” (ej. STS 21/2017, 11 de enero).

El criterio consolidado ha sido reiterado por el ATS 27 de junio 2018, rec. 4599/2017. En él, por cierto, se –este último, por cierto, se trae a colación, si bien para descartarla, la jurisprudencia del TJUE que le obligó a rectificar su doctrina unificada en relación al método de cómputo del número –otras también del tipo– de despidos necesarios para alcanzar el umbral exigido para el despido colectivo–. ¿Se repetirá la historia? No practicamos el oficio de profeta, sino el de jurista y, en consecuencia, teniendo en cuenta también la vocación y el gusto del TJUE por las respuestas oraculares, cualquier predicción sería temeraria. Pero lo mollar aquí es evidenciar cómo cualquier nivel jurisdiccional puede en cualquier momento someter a revisión crítica la vigencia práctica de cualquier norma nacional sobre la que se pueda verter un juicio de conformidad comunitaria.

En suma, el esquema jerarquizado del modelo tradicional quedaría así sustancialmente afectado, desplazado claramente, al menos de forma parcial, pero muy significativa, por un diferente modelo de control más difuso, más plural, en el que el TS ya no ocupa la cúspide, o al menos ya no puede sentirse tan seguro en su otrora Olimpo jurisprudencial. Aunque como ilustra el atormentado y azaroso asunto “Ana De Diego Porras”, aquí ya busque soluciones para atajar esta creciente “rebelión de las élites” de poder-saber judicial comunitario, por ejemplo, neutralizando las decisiones más convulsas a través de las repreguntas o “re-cuestiones” prejudiciales ante el TJUE sobre el mismo asunto, pero con diverso planteamiento (STS 207/2019, 13 de marzo). Parafraseando a M. Benedetti, si no te interesa la respuesta conocida, cambia la pregunta, para llegar a la respuesta que quieres. Aunque los demás también pueden seguir preguntando, en un círculo ¿sin fin?.

3. Sea como fuere, si el –hoy recurrente– adjetivo “disruptiva” (procedente de la lengua latina, aunque recuperada en la nuestra romance a través de la inglesa) es adecuado para caracterizar toda situación de “cambio brusco” de un modo de hacer las cosas que se impone y desbanca al que venía dominando los precedentes, parece claro que la jurisprudencia del TJUE es una “fuente jurídica de creación disruptiva” de los ordenamientos nacionales, y, por lo que aquí afecta, de los subsectores laborales y de la seguridad social. Nuevos principios jurídicos, nuevos conceptos jurídicos –a menudo indeterminados– y nuevas reglas van emergiendo poco a poco y van apoderándose de los tradicionales, abrogándolos, modulándolos o corrigiéndolos. Piénsese, una vez más ilustrando con el ejemplo lo que se postula teóricamente, en el criterio de atención preferente al “efecto útil” de las Directivas –o de cualquier norma comunitaria–, que introduce unas dosis adicionales de realismo jurídico a la interpretación, con una versión actualizada del clásico principio de primacía de la realidad, o, en la misma dirección, la garantía de efecto disuasorio de las indemnizaciones por daños, no ya sólo respecto de la violación de los derechos fundamentales comunitarios, en especial la prohibición de discriminación –que hoy recoge el art. 183 LRJS, si bien carece de una aplicación práctica judicial efectiva–, sino en relación a cuestiones como las indemnizaciones por cese para evitar el abuso.

O, situados en el plano de los nuevos y disruptivos conceptos jurídicos indeterminados, los enigmas aplicativos creados por la fortuna en la doctrina judicial de conceptos como:

- “*relaciones de trabajo de duración inusualmente larga*” (Montero Mateos), para unos superiores a tres años, para otros a dos años y medio, sin que el TS haya fijado criterio (la STS 322/2019, 24 de abril rechaza una aplicación automática

del plazo de 3 años previsto en el art. 70 EBEP), aunque sí ha recurrido a él para revisar su jurisprudencia en relación a los ceses de contratos de obra asociadas a contratas (ej. STS 11 de octubre 2018, rcud. 1295/2017);

- “*enfermedades asimilables a la discapacidad*”, atendiendo a lo incierto y prologado de su duración (enfermedades de larga duración), sin que haya criterio unificado, ante la equívocidad y diferencias de las doctrinas (más dispares) de suplicación social;
- transmisión de la “*parte esencial de la plantilla*”, a efectos de identificar la modalidad de sucesión de plantilla en sectores de “*actividad desmaterializada*” (sustancialmente basadas en el factor trabajo en detrimento de otros factores productivos “*materiales*”, secundarios, STS 26 de octubre de 2018, rcud. 937/2018);
- “*modificación sustancial de condiciones de trabajo equiparables al despido*” (doctrina Ciupa), nueva concepción del despido a múltiples efectos (ej. umbral de despidos colectivos; indemnizaciones cubiertas por el FOGASA -STS 8 de enero 2019, rcud. 1649/2017); etc.

El listado puede continuar largamente, pero no procede explorarla en este momento de mera introducción. En la obra que ahora se presenta encontrarán cumplidos análisis de la práctica totalidad de todos los referidos y también de otros muy relevantes. Aquí basta con esa aproximación ligera y a vuela pluma para comprobar la extensión e intensidad del carácter de creación disruptiva que tiene la jurisprudencia del TJUE como genuina fuente de (innovación del) Derecho nacional, en nuestro caso del trabajo (y también del Derecho de la Seguridad Social, pese a no existir una competencia específica, salvo en materia de coordinación). El viejo dilema, aún hoy irresuelto, pese a contar con siglos de arduos, agrios y solventes debates, que han concernido a la doctrina jurídica más autorizada de todos los lugares y de todo tiempo, sobre si la jurisprudencia es o no “fuente del Derecho”, creo que se desvanece cuando se está ante la potencia, interpretativa y de innovación jurídica, de la doctrina comunitaria, fuente de un auténtico Derecho pretoriano a la usanza clásica (Derecho romano). Quien quiera pensar que la comprensión de la eficacia vinculante de la jurisprudencia comunitaria se reduce a la función de “complemento” de los ordenamientos jurídicos nacionales, para garantizar una adaptación permanente de éstos al Derecho de la UE, correspondiendo, en última instancia, al legislador nacional esa labor de ajuste formal, so pena de incurrir en incumplimiento y, por lo tanto, en responsabilidad patrimonial, puede satisfacerse formalmente con tal ortodoxia, pero queda claro que permanecerá a espaldas de la auténtica realidad de la nueva dinámica que la jurisprudencia comunitaria infunde al proceso de interpretación-integración jurídica.

4. En consecuencia, los retos (oportunidades y amenazas, fortalezas y debilidades) no sólo para el sistema jurídico-social del presente y del futuro inmediato, también para la propia cultura jurídico-laboral europea, no sólo nacional, son formidables y, claro está, no están exentos, como todo cambio, de riesgos. Si informarse y formarse de la mejor manera sobre las vertientes comunitarias en la denominada rama social del Derecho es relativamente sencillo, sólo requiere tiempo (y ánimo), asumir los cambios culturales conlleva mayores dificultades, y también mayores peligros de desajustes, al menos temporalmente. De ahí que el uso exponencial, aun siempre por un grupo limitado o reducido (“selecto”) de jueces de lo social españoles, de la cuestión prejudicial a veces resulte no sólo dudosa, sino incluso abusiva, intensificando la incertidumbre sobre el

sentido práctico, y la vigencia efectiva, de la norma legislativa y de su interpretación. Por enésima vez, para dar concreción práctica a la afirmación de crítica doctrinal, pongamos ejemplos. La saga de la sufrida (y paciente) “Ana De Diego Porras”, digna del mejor de los “culebrones”, o incluso de una serie televisiva –al menos podría compensar la indemnización perdida con derechos de televisión– sería un magnífico ejemplo.

En efecto, ante las más que evidentes incertidumbres creadas por la sentencia “Diego Porras I”, la doctrina judicial mayoritaria, si bien con actitudes y prácticas muy dispares, cierto, en vez de ejercer con la debida prudencia la función de impartir justicia laboral, acotando su interpretación, asumió que los criterios del TJUE son tan poderosos, firmes y expansivos que deben de recibir la más grande expansión posible en los ordenamientos internos, por aquello de garantizar el “efecto útil” del Derecho de la UE, aunque con ello se ponga patas arriba el Derecho Nacional. En algunos casos, esa relativa prudencia se concretó en una batería de más y nuevas preguntas, incluyendo al TS, a fin de asegurarse el aval de la autoridad jurisdiccional máxima en el Imperio del Derecho de la UE, la de su pretor imperator, el TJUE. A los problemas de inseguridad jurídica creados se suma los de desigualdad en la aplicación de la ley, sin que haya posibilidades reales de subsanar todos los desajustes derivados de usos imprudentes de tan formidable –y necesaria– técnica de crítica jurídica interna, pues, como es conocido, el TC mantiene la ficción de identificar el contenido de la ley con la interpretación que el TS daría en cada momento, sin que les sea aplicable las reglas de retroactividad-irretroactividad.

Pero que sea un caso paradigmático, no quiere decir que sea único. También en el entorno de la saga o “culebrón jurídico-laboral” A. de Diego Porras (cuyas secuelas no han llegado a su fin, al menos para los contrato de interinidad por vacante inusualmente largos, e incluso para los contratos de obra o vinculados a contrata, deviniendo también relaciones de duración inusualmente larga), el TSJ de Galicia, con diferencia uno de los que más preguntan (¿tópico del gallego que gusta de responder preguntando?), planteó 3 nuevas cuestiones a propósito de la distinta indemnización que perciben *los trabajadores con contrato de obra vinculado a una contrata* y la percibida *por los indefinidos en los ceses por causas de empresa*. Aunque parecía claro que también en este caso había razones para la diferencia, por más que la vinculación a la contrata ensombrezca la previsibilidad del fin del contrato, lo que sin duda abre, de nuevo, la vía a la doctrina de las relaciones de duración inusualmente largas, la sala de suplicación gallega aprovechó la onda expansiva de la doctrina De Diego Porras I (aún no se había dictado ni la doctrina Montero Mateos, también a instancia de la sala gallega, ni la doctrina De Diego Porras II) para poner en cuestión la jurisprudencia social consolidada.

El TS (STS 9 de enero 2019, rec. cas. 108/2018, con voto particular masivo-, reafirmó su posición. Y el TJUE (STJUE 11 de abril de 2019, asuntos acumulados C-29/18, C-30/18 y C-44/18), respondiendo a las cuestiones prejudiciales, confirma el ajuste de la norma nacional (art. 49.1 c) ET) a la comunitaria (cláusula 4.1 Directiva 1999/70/CE). Eso sí, aunque el fallo no admite duda, pues no remite decisión alguna al órgano jurisdiccional, su razonamiento es más oracular. Así, su apartado 52 afirma:

“A este respecto, como ha señalado la Comisión Europea, corresponde al tribunal remitente examinar si, habida cuenta de que los contratos de trabajo por obra o servicio... estaban vinculados a la duración de la contrata y esta se resolvió anticipadamente, es preciso considerar que se puso fin a dichos contratos de trabajo, *antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado*, por una de las causas ex artículo 52 ET y si, por

consiguiente, procede conceder a los interesados la indemnización prevista en el artículo 53 ET”.

Como puede verse, el TJUE, fiel a su creciente gusto por la “justicia oracular”, que, como en los Oráculos de la antigüedad griega, gusta situar a quien acude a él para preguntar ante su espejo, termina atribuyendo al órgano judicial interpelante la competencia para tomar la decisión que estime más oportuna en torno a la cuestión interpelada, con lo que, a modo de boomerang, el problema vuelve, con algún criterio interpretativo nuevo, o no, al lugar del que procede. Por lo que deben ser los jueces nacionales los que deban aplicar correctamente los “preceptos de Delfos” (valioso legado de conocimiento de los sabios de la Grecia antigua nos dejaron a las generaciones futuras), en especial los dos más importantes, que aparecían en el frontón del templo dedicado a Apolo en Delfos –el Oráculo más importante de la Antigüedad– a la hora de concretar la pauta interpretativa dada por el TJUE: debajo, a la izquierda, “Γνωθι σαυτόν” (*Conócete a ti mismo*), a la derecha “Μηδέν άγαν” (*Nada en demasía*).

Parece claro que en más de una ocasión este segundo “precepto”, inherente a la función jurisprudencial (decir el derecho con prudencia –y recta sabiduría–), queda orillado o relegado. Para que tampoco tal prédica (crítica jurídica) quede sin ejemplo, ahora fuera del orden social, en el orden contencioso-administrativo, pero con aplicación de una norma social comunitaria de aplicación indistinta a las relaciones de empleo contractual (privado o público), y a las funcionariales, recordemos el caso de los funcionarios interinos docentes Viejobueno y Lara González. La STS, Sala Contencioso-Administrativa, 11 de junio 2018 (rec. 3765/2015), en una celosa aplicación de la doctrina del TJUE relativa a la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos, aquí funcionarios interinos y funcionarios de carrera, a fin de evitar un revés más, de los varios sufridos, entendió, con inusual contundencia, que “ninguna duda puede subsistir acerca de que la desigualdad de trato denunciada en este proceso [cese en junio y recontractación en septiembre, tras el largo periodo vacacional de estío] no está justificada por razones objetivas”. Consecuentemente, ninguna razón habría para plantear cuestión prejudicial, pues no hay “duda razonable” al respecto, conduciendo la doctrina comunitaria “de modo inevitable a la conclusión que alcanzamos en esta sentencia”. Pues bien, la STJUE 21 de noviembre 2018, C-245/17, Viejobueno Ibáñez/Lara González”, consideró que la diferencia objetiva en tal caso estaba plenamente justificada.

5. Ciertamente, no siempre los tribunales nacionales son tan celosos de una lectura expansiva, cuasi sin límites, mientras pueda mantenerse cierta vinculación con el efecto útil de la norma comunitaria, santo y seña de la aplicación del Derecho de la UE en la comprensión del TJUE, su “sumo sacerdote”. El caso “De Diego Porras” así lo evidenciaría, de nuevo. La STJUE de 21 de noviembre 2018 (C-619/17), fiel a este gusto por la dicción jurídica oracular (y ello pese a sus doctrinas del *acto claro* y del *acto aclarado*), abrió la vía, pese su juicio de no disconformidad de la norma nacional con la comunitaria (en este caso la cláusula 5 de la Directiva 1999/70), a una alteración de la legislación patria, lo que dejó en manos del TS:

“La necesidad de abonar una indemnización por finalización de un contrato temporal no constituye, por sí sola, una medida suficiente para evitar el abuso en la contratación temporal (sin perjuicio de que corresponde al TS determinar en último término esta cuestión)”.

Sin embargo, como ya se ha recordado, el TS, por clarísima mayoría (incluye un voto particular firmado por dos magistrados), ha entendido que no procedía indemnización

alguna. Si en el plano estrictamente normativo esta conclusión no es en modo alguno irrazonable, es manifiesto que en un plano de realismo jurídico la posición defendida no halla constatación alguna (con lo que el efecto útil de la Directiva queda en entredicho), pues, como razona, con mayor dosis de realismo jurídico el voto particular:

“La realidad ha venido demostrado todo lo contrario, evidenciando que las reglas... del art. 15 ET son del todo insuficientes a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”.

Los propios matices que la STS 27 de septiembre 2018 (rcud 2747/2016, dictada en Pleno y con voto particular) introduce respecto de la doctrina jurisprudencial comunitaria en el caso Somoza Hermo (STJUE 11 de julio 2018, C-60/17), que le obligo a rectificar su posición previa en el entendimiento de las relaciones entre el art. 44 ET y la subrogación convencional, nos ilustra igualmente de este intento continuo del TS –a diferencia de la doctrina judicial de suplicación– de acotar un espacio interpretativo preservado por, y para, el principio autoridad jurisdiccional nacional. Así, asumida –a regañadientes– la rectificación impuesta por la máxima autoridad jurisdiccional comunitaria, advertirá que, en los sectores donde la mano de obra constituya el elemento principal de la actividad empresarial (actividad desmaterializada), la subrogación no será ni automática ni incondicionada”, sino que exige un nuevo momento de ponderación o valoración, “del conjunto de circunstancias concurrentes”, que, naturalmente, le corresponderá resolver, finalmente, al propio TS, pues “no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. (...)”.

Dos serían esos momentos interpretativos decisivos preservados a la decisión propia de la autoridad jurisdiccional nacional. De un lado, cuándo un sector es de los que la mano de obra representa el factor productivo “esencial”, atendiendo a criterios de tipo cuantitativo y cualitativo. De otro, si la parte de la plantilla asumida resulta “suficientemente relevante”, si bien la carga probatoria corresponde al empleador (art. 217 LEC) a través del debate procesal adecuado.

Por supuesto, también el orden contencioso-administrativo trata de preservar espacios hermenéuticos y decisorios propios, de modo que la voracidad y fuerza expansiva del TJUE no lo invada todo. Y así, frente al manifiesto riesgo de colonización laboral para las relaciones de empleo funcionariales interinas (temporales) contratadas y/o desarrolladas con abuso o fraude, o incluso sin mediar tal situación patológica, al resultar de aplicación idéntica norma comunitaria (Directiva 1999/70), las SSTS (2), Sala contencioso-administrativo, de 26 de septiembre 2018 (rec. 1305/2017 y rec. 785/2017) han desechado para su ámbito el engendro jurisprudencial social de los “indefinidos no fijos”, al que parecía abocar la doctrina judicial interpretativa de las sentencias comunitarias de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15). En cambio, revocándolas, ha preferido acotar un conjunto de criterios para tratar de combatir de forma eficaz las situaciones de temporalidad abusiva de funcionarios interinos y del personal estatutario eventual, aunque ni la solución final diste mucho de la social ni haya la suficiente certidumbre sobre los criterios interpretativos, en especial para garantizar que se trata de una tutela suficientemente disuasoria a la hora de fijar indemnizaciones a tal fin.

Una vez más, el listado de ejemplos de esta permanente tensión entre los máximos niveles de la protección jurisdiccional de los derechos socio-laborales con impacto comunitario podría seguir, evidenciando la constante pugna entre las relaciones de diálogo y de conflicto. Pero no es el caso, pues esa es la misión, entre otras, de la obra que presentamos, que cuenta con múltiples ponencias que abordan diversos supuestos



de uno y otro sentido. Aquí tan solo procede, tras una breve, pero espero que suficiente, ilustración, reclamar la atención sobre el cambio no esporádico, particular o episódico, sino sistemático. Y es que, en efecto, frente al clásico principio de jerarquía, aun modulada por el principio constitucional de independencia judicial plena, que rechaza la doctrina anglosajona del precedente, que domina la solución de los conflictos interpretativos entre los diferentes niveles internos de la jurisdicción ordinaria, e incluso en relación con la constitucional, las relaciones entre el TJUE y los Tribunales, siendo ambos comunitarios, se rigen por un principio típico de racionalidad jurídica comunicativa (J. Habermas): el principio dialógico.

La interpretación, aplicación e integración del Derecho nacional (del trabajo) a la luz del Derecho de la UE, en la interpretación del TJUE, se haría, pues, más que sobre el principio de autoridad última del nivel jurisdiccional máximo del sistema multinivel, sobre el principio de cooperación dialógica instituido a través del artículo 267 TFUE (cuestión prejudicial). Desde las fechas más tempranas (ej. STCE de 16 de enero de 1974, C-166/73), el pretor imperator valoró que el principio de “diálogo entre jueces” (cuestión prejudicial) no debía limitarse a los de nivel superior, sino que afectaba de lleno a los tribunales inferiores. La clásica regla de vinculación a la interpretación del superior no podía servir de exclusiva para evitar o ensombrecer la primacía del Derecho comunitario, ni reducir la responsabilidad individual de cada juez de garantizarla, sin que atribuya solo al TJUE o al Tribunal nacional superior, sin perjuicio siempre de la ayuda interpretativa del TJUE, previa (acto claro o aclarado) o instada mediante cuestión prejudicial.

Y es que para el TJUE, el órgano jurisdiccional nacional, con calidad de comunitario, que no resuelve en última instancia debe dispone de máxima “libertad de someter” al TJUE las cuestiones que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho comunitario. Por eso, el diálogo entre jueces de todos los niveles se convertirá en pieza angular del sistema, sin que el nivel superior nacional quede condicionado a la decisión del nivel inferior, en tanto no haya un pronunciamiento aclaratorio del TJUE (ej. STJUE de 9 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-72/14 y C-197/14, para un asunto relativo a la –no– vinculación de los Estados de acogida de trabajadores migrantes a los certificados emitidos por los Estados de origen sobre la legislación de seguridad social aplicable, cuando no resulta pertinente ésta). En última instancia, el TJUE siempre procede a recordar que “corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio” la responsabilidad última de la decisión jurisdiccional a adoptar, de ahí que, por más que acuda a la pregunta, para trazar un diálogo fructífero interpretativo, el TJUE siempre le colocará, como decimos, frente a su espejo.

Como es natural, en la originalidad y capacidad innovadora de tan singular principio de interpretación dialógica del Derecho nacional a la luz del Derecho de la UE, frente al viejo de jerarquía, está su virtud más profunda. Pero en él reside buena parte de sus riesgos (vicios), y la realidad española del quinquenio último ofrece sobrados ejemplos de lo uno (virtudes, quizás las más), y de lo otro (vicios, quizás, los menos, pero relevantes). Por tanto, la amplísima libertad de que goza el juez nacional no debe entenderse omnimoda, tampoco irrazonable, buscando a toda costa, a través de la pregunta orientada, en la autoridad del TJUE el aval para abrogar la autoridad nacional de la que se discrepa. En juego está la credibilidad y la seriedad del entero sistema.

6. Cualquiera que sea la valoración que al respecto se alcance, ninguna duda razonable hay, a la luz de las consideraciones más arriba efectuadas, del extremado

acuerdo mostrado por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), de consuno con las Universidades públicas de Andalucía, de dedicar monográficamente las **XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de las Relaciones Laborales** a analizar este nuevo tópico jurídico-social, sin el cual no se podrá entender ni la práctica interpretativa ni buena parte de la producción legal, e incluso convencional, en materia de relaciones laborales –y de seguridad social–. Si la temática a elegir no planteaba duda de tipo alguno, el título finalmente elegido fue:

**“Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”**

Aunque es bien conocido que el concepto de “legislación laboral española” no puede, en modo alguno, confundirse con el de “Derecho del Trabajo español”, incluyéndose fuentes legislativas (Derecho Legislado) extralegales (Derecho Convencional, Derecho Jurisprudencial), ni la pretensión de los organizadores podía ser reducir el estudio de impacto de la activísima jurisprudencia socio-laboral del TJUE respecto de nuestro país a los cambios en la legislación, dejando fuera valorar el impacto en el entero sistemas de fuentes, si subyacía la conveniencia de reclamar atención sobre un déficit normativo que vive –padece– nuestro sistema legislativo en relación a esta crucial, pero procelosa, cuestión. En efecto, si bien el principal llamado a realizar el necesario ajuste del orden jurídico nacional con el orden comunitario, por más que se asañe al TJUE con preguntas y repreguntas para animar el cambio, es el legislador, éste se muestra excesivamente refractario al mismo. Salvo contadas ocasiones, el legislador opta por conservar el tenor literal de los preceptos, pese a ser consciente de que su sentido práctico ha variado, y a menudo notablemente, por obra de la reinterpretación jurisprudencial nacional a la luz de la jurisprudencia comunitaria. Por lo tanto, una buena parte de la inseguridad jurídica creada por este “juego” (que a menudo nada envidiaría a un “juego de tronos”) de fuentes jurisprudenciales se debe a la pasividad exhibida por el legislador español.

Piénsese, por descender una vez más al ejemplo ilustrativo, en la situación creada en torno a múltiples aspectos del art. 51 ET (despidos colectivos), o, desde luego, respecto de la contratación temporal. A todas luces, parece claro que por más “éxitos” que puedan lograrse a través de la acción de crítica judicial, e incluso por más “fracasos” que puedan cosechar estos intentos, que el régimen estatutario de contratación temporal en España es insostenible, por lo que los arts. 15 y 49.1 ET precisan de reformas de calado. Como el ámbito aplicativo del art. 33 ET (la cobertura del FOGASA) resulta en la práctica bien diferente respecto de su tenor; etc.

Cierto, en esporádicas ocasiones el legislador atiende esa necesidad de cambio legal. En el ámbito de la protección social por desempleo para las personas trabajadoras a tiempo parcial, uno de los ámbitos de mayor incidencia del juego dialógico entre jurisdicción nacional y TJUE y de mayores éxitos, o reveses, según se mire, destacable es, por limitarnos a una norma reciente, el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, de adaptación de la normativa de la prestación contributiva por desempleo a tiempo parcial vertical a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 9 noviembre 2017, C-98/2015). Sí, no se dio mucha prisa el gobierno para realizar la debida adaptación. Tampoco suele hacerlo.

En efecto, tampoco tuvo prisa para adaptar nuestra legislación, en relación al trabajo de estiba portuaria, a las demandas de liberalización efectuadas, más bien impuestas, aquí sí –no se trató de cuestión prejudicial, sino de recurso por incumplimiento llevado a cabo por la Comisión contra España en relación a las libertades económicas, concretamente la de establecimiento y prestación de servicios– por el TJUE. Eso sí, cuando lo hizo,

asumió la forma de liberalización más radical, aunque ello le enfrentara a un juicio de disconformidad con otro compromiso internacional, el del Convenio n. 137 OIT, abriendo así la vía al juicio propio de la disconformidad convencional o de convencionalidad, exclusivo de la jurisdicción ordinaria (STC 40/2018, 20 de diciembre). El último episodio, por el momento, de tres, es el Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, que modifica parcialmente, y culmina, el Real Decreto-ley 8/2017. Con él, se ha querido avalar, si bien con efectos transitorios, y de una manera excepcional, lo que no deja de ser criticable, amén de muy inquietante, la política convencional seguida en el sector de la estiba para tratar de frenar, o paliar, el impacto negativo a efectos de seguridad en el empleo de esa extremada liberalización. Una garantía colectiva de seguridad en el empleo, a través de la cláusula de subrogación empresarial en las relaciones de trabajo provenientes de las SAGEP, que está –o estaba– bajo la amenaza de fuerte sanción económica por la autoridad reguladora de la competencia, que ha abierto expediente al respecto, hoy en suspenso.

Curiosamente, alguna vez, el cambio legislativo incluso anticipa un eventual fallo en el mismo sentido de reforma de garantías del TJUE, pese a no pronunciarse aún. Sería el caso de la problemática cuestión del registro de la jornada ordinaria y diaria previsto, con carácter general, en el art. 34.9 ET (en la redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2019, 8 de marzo). Como es bien sabido, su regulación coincide en lo sustancial con las Conclusiones del Abogado General (Conclusiones de 31 de enero de 2019, C-55/18), ante la cuestión prejudicial sometida por la Audiencia Nacional –AN– en clara “rebeldía” contra el TS. Este decidió dejar la solución, con la sabia revocación de la posición de la AN, al legislador, rechazando toda función (que entendía de política jurídica) de suplencia legislativa.

7. Cualquiera de esas cuestiones ameritarían estudios monográficos, por la complejidad y la trascendencia de los problemas que suscita, en el plano teórico y práctico. Cuanto más si se contemplan de forma conjunta, como, según anticipaba, decidió, con inmejorable criterio, el CARL, a través de las también referidas **XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo**, las de mayor antigüedad y solera de España. Este año, siguiendo el escrupuloso turno rotatorio establecido desde hace más de tres décadas y media, ha correspondido el peso de su organización a la Universidad de Jaén (*13 y 14 de diciembre de 2018*). No obstante, conviene subrayar la originalidad del formato que asumen estas Jornadas, conforme al cual vienen celebrándose las últimas ediciones y que evidencia un singular compromiso de colaboración entre un organismo autónomo especializado del prestigio del CARL y las diversas Universidades públicas de Andalucía. Al igual que el citado principio de cooperación dialógica anima la aplicación el Derecho de la UE en España, y en los diversos Estados miembros, estas Jornadas son un ejemplo de cooperación conspicua y exitosa entre las referidas entidades. De ahí que el mérito de las mismas deba atribuirse a esa continuada, fructífera y generosa acción cooperativa, desde luego solo posible por la decidida voluntad del CARL de mantener vivo el espíritu de promoción del alma mater que lo animó a comienzos de la década de los años 80 del pasado siglo, persistiendo, no obstante las dificultades derivadas de los tiempos austeros vividos no hace tanto, en nuestros días, lo que es muy de agradecer y así lo hacemos a través de la figura de su Presidente, también profesor de la disciplina, *D. Ángel Gallego Morales*.

También mi más sincero y profundo agradecimiento a la Comisión científica elegida para esta edición en estas tierras de olivares, constituida por personas de competencia tan reconocida como la profesora Dr<sup>a</sup> Eva Garrido Pérez (Cádiz), el profesor Dr. Sebastián de Soto Rioja (Pablo de Olavide) y el profesor Dr. Antonio Márquez Prieto (Málaga), así

como la profesora Dr<sup>a</sup> Isabel Villar Cañada (Jaén). Además de la figura del presidente (también Dr.) del CARL y un servidor, que actuó como coordinador. A todas (personas profesionales de máximo prestigio y altruista dedicación) mi agradecimiento.

Naturalmente, el agradecimiento más intenso debe hacerse a quienes, profesores y profesoras de las 9 Universidades públicas andaluzas, aceptaron el encargo de impartir una Ponencia general, articulada en tres subtemas amplios, relativos a las cuestiones de candencia mayor en las relaciones entre la jurisprudencia comunitaria y el derecho español del trabajo, también de la protección social. Su generoso compromiso, culminado con gran éxito, como se podrá comprobar con la lectura de los acabados estudios entregados y que incluye esta obra, amerita de especial valoración, en tiempos en que ya tienden a brillar por su ausencia. Si bien en algún caso no se dispone de la aportación escrita, la valía de la oral exige la misma loa.

Y todo comenzó, como se debe, por el principio programado. La prevista **Inauguración Institucional** estuvo cargo del presidente del CARL, D. Ángel Gallego Morales, junto con la representación de las tres organizaciones sociales que lo integran (CEA, CCOO y UGT). En ella tomó parte también la representación de la autoridad académica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, en nombre de la decana, que ha colaborado en el patrocinio de las XXXVII Jornadas Universitarias. A todas las autoridades y entidades presentes reitero una vez más mi agradecimiento.

La **primera Ponencia General** afrontó la magna tarea de desgranar las aportaciones más recientes de la jurisprudencia comunitaria a *las formas de tutela frente tan extenso y endémico mal de las relaciones laborales como son las discriminaciones* de todo tipo. Si los muchos desajustes de nuestra regulación, pero sobre todo nuestra experiencia, de contratación temporal a los principios de igualdad de trato y no discriminación atendiendo a la condición de temporalidad, fueron objeto de una exhaustiva ponencia por el Dr. *Antonio Alvarez del Cuvillo* (Universidad de Cádiz), las no menores deficiencias y vicios respecto del principio de igualdad retributiva (igual salario a trabajo de igual valor), tuvo como expositor esforzado y no menos sugerente que el anterior al Dr. *José Manuel Morales Ortega* (Universidad de Málaga), los dos consolidados profesores titulares. El extremado dinamismo de estas materias se comprueba en los datos que después de las jornadas (*13 y 14 de diciembre de 2018*) sucedieron, en jurisprudencia y en legislación (ej. Real Decreto-ley 6/2019). De todos dan cumplida cuenta sendos profesores y, por lo tanto, implica un motivo de agradecimiento más, al deber hacer un esfuerzo suplementario. Finalmente, un panorámico, pero ilustrativo y muy mimado, repaso por las “nuevas causas de discriminación” ofreció la profesora Dra. *Inmaculada Benavente Torres* (Universidad de Córdoba).

La **segunda Ponencia General** versó sobre uno de los grandes clásicos del Derecho Social de la UE, si bien presentado en sus vertientes hoy más actuales y problemáticas, que se vinculan al vigor que el “valor de la flexibilidad” asume en la gestión de las relaciones laborales y en su Derecho: “*Reestructuraciones empresariales y flexibilidad*”. Como no podía ser de otro modo, la desagregación de tan extensa y compleja temática, debía concretarse en subtemas que ofrecieran la mayor actualidad posible, también que estuviesen en el ojo del huracán de las relaciones, de diálogo y conflicto, entre el TJUE y el sistema de fuentes jurídico-laborales de España, no solo la legislación, también la negociación colectiva. En coherencia, la primera de las intervenciones se dedicó a los principales puntos críticos del tópico de la transmisión de empresa ex art. 44 ET,

ámbito de gestión jurídico-laboral más afectado, con toda seguridad, por los reveses de la jurisprudencia comunitaria, renovando intensamente su aplicación.

La presentación, sintética, pero intelectualmente nutritiva, analítica y crítica, estuvo a cargo de la profesora *Dr<sup>a</sup> Patrocinio Rodríguez Ramos (Universidad de Sevilla)*. Para nuestro lamento, no podemos contar con el texto escrito de su ponencia. En cambio, sí disponemos de un amplísimo abanico de ponencias específicas que dan cuenta, exhaustiva, de los principales aspectos críticos de este tópico y que encontrarán en esta obra colectiva.

Contamos igualmente con la ponencia escrita desarrollada, con entusiasmo, para otro subtema de especial trascendencia en nuestros días a fin de entender la necesidad de una reinención del justo equilibrio entre el valor de la flexibilidad de gestión empresarial y el no menos relevante valor de la flexibilidad de gestión de los tiempos de vida de todas y cada una de las personas trabajadoras, no sólo de las mujeres: “*ordenación del tiempo de trabajo y conciliación de la vida familiar*”. Esta parte de la ponencia general fue asumida por la profesora *Dr<sup>a</sup> Emilia Castellano Burguillo (Universidad de Huelva)*. También en ella se ofrece un análisis actualizado con las últimas reformas en la materia, relativas no sólo al registro de jornada, del que ya se ha dado noticia ut supra, sino incluso al art. 34.8 ET, a fin de propiciar un derecho de propuesta novatoria más vinculante y eficaz, al margen de si media o no reducción de jornada ex art. 37 ET, y siempre en aras del principio-derecho social fundamental a la conciliación de la vida laboral y familiar (por cierto, desaparece de la usual triada, la faceta personal, para solo quedar en dos, la faceta familiar y la laboral). La tercera temática de esta ponencia se dedicó al momento más traumático de esta gestión de flexibilidad, también más delicado a la hora de llevar a cabo el equilibrio justo entre libertad de empresa y seguridad en el empleo, los cada vez más temidos *procesos de regulación de empleo que terminan con despidos colectivos*. Su desarrollo correspondió a la profesora *Dr<sup>a</sup> Rosa González de Patto (Universidad de Granada)*, que nos ofreció una amena y pormenorizada exposición crítica de los principales aspectos del “*procedimiento de desarrollo de los despidos colectivos*”.

La **tercera Ponencia General** quiso aproximarse a ese necesario complemento de toda regulación jurídico-laboral, la componente de protección social. Con ello manteníamos la firme apuesta de estas Jornadas, y de su principal promotor, el CARL, ya desde sus orígenes por una imagen equilibrada de las relaciones de trabajo. En ella siempre se suma –a veces contrarresta– al alma económica de las mismas y de su regulación un alma social, dada su ambivalencia transaccional (razón de ser misma de ambos sectores jurídicos, el laboral y el de protección social, que diría nuestro maestro, el profesor VIDA SORIA, tristemente fallecido a las pocas semanas de celebrarse estas Jornadas). Este análisis vino de la mano de la reflexión sobre una de las principales apuestas de la UE por su reactivación social, una vez decrecido el impulso a las leyes de la tiranía de la austeridad de los años precedentes.

Nos referimos, cómo no, al “*Pilar Social Europeo ante un nuevo escenario económico*”. No por casualidad, algunas de las más recientes Directivas aprobadas en estos dos últimos años, así como las diversas que hoy están propuestas, algunas de ellas muy avanzadas (en materia de transparencia y previsibilidad de las condiciones de trabajo; en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, etc.), se remiten al referido Pilar Social. El primer subtema debía dedicarse, sin duda, a la componente de protección social que ha de animar, y facilitar, todo proceso de movilidad en el ámbito de la UE por razones de índole laboral. Parte de la Ponencia general tercera que, bajo el título “*La*

*protección social frente a los procesos de movilidad laboral*”, fue atribuida, y desarrolló conforme a las mejores expectativas puestas, a la profesora *Dr<sup>a</sup> Margarita Arenas Viruez* (Universidad Pablo Olavide).

Como satisfactoria, por la brillantez expositiva y lo nutritivo de sus análisis, fue la intervención de la profesora *Dr<sup>a</sup> Olimpia Molina Hermosilla* (Universidad de Jaén). En ella (“Cláusulas socio-laborales, contratación en el sector público y libre prestación de servicios”) hizo un completo repaso del notable y reciente impacto, tanto de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertades económicas, en especial de prestación de servicios, cuanto del Derecho Comunitario de la contratación pública, en nuestra legislación y experiencia, sobre todo en relación a la ordenación de esa nueva técnica de garantía de derechos sociales y laborales que son las “cláusulas socio-laborales” en la compra pública. Se cerró esa temática con una ponencia que trató de dar cuenta del estado actual de las “*políticas comunitarias de inmigración por motivos laborales*”, en un momento especialmente complejo, por la doble crisis migratoria y también de refugiados, pero también esperanzador, por el acuerdo, cierto no vinculante, en el seno de la ONU, sobre una nueva gobernanza mundial de la inmigración, más equitativa, coherente y eficaz, beneficiosa para todas las personas y países implicados. Su desarrollo –oral y escrito– correspondió a quien suscribe esta presentación.

8. Ningunas jornadas universitarias, resulten más volcadas a lo académico o lo hagan más hacia lo profesional, pueden resultar suficientemente exitosas si no cuenta con vivos debates, tanto en forma de intervención oral como escrita. Por eso, es también obligado agradecer las muy generosas contribuciones de cuantos profesionales de la investigación y la docencia presentaron **Ponencia específica**, para complementar, desarrollar en ciertos aspectos, otros para discrepar incluso de, las Ponencias generales. Siempre con valor desigual, como no puede ser de otro modo, todas ellas ofrecieron puntos de vista relevantes, más o menos compatibles, que ayudaron a enriquecer notablemente ambos días de jornada.

Si bien todas las Ponencias generales, en sus diversas divisiones, recibieron sugerentes Ponencias específicas, las cuestiones que captaron la mayor atención del más joven, y del no tanto, personal investigador de las Universidades que participaron en el desarrollo de las XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas, se concentraron en tres: discriminación, transmisión de empresa (la materia más analizada de todas, con gran diferencia) y despido colectivo. El dinamismo investigador de las Universidades públicas andaluzas quedó así, una vez más bien acreditado, por lo que resulta especialmente satisfactorio comprobar que otro de los objetivos originarios y mantenidos de estas históricas, y siempre referenciales, Jornadas, sigue hallando respuesta adecuada, incluso satisfactoria, aunque, como toda obra humana, siempre es perfectible. Muy importante para el éxito del desarrollo de las numerosas intervenciones en tal sentido a lo largo de ambos días fue el papel encomiable de quienes asumieron la labor, no siempre lucida, pero desde luego imprescindible, de moderación de los tres paneles o mesas de ponencias específicas. La primera, relativa a la exposición de las *ponencias específicas sobre “tutela y garantías frente a la discriminación laboral”*, fue ordenada y relatada por la profesora *Dr<sup>a</sup> María José Gómez-Millán Herencia* (Universidad Pablo Olavide). La segunda, relativa a las “reestructuraciones empresariales y la flexibilidad”, tuvo como relatora a la profesora *Dr<sup>a</sup> María Rosa Vallecillo Gámez* (Universidad de Jaén), y la tercera, sobre “Pilar Social Europeo en un nuevo escenario económico”, contó con la también eficaz acción de la profesora *Dr<sup>a</sup> María Sepúlveda Gómez* (Universidad de Sevilla). A las tres muchas gracias por su encomiable labor.

A fin de continuar estimulando esta imprescindible labor de investigación comunicada, a través de Ponencias específicas sobre puntos especialmente candentes, reconociendo a las mejores, dentro de una notable calidad global, se dieron varios premios. De casi docena y media de ponencias específicas presentadas, dos de ellas resultaron distinguidas a ex aequo por unanimidad: la profesora Dr<sup>a</sup> Maria Rosa Vallecillo Gámez (“*la contratación pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la ejecución de los contratos*”) y el profesor Dr. Antonio Costa Reyes (“*Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto de la doctrina del TJUE y la Directiva 2000/78/CE*”). A ambos mi felicitación.

El broche de oro final a las XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas, lo puso, en forma de **Conferencia de Clausura**, el célebre Magistrado del TC profesor Dr. Fernando Valdés Dal-Ré. Con su maestría acostumbrada, disertó sobre uno de sus temas estrellas de su repertorio casi infinito: “*El constitucionalismo laboral europeo y la protección de los derechos laborales fundamentales*”. Con ella puso al día, con cita de sentencias de 2018 del TJUE (tiempo de trabajo) un nuevo tópico jurídico al que viene dedicando un notable esfuerzo, oral y escrito.

Desgraciadamente, tampoco podemos disponer por escrito de tal actualización, como le hubiera gustado al profesor e ilustre magistrado constitucional Dr. Fernando Valdés ofrecer, viéndose impedido por poderosos imponderables. En cualquier caso, nuestro agradecimiento sumo por su compromiso constante con estas Jornadas y felicitaciones por su brillantísima exposición.

Es tiempo de finalizar la presentación. No sin reiterar mi agradecimiento al CARL y a su Presidente, también a sus organizaciones integrantes, por perseverar en el patrocinio de estas icónicas Jornadas Universitarias Andaluzas, tan legendarias como más vivas y necesarias que nunca. Ni tampoco si llamar efusivamente a las expectantes, y seguro ávidas intelectualmente, personas lectoras a que verifiquen por sí mismas si las aportaciones de esta obra colectiva se muestran conformes o superan el interés que con las XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas, y ahora con esta obra, y la modesta presentación, se quiere alimentar. La trascendencia de la cuestión jurídico-social, en el plano práctico, también en el doctrinal, bien merece la pena. En última instancia, como expresara el escritor y crítico francés, Frédéric Beigbeder, y salvando las distancias entre la literatura y una obra científica, nunca he dejado de pensar en toda:

“...lectura como un medio para hacer desaparecer el tiempo, y la escritura como un medio para retenerlo” (Una novela francesa, 2011).

# **EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL: CUESTIONES NO RESUELTAS**

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Cádiz*

*“En el pronaos de Delfos están escritas máximas útiles para la vida de los hombres.  
Han sido escritas por hombres que los griegos dicen sabios [...]   
Pues bien, cuando llegaron a Delfos, estos hombres ofrendaron a Apolo las  
celebradas máximas ‘conócete a ti mismo’ y ‘nada en exceso’ [...]”*

PAUSANIAS, *Descripción de la Grecia*

## SUMARIO:

1. LA COLISIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES ESPAÑOL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL
2. LA VIGENCIA DE LA SENTENCIA “DE DIEGO PORRAS I”
3. EL ENIGMÁTICO APARTADO 64 DE LA SENTENCIA MONTERO MATEOS
4. EL POSIBLE EFECTO DIRECTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE TRABAJADORES TEMPORALES E INDEFINIDOS
5. LAS DEFICIENCIAS DEL ESQUEMA DE JUSTIFICACIÓN DE LAS DESIGUALDADES
6. LA EFICACIA REAL DE LA PROHIBICIÓN DE ENCADENAMIENTO ABUSIVO DE CONTRATOS
7. CONCLUSIÓN: LA NECESARIA REFORMA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL



## 1. LA COLISIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES ESPAÑOL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL

La influencia del TJUE sobre el ordenamiento español en materia de empleo temporal ha sido notable, a juzgar por el número de cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces y tribunales españoles, así como por la relevancia cualitativa que ha tenido su doctrina sobre el discurso académico y judicial<sup>1</sup>. No lo ha sido, en cambio, si evaluamos este impacto en base a la respuesta del legislador y de las Administraciones Públicas españolas frente a la constatación por parte del Tribunal de Justicia de incumplimientos muy importantes de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada<sup>2</sup>.

Probablemente, la relevancia que ha tenido esta jurisprudencia no resultaba previsible a partir de la mera lectura del texto del Acuerdo Marco en el momento en que se adoptó la Directiva. Debido a las circunstancias del proceso de elaboración de esta norma y al fracaso de los intentos de promulgar una regulación más ambiciosa, este texto contiene una regulación “de mínimos” que otorga un amplio margen para la flexibilidad<sup>3</sup>. En términos generales, el Acuerdo Marco se concentra únicamente en dos objetivos centrales: por una parte, la prohibición de llevar a cabo desigualdades injustificadas entre trabajadores temporales e indefinidos y, por otra parte, la limitación de los posibles abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales.

Desde un punto de vista estrictamente formal, el ordenamiento español cumplía ya a grandes rasgos estos objetivos en el momento de promulgación de la Directiva, al menos en el sector privado. Ciertamente, nuestros tribunales habían declarado ya que las diferencias de trato injustificadas entre trabajadores temporales e indefinidos vulneraban el principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE<sup>4</sup>. Por otro lado, la aplicación general del principio de causalidad en la contratación temporal debería ser suficiente –al menos en términos teóricos– para garantizar que las renovaciones de contratos temporales estén basadas en la concurrencia de razones objetivas y que, por lo tanto, no sean abusivas<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> A modo de ejemplo del consenso doctrinal respecto a la relevancia de la jurisprudencia del TJUE en esta materia, González del Rey Rodríguez, I., “El trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria”, *Foro (nueva época)*, Vol. 19, nº2, 2016, pp. 414-415 destaca su importancia tanto en términos cuantitativos como cualitativos; Miranda Boto J.M., “El empleo público español no sale del Tribunal de Justicia”, *El Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2017, p. 211 y ss.

<sup>2</sup> Subrayan el inmovilismo de los poderes públicos españoles ante las manifestaciones realizadas en la jurisprudencia del TJUE, entre otros, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M<sup>a</sup> E. “La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por ‘causa objetiva’, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016”, *El Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 9, 2016, p. 841; Miranda Boto, J.M., “El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes”, *El Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 9, 2016, pp. 829 y ss.

<sup>3</sup> Morón Prieto, R., “La regulación comunitaria de la contratación temporal: comentario a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada”, *Temas Laborales*, nº 55/2000, p. 132 y 149-150; Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, nº 113, 2018, p. 75.

<sup>4</sup> *Vid.* Morón Prieto, R., *Op. Cit.*, pp. 164-165 y la jurisprudencia que allí se cita.

<sup>5</sup> En este sentido, Cruz Villalón, “El encadenamiento...”, *Op. Cit.* p. 80; también Morón Prieto, R., *Op. Cit.*, pp. 167-168, destacando la necesidad de garantizar una intervención legislativa para limitar en la práctica los abusos empresariales desde la perspectiva de la efectividad real de los objetivos de la Directiva y no solo desde su cumplimiento formal.

Cuestión distinta es que, en términos más sustanciales, estos dos principios no se estaban aplicando de manera efectiva, como veremos.

En este contexto, la relevancia de los contenidos del Acuerdo Marco sobre el ordenamiento jurídico español, puede atribuirse tanto a determinados aspectos intrínsecos a nuestro sistema de relaciones laborales, como a las particularidades del modo de actuar del Tribunal de Justicia y al uso que muchos jueces de lo social han hecho del recurso a la cuestión prejudicial.

### **1.1 El contexto del sistema de relaciones laborales español en materia de empleo temporal**

Es sabido que el sistema de relaciones laborales español se caracteriza por unas elevadísimas tasas de temporalidad, a pesar de la proclamación formal del principio de causalidad como regla general. Parte de esta temporalidad puede atribuirse al carácter estacional de determinadas actividades que tienen un peso considerable en la economía española, pero hay un consenso muy amplio, tanto en el mundo universitario como en el profesional, respecto al hecho de que existe un fraude de ley generalizado, en la medida en que la contratación “temporal” de trabajadores para cubrir necesidades estructurales o permanentes se ha convertido en una pauta totalmente normalizada<sup>6</sup>. Adicionalmente al fraude de ley generalizado, el Tribunal Supremo ha permitido la vinculación de los contratos de obra o servicio a la duración de las “contratas”, incluso en el caso de empresas cuya actividad es precisamente prestar servicios a otras empresas, lo cual en el contexto de la descentralización productiva ha contribuido de manera muy significativa a la “descausalización” efectiva de la contratación temporal<sup>7</sup>.

Por otra parte, los abusos relativos a la contratación temporal han sido particularmente llamativos en el sector público español<sup>8</sup>, que se caracteriza, como regla general, por una elevada estabilidad en el empleo de los funcionarios de carrera y del personal laboral fijo. En este ámbito no resulta operativa la estrategia tradicionalmente asumida por los empleadores privados de utilizar el despido “improcedente” como herramienta de gestión “fisiológica” –aunque antijurídica– de sus necesidades de flexibilidad externa, de modo que estas necesidades –acentuadas por las políticas de reducción del déficit público– se canalizan casi exclusivamente a través del empleo temporal y de la externalización<sup>9</sup>. Asimismo, de una manera más indirecta, las necesidades de flexibilidad interna –por ejemplo, movilidad funcional o geográfica– también se terminan canalizando en gran medida sobre estos trabajadores, debido a su situación de mayor precariedad. Por todo ello, la duración determinada de los contratos se convierte en el elemento esencial que

---

<sup>6</sup> Por todos, recientemente Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario”, en AAVV (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), *Las modalidades de contratación temporal: libro homenaje al profesor Francisco J. Prados de Reyes*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018, pp. 48, 55.

<sup>7</sup> No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que en sentencias muy recientes, el TS ha matizado de manera muy intensa su propia doctrina (SSTS, nº 783/2018, 784/2018, 786/2018 y 787/2018 de 19-7-2018, STS nº 94/2018 de 11-10-2018).

<sup>8</sup> Por todos: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E., *Op. Cit.*, pp. 840 y 844; Molina Navarrete, C., “Contratación temporal en la Administración Pública: una continua anomalía jurídica, ¿gerencialmente útil?”, en AAVV, *Las modalidades de contratación temporal... Op. Cit.*, p. 384, González del Rey Rodríguez, I., *Op. Cit.*, p. 419.

<sup>9</sup> *Íbid.* Moreno Vida, M.N., “La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de ‘situaciones comparables’ y de ‘razones objetivas’”, *Trabajo y Derecho*, nº 21, 2016, p. 5 (del texto en formato electrónico).

determina el resto de las condiciones de trabajo, de modo que la segmentación entre trabajadores indefinidos y temporales es aún más acusada que en el ámbito privado.

Además de lo anterior, las prácticas abusivas de los empleadores privados y públicos han demostrado ser fuertemente resistentes al cambio<sup>10</sup>. Ni el llamado “fomento de la contratación indefinida” llevado a cabo por los poderes públicos, ni el intenso proceso de flexibilización del régimen del despido, ni las numerosas resoluciones judiciales apreciando en un gran número de casos la existencia de fraude de ley en la contratación, ni la relativa insistencia en la persecución administrativa del abuso han conseguido revertir esta situación patológica. De hecho, como ya se ha mencionado, esta resistencia al cambio afecta al impacto real de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en tanto que esta no ha conseguido producir cambios realmente sustanciales en el sistema.

En este contexto general, no es extraño que el TJUE, al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas, haya juzgado con severidad las contradicciones de nuestro sistema, que, en realidad, resultan escandalosas para cualquier observador externo que no se haya amoldado a ellas por la fuerza del hábito.

## **1.2 Los rasgos característicos de la actividad jurisdiccional del TJUE y el uso estratégico de la cuestión prejudicial por parte de los jueces nacionales**

La relevancia de la doctrina del TJUE en el ordenamiento español puede relacionarse también con algunos de los rasgos que caracterizan a la actividad jurisdiccional de este órgano, así como al uso que los jueces españoles están haciendo de la cuestión prejudicial.

El TJUE se ha destacado tradicionalmente por un cierto “activismo judicial” en defensa de la primacía del Derecho de la Unión y de la eficacia real de los objetivos y finalidades que subyacen a los tratados y al derecho derivado<sup>11</sup>. Esta actitud general lo ha llevado a menudo a desarrollar interpretaciones extensivas de las normas aplicables basándose en parámetros teleológicos, lo que en algunos casos le ha llevado forzar hasta cierto punto la literalidad de las normas a interpretar. Por este motivo, es difícil cuestionar que, en términos materiales, sus sentencias han contribuido significativamente a la creación efectiva del Derecho de la Unión Europea. No obstante lo anterior, la consolidación de la autoridad retórica del Tribunal de Justicia sobre los órganos judiciales nacionales ha exigido que este relativo “activismo” se haya visto limitado por una actitud paralela de “autocontención” que le ha servido de contrapeso, permitiéndole legitimar sus decisiones frente a los Estados miembros y sus órganos judiciales<sup>12</sup>. La actividad del Tribunal a menudo se ha desarrollado en la búsqueda del equilibrio entre estos dos principios contrapuestos.

Esto ha sucedido, de hecho, en relación con la materia que nos ocupa. En efecto, el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una interpretación extensiva tanto del principio de no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos como del propio ámbito

---

<sup>10</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, *Op. Cit.* pp. 58 y ss. Palomeque López, M.C., “El fraude de ley en la contratación temporal”, en AAVV (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), *Op. Cit.*, p. 177.

<sup>11</sup> Aunque esta conclusión parece poco cuestionable, pueden consultarse algunos matices al lugar común del activismo del Tribunal de Justicia en Solanke, I., “‘Stop the ECJ’ An Empirical Analysis of Activism in the Court”, *European Law Journal*, Vol. 17, nº 6, 2011, *per totum*; Grimm, A., “Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice”, *European Law Journal*, Vol. 18, nº 4, 2012, *per totum*.

<sup>12</sup> Pollicino, O., “Legal reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality between Judicial Activism and Self-restraint”, *German Law Journal*, Vol. 5, nº 3, pp. 283-317, 2004.

de aplicación de la Directiva<sup>13</sup>. Al mismo tiempo, su voluntad patente de no adentrarse en terrenos ajenos a la competencia de las instituciones comunitarias y sus referencias continuas a la valoración del juez nacional ha terminado generando confusión en algunas de sus respuestas, que en ocasiones han resultado ambiguas o evanescentes<sup>14</sup>, de manera que, en lugar de contribuir a despejar incógnitas en la interpretación del Derecho de la Unión, han terminado por generar nuevos enigmas.

Por último, también ha podido tener una cierta influencia en el contexto de las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el sistema español la utilización estratégica que muchos jueces y tribunales han hecho de la cuestión prejudicial como un medio para soslayar la doctrina asentada de los órganos jerárquicamente superiores cuando no se comparten sus valoraciones<sup>15</sup> o quizás también como un medio de acudir a una autoridad externa para enfrentarse a unas prácticas empresariales y administrativas fuertemente resistentes al cambio. Esta utilización estratégica de la cuestión prejudicial –con independencia de la valoración que nos suscite– ha podido influir en la redacción de las preguntas que se hacen al Tribunal y, en definitiva, en la presentación que se hace del supuesto, condicionando así los resultados finales. De hecho, este proceso se aprecia de manera particularmente clara en la polémica sentencia *de Diego Porras I*<sup>16</sup>.

## 2. LA VIGENCIA DE LA SENTENCIA “*DE DIEGO PORRAS I*”

No hay duda de que la sentencia “*de Diego Porras I*” ha supuesto una conmoción en el ordenamiento jurídico español, tanto en lo que refiere a la doctrina académica como a la práctica judicial. El problema de fondo de esta sentencia es que su fallo se sustenta sobre un error teórico: la equiparación entre los despidos fundados en causas “objetivas” –esto es, ajenas al comportamiento doloso o culpable del trabajador– con la extinción de los contratos temporales en base a la concurrencia de las situaciones expresamente previstas en ellos para su finalización.

Este error del Tribunal tiene su origen en diversas circunstancias. En primer lugar, el modo en el que las cuestiones prejudiciales estaban redactadas podía dar lugar a una confusión entre las “causas objetivas” previstas en el art. 52 ET y las “condiciones objetivas”

---

<sup>13</sup> Pérez Rey, J., “Los derechos retributivos de los profesores interinos durante los períodos no lectivos de verano. Comentario a la STS (C-A) 11 junio de 2018 (rec. 3765/2015)”, *Revista de Derecho Social*, nº 82, 2018, pp. 147-148; González del Rey, I., *Op. Cit.*, pp. 419-420. Respecto a la aplicación de la Directiva a las Administraciones Públicas, Cruz Villalón, J., “El encadenamiento...”, *Op. Cit.*, p. 76. De acuerdo con el TJUE, la igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos es un principio general de Derecho de la Unión, que no puede interpretarse de manera restrictiva, SSTJUE *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007 C-307/05 (Apdo 38); *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdo. 49); *Carratù*, C-361/12, C-307/05 (Apdo. 33); *Nierodzik*, de 13-3-2014, C-38/13 (Apdo. 24); *Grupo Norte Facility*, de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 38); *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 23), entre otras.

<sup>14</sup> Molina Navarrete, C., “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin?: comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos* (C-677/18) y *Grupo Norte Facility* (C-574/16)”, *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 424, 2018, p. 157 se refiere, en este sentido, a la “opacidad argumental” de la respuesta del Tribunal.

<sup>15</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M “La rectificación de la doctrina de *Diego Porras I* sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *El Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6, 2018, p. 576, se refiere a un “uso casacional” de la cuestión prejudicial. También en este sentido, *Vid.* de la Puebla Pinilla, A., “Principio y fin de la doctrina ‘de Diego Porras I’ o de cómo, en ocasiones, ‘el sueño de la tutela multinivel produce monstruos’”, *Información Laboral*, nº 7, 2018 [ejemplar en formato electrónico sin paginación]; Jimena Quesada, L., “La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, p. 281.

<sup>16</sup> STJUE *de Diego Porras I* de 14-9-2016, Asunto C-596/14.

mencionadas en la Directiva respecto a la terminación de los contratos temporales<sup>17</sup>. En segundo lugar, en la doctrina del TJUE existe una cierta imprecisión terminológica –que trataremos más adelante– en la determinación de los motivos justificativos de la diferencia de trato, lo que podía dar a entender –erróneamente– que el carácter temporal del contrato resulta absolutamente irrelevante en la determinación del régimen de la extinción<sup>18</sup>. En tercer lugar, las circunstancias del caso concreto enjuiciado por el órgano judicial nacional favorecían que casi cualquier observador externo percibiera que se estaba produciendo una situación de injusticia material, que, de algún modo, suponía un cierto “fraude” –en sentido impropio– a los principios que animan la Directiva y que, sorprendentemente, se ajustaba al régimen del contrato de interinidad previsto en ordenamiento español<sup>19</sup>.

En este caso, el error interpretativo del TJUE no afectaba únicamente a las circunstancias del supuesto enjuiciado, sino que podía implicar graves consecuencias sobre la regulación de los contratos temporales en España, e incluso en los demás ordenamientos europeos. En efecto, la idea de que el despido por causas objetivas debe equipararse a la extinción de los contratos temporales, llevada al extremo o a sus últimas consecuencias, termina produciendo conclusiones insostenibles desde un punto de vista racional, como la necesidad de imponer un régimen de extinción único para todos los contratos, haciendo desaparecer –no solo en España, sino en toda Europa– la relevancia jurídica del establecimiento de modalidades de contratación temporal<sup>20</sup>. Al margen de la opinión que se pueda tener sobre el llamado “contrato único” desde una perspectiva político-jurídica, es evidente que esta propuesta no puede imponerse como resultado de la adaptación del ordenamiento de los Estados miembros al contenido de la Directiva 1999/70/CE, que precisamente se dirige a evitar determinados abusos en la contratación temporal y que, por tanto, parte del supuesto de que estas modalidades son admisibles y despliegan consecuencias respecto a la extinción de los contratos.

Por todo ello, la mayor parte de la doctrina científica y de los operadores jurídicos –incluyendo al propio Tribunal Supremo español– esperaban una “rectificación” de la doctrina de la sentencia *de Diego Porras I*. Esta “rectificación” se produjo finalmente en junio de 2018 con las sentencias *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*<sup>21</sup>, que entraban en abierta contradicción con la argumentación de la sentencia controvertida<sup>22</sup>. En efecto, mientras que esta afirma de manera expresa –aunque “a mayor abundamiento”– que

<sup>17</sup> En este sentido, Miranda Boto, J.M., “El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial” *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 127, 2017, p. 36; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *Op. Cit.*, p. 567. Como indica este último autor, la palabra “objetiva” tiene un significado diferente en cada caso, pero en la redacción de las cuestiones prejudiciales se confunden estos términos, probablemente con una finalidad persuasiva.

<sup>18</sup> Nos ocuparemos de este problema con más detalle en el epígrafe 5.

<sup>19</sup> Como es sabido, el supuesto se refiere a una trabajadora que llevaba más de nueve años prestando servicios para la Administración, situación que difícilmente se percibe como “temporal”, aunque parece que no había ningún fraude de ley. Asimismo, llamaba la atención que, después de un período tan largo de prestación de servicios fuera cesada sin percibir ninguna indemnización en absoluto, cuando se da la circunstancia de que en otros contratos temporales el ordenamiento sí que establece indemnizaciones. Estas circunstancias se mencionan en el Apdo. 51 de la sentencia para indicar que “a mayor abundamiento”, el argumento de la imprevisibilidad no resulta aplicable.

<sup>20</sup> Es preciso matizar que la sentencia solo se refiere a la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo y no a otras particularidades del régimen extintivo y que, por otra parte, en otros países europeos no siempre se prevén estas indemnizaciones. Sin embargo, la idea de que la indemnización por la extinción es una condición de trabajo y que la justificación no puede basarse en la temporalidad del contrato, si se lleva al extremo, podría trasladarse a cualquier otra garantía regulada en el régimen extintivo.

<sup>21</sup> SSTJUE *Montero Mateos* de 5-6-2018, C-677/16 y *Grupo Norte Facility*, de 5-6-2018, C-574/16. A partir de esta respuesta, ha decaído la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Rodríguez Otero*, C-2012/17 por renunciar a ella el órgano jurisdiccional remitente (TSJ de Galicia), dado que ya se había contestado a las cuestiones planteadas en la *Grupo Norte Facility* (Auto del Presidente del TJUE de 21-8-2018).

<sup>22</sup> Molina Navarrete, C., “La indemnización...” *Op. Cit.*, p. 163.

la diferencia de trato no puede justificarse en la “previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad” (Apdo. 51), en las dos sentencias de junio 2018, por el contrario, la justificación de la diferencia de trato se sostiene precisamente sobre el hecho de que la finalización del contrato indefinido por las causas previstas en el art. 52 no resulta previsible, de modo que la indemnización se destina a compensar la frustración de las expectativas del trabajador en el mantenimiento de la relación laboral (Apdo. 24 de la STJUE *Grupo Norte* y Apdo. 61 de la STJUE *Montero Mateos*).

De acuerdo con la doctrina emitida por estas últimas sentencias, no resulta contrario a la Directiva que exista una regulación diferenciada de las indemnizaciones previstas para la extinción de los contratos temporales respecto a la prevista para la indemnización derivada del despido por causas objetivas. De hecho, la mayoría de las resoluciones judiciales recaídas en España con posterioridad a estas sentencias dan cuenta de la anulación del precedente y afirman que no procede indemnización alguna en los casos de finalización de un contrato de interinidad no fraudulento<sup>23</sup>. Unos meses después, estos planteamientos se han visto confirmados por la sentencia de *Diego Porras IP*<sup>24</sup>, que responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español a la misma situación de hecho que había motivado la primera sentencia, llegando expresamente a esta conclusión.

No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia no ha reconocido formalmente<sup>25</sup> de manera expresa la existencia de una contradicción con su doctrina anterior, lo que, por otra parte es habitual en su práctica jurisprudencial<sup>26</sup>, dado que forma parte de la retórica con la que el TJUE ha construido históricamente su autoridad; este caso resulta particularmente llamativo porque la corrección no se ha producido ni siquiera en la sentencia de *Diego Porras II*, que se refiere exactamente al mismo supuesto de hecho. Por otra parte, las dos sentencias de junio de 2018 –y alguna otra posterior– citan expresamente la sentencia de *Diego Porras I* respecto a otros aspectos distintos de aquellos en los que existe la contradicción<sup>27</sup>, lo que parece indicar que su doctrina sigue, de algún modo, vigente. En

<sup>23</sup> SSTSJ (Social) Extremadura, nº 413/2018 de 28-6-2018 y nº 433/2018 de 5-7-2018; SSTSJ (Social) Galicia, Rec. 891/2018 (sin número de resolución), nº 2704/2018 (Rec. 4627/2017) y Rec. 4242/2017 (sin número de resolución), las tres de 29-11-2018; STSJ (Contencioso-Administrativo) de Galicia, nº 307/2018 de 27-6-2018; SSTSJ (Social) de Madrid, nº 634/2018 de 2-7-2018, nº 717/2018 de 19-7-2018, nº 719/2018 de 19-7-2018, nº 721/2018 de 19-7-2018 y nº 724/2018 de 19-7-2018; STSJ (Social) Asturias nº 1724/2018 de 29-6-2018; SSTSJ (Social) País Vasco, nº 1270/2018 de 12-6-2018, nº 1322/2018 de 19-6-2018 y nº 1384/2018 de 26-6-2018; STSJ (Social) de Andalucía, Sevilla, nº 1986/2018, de 21-6-2018, STSJ (Social) de Cataluña, nº 3463/2018 de 11-6-2018. Por otra parte, la STS (Social) nº 7/2019 de 9-1-2019 determina, en base a la citada jurisprudencia del TJUE que es posible pagar distintas indemnizaciones a los trabajadores indefinidos despedidos por causas empresariales por haber finalizado una contrata y a los trabajadores temporales con contratos de obra o servicio ligados precisamente a la duración de la contrata.

<sup>24</sup> STJUE de *Diego Porras II*, de 21 de noviembre de 2018, C-245/17. En virtud de esta sentencia, el TS ha determinado finalmente que resulta legítima la opción del legislador de no atribuir indemnización a la finalización del contrato de interinidad; a este respecto, *vid.*, STS (Social) de 13-3-2019 (nº 207/2019). Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha vuelto a confirmar la posibilidad de establecer indemnizaciones diferentes para la extinción de los contratos temporales y el despido por causas objetivas en el ATJUE *CCOO* de 19-3-2019, (C-293/2018) y en la STJUE *Cobra Servicios Auxiliares SA*, de 11-4-2019 (C-29/18, C-30/19 y C-44/18).

<sup>25</sup> Ciertamente, el Presidente del TJUE reconoció ante la prensa el 17 de febrero de 2017 que posiblemente el Tribunal había entendido mal el problema que se le había planteado. Sin embargo, estas son declaraciones particulares de uno de los miembros del órgano judicial, que, por otra parte, no tienen un reflejo en el texto de las sentencias “correctoras”.

<sup>26</sup> Szabados, T., “‘Precedents’ in EU Law: the Problem of Overruling”, *Elte Law Journal*, Vol. 1, 2015, p. 138. Del mismo modo, las sentencias del TJUE se presentan de modo colegiado, sin que quepa la emisión de votos particulares discrepantes y, aunque ciertamente en muchos casos hay contradicción con las propuestas del Abogado General, esta oposición no se pone de manifiesto de manera expresa.

<sup>27</sup> En concreto, lo hacen en relación con la inclusión de la indemnización por despido entre las “condiciones de trabajo” protegidas por la prohibición de discriminación (Apdo. 44 de la *Montero Mateos* y 47 de la *Grupo Norte Facility*); también respecto al dato de que la comparación debe hacerse entre indefinidos y temporales (Apdo. 50 de la *Montero Mateos*, 54 de la *Grupo Norte Facility* y 33 de la *Vernaza Ayovi*) y, por último, en cuanto a las posibles causas de justificación (Apdo. 57 *Montero Mateos*, Apdo. 54 *Grupo Norte Facility*).

este contexto, se plantea una cierta situación de inseguridad jurídica que es necesario despejar<sup>28</sup>.

En nuestra opinión, la doctrina general establecida por el TJUE tanto en la argumentación como en la parte dispositiva de la sentencia *de Diego Porras I* está sustancialmente en vigor y no ha sido modificada por la jurisprudencia posterior<sup>29</sup>, con independencia de que, como veremos posteriormente, conviene hacer algunas matizaciones en la terminología utilizada para la justificación de la diferencia de trato. El error del Tribunal afecta únicamente a la comprensión y apreciación de la situación de hecho que había suscitado la cuestión prejudicial (Apdos. 48-51) y, por tanto, a la posible “comparabilidad” de las situaciones objeto de contraste; esta cuestión corresponde, en último término al órgano judicial nacional, según indica la propia sentencia (Apdo. 42). En todo caso, el único argumento que aparentemente habría que desechar a la luz de las nuevas sentencias sería, en principio, el de la inadecuación del criterio de “previsibilidad”, que solo se hace “a mayor abundamiento” (Apdo. 51) y del que, en todo caso nos ocuparemos en el epígrafe siguiente. En lo que refiere a la parte dispositiva de la sentencia, solamente sería “incorrecta” la valoración de que la normativa española es contraria a la Directiva por no prever ninguna indemnización para la finalización de los contratos de interinidad, dado que todos los trabajadores con contratos temporales –incluyendo a los interinos– tienen derecho a percibir la indemnización derivada del despido por causas objetivas, en caso de que su contrato se extinga por estos motivos y no por la concurrencia de la causa prevista para su finalización. En cambio, si la normativa española previera una indemnización para el despido por causas objetivas de los trabajadores indefinidos pero no lo hiciera para los trabajadores con contrato de interinidad, sí que estaría vulnerando el Derecho de la Unión.

En este contexto, el cambio en la valoración del Tribunal de Justicia no impide que puedan seguirse manteniendo las siguientes proposiciones expresadas en la sentencia *de Diego Porras I*: a) las indemnizaciones que perciban los trabajadores por la finalización de sus contratos de trabajo<sup>30</sup> están incluidas en el concepto de “condiciones de trabajo” previsto en la Directiva (Apdo. 31 y parte dispositiva); b) la Directiva no abarca a las diferencias entre distintas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada (Apdo. 38)<sup>31</sup>; c) el mero hecho de que un contrato sea temporal, en sí mismo considerado, no permite excluir a los trabajadores temporales de la indemnización por finalización de contrato que tienen los trabajadores fijos comparables (Apdo. 47 y parte dispositiva).

Estas apreciaciones no son puramente teóricas, sino que resultan relevantes, por ejemplo respecto a las construcciones jurisprudenciales en torno a los posibles efectos de la “reducción de la contrata” en los contratos por obra o servicio determinado vinculados a una contrata de obras o servicios.

<sup>28</sup> Los primeros comentarios doctrinales a estas sentencias critican esta falta de transparencia; en este sentido, *Vid.* Molina Navarrete, “La indemnización...” *Op. Cit.*, p. 163; Preciado Domènech, C.H., “Comentario de urgencia a las SSTJUE 5 de junio 2018. Caso Lucía Montero Mateos (Asunto C-677/16)”, *Información Laboral*, nº 6, 2018 [ejemplar electrónico sin paginación], Pérez Rey, J., “Punto y final a la doctrina Porras? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility”, *Trabajo y Derecho*, nº 46, 2018, p. 6 [del ejemplar en formato electrónico].

<sup>29</sup> En sentido similar, Pérez Rey, J., “Punto y final...”, *Op. Cit.*, p. 6 [ejemplar electrónico].

<sup>30</sup> De manera similar, la STJUE *Carratù*, 12-12-2013, C-361/12 incluía en este concepto la indemnización derivada de la inclusión en el contrato de una cláusula ilícita relativa a la terminación del contrato de trabajo (Apdo. 38).

<sup>31</sup> En el mismo sentido, la propia sentencia cita los AATJUE *Vino I* de 11-11-2010, C-20/10; *Vino II*, de 22-6-20011 C-161-11 y *Rivas Montes*, de 7-3-2013, C-178/12. Posteriormente insiste en ello la STJUE *Viejobueno Ibáñez/ de la Vara González*, de 21-11-2018, C-245/17 (Apdo. 51).

A estos efectos, el Tribunal Supremo ha distinguido entre la “finalización paulatina” y la “reducción” de la contrata. Ciertamente, la obra o el servicio contratado puede extinguirse de manera paulatina o progresiva, lo que implicaría la extinción válida de los contratos de trabajo relacionados con las tareas terminadas antes de la finalización total de la contrata<sup>32</sup>. Así, por ejemplo, las obras de construcción normalmente se realizan en distintas fases y determinados trabajadores podrían ser sidos contratados solo para la realización de alguna de ellas; una vez finalizadas las tareas contratadas, existe causa para la extinción de los contratos de trabajo que correspondan, aunque todavía la obra no esté terminada en su totalidad.

En cambio, no podría recurrirse a la figura de la extinción del contrato de trabajo por finalización de la obra o servicio en los supuestos de “reducción de la contrata” por decisión unilateral de la empresa principal o por acuerdo entre esta y la contratista; en estos casos, el contrato deberá extinguirse por las causas empresariales previstas en los arts. 51 y 52 c) ET<sup>33</sup>. La diferencia entre ambos supuestos es que la extinción paulatina de la contrata se refiere a un supuesto de finalización de la obra o servicio determinado que estaba previsto en el contrato –aunque su duración fuera incierta–, mientras que la reducción de la contrata implica la concurrencia de una circunstancia sobrevenida e imprevisible que encaja perfectamente en la definición de las causas empresariales. No obstante, algunas sentencias del TS parecen admitir que en estos casos pueda operar la extinción del contrato por finalización de la obra o servicio, cuando esta consecuencia hubiera sido prevista por el convenio colectivo aplicable con objeto de atender a las particularidades de un determinado sector productivo<sup>34</sup>. Curiosamente, la argumentación de estas sentencias se basa precisamente, entre otros motivos, en la necesidad de evitar una supuesta discriminación inversa entre temporales e indefinidos, quizás porque no tiene en cuenta que los primeros también pueden ver extinguido su contrato por causas objetivas<sup>35</sup>.

Esta solución jurisprudencial es contraria al principio de no discriminación previsto en el Acuerdo Marco, en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del TJUE a partir de la Sentencia *De Diego Porras I*. En efecto la “reducción de la contrata” es una causa sobrevenida e imprevisible relacionada con la demanda externa de los bienes o servicios producidos por la empresa y, por tanto, se enmarca claramente en los motivos empresariales previstos en los arts. 51 y 52 c) ET<sup>36</sup>. En este sentido, las situaciones

<sup>32</sup> SSTs (Social) 28-4-2014 (RCUD 900/2013) y 19-7-2005 (RCUD 2677/2004).

<sup>33</sup> SSTs (Social) de 13-7-2017 (RCUD 25/2017), 22-10-2015 (RCUD 3054/2014), 22-12-2014 (RCUD 1452/2013), 22-9-2014 (RCUD 2689/2013), 17-9-2014 (RCUD 2013), 16-7-2014 (RCUD 1777/2013), de 8-11-2010 (RCUD 4173/2009), 12-6-2008 (RCUD 1725/2007, 10-6-2008 (RCUD nº 1204/2007).

<sup>34</sup> SSTs (Social) de 16-5-2013 (RCUD 2062/2012) y de 18-12-2012 (RCUD 1117/2012), en relación con el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad.

<sup>35</sup> “[...] si toda reducción de la contrata de seguridad impusiese la extinción de los contratos laborales -suscritos para atender aquella- a través del mecanismo de la ‘necesidad objetivamente acreditada de amortizar puesto de trabajo’ [...], con ello se le daría el mismo tratamiento -injustificadamente- a los contratos indefinidos y a los contratos temporales para obra o servicio, de forma que éstos perderían toda su razón de ser. Porque si bien es del todo razonable que deba acudir al instrumento amortizatorio cuando la reducción de la contrata afecte -parcialmente o de forma paulatina- a trabajadores fijos [pues se trata de una válida forma de extinguir un contrato de naturaleza indefinida], esa misma razonabilidad invita a considerar adecuado el sistema de cese siguiendo criterios colectivamente pactados [en concreto, dando prioridad a la antigüedad y a las cargas familiares], cuando se trata de vínculos que tienen naturaleza temporal y están sometidos a la condición resolutoria de finalización de su objeto.”

<sup>36</sup> A este respecto debe tomarse en cuenta que las sentencias *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility* justifican que no son comparables la finalización de los contratos temporales por la concurrencia de la causa prevista en el contrato para ello y la extinción del contrato de trabajo por motivos empresariales dado que en este último caso concurren “circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral”. El supuesto es distinto al enjuiciado en la STJUE *Cobra Servicios Auxiliares SA*, de 11-4-2019 (C-29/18, C-30/19 y C-44/18), en la que la extinción del contrato ligado a una contrata por



son claramente equiparables, por lo que resultaría contrario al principio de igualdad de trato excluir a los trabajadores con contratos de obra o servicio determinado de la indemnización prevista en el Estatuto para la extinción por causas objetivas (así como de las garantías asociadas a esta forma de despido), máxime cuando esta indemnización se ha justificado en sentencias posteriores del TJUE en el carácter imprevisible que tiene la extinción en estos casos.

### 3. EL ENIGMÁTICO APARTADO 64 DE LA SENTENCIA *MONTERO MATEOS*

En el contexto relatado en el epígrafe anterior, la aportación de las sentencias *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility* consiste fundamentalmente en la atribución de relevancia al carácter imprevisible de la extinción del contrato que opera en el despido por causas objetivas. En efecto, en los contratos temporales, la extinción está prevista en el propio contrato –su duración es limitada en el tiempo, aunque pueda ser incierta–, mientras que las causas empresariales –para trabajadores temporales o indefinidos– se verifican cuando existe un cambio sobrevenido e imprevisible en las circunstancias que desencadena la extinción del contrato. Esta “imprevisibilidad” permite establecer una indemnización que compense la frustración de las expectativas de estabilidad que tenía el trabajador. Sin embargo, se han planteado algunas dudas respecto a si este argumento resulta aplicable en caso de que la duración de los contratos temporales resulte “inusualmente larga” y, por tanto, deje de resultar previsible.

Como ya se ha dicho, la sentencia de *Diego Porras I* indica “a mayor abundamiento”, que el argumento de la previsibilidad de la extinción de los contratos de interinidad no resultaba aplicable a un caso en el que las relaciones contractuales de la trabajadora se habían prolongado durante muchos años (Apdo. 51). En este argumento parece abundar el Apdo. 64 de la Sentencia *Moreno Mateos*: “En el caso de autos, la Sra. Montero Mateos no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.”

En los dos supuestos, el Tribunal de Justicia considera que la duración efectiva del contrato es incierta e inusualmente larga, de modo que su finalización se percibe realmente como un fenómeno sobrevenido, en cierto modo equivalente al que se plantea cuando un contrato indefinido se extingue por la concurrencia de causas objetivas. En el caso de la sentencia de *Diego Porras I*, la trabajadora había estado ligada al Ministerio de Defensa a través de diversos contratos de interinidad durante más de nueve años (desde febrero de 2003 hasta octubre de 2012), siendo el último contrato de duración superior a siete años (desde agosto de 2005). Por su parte, en el caso de la sentencia *Moreno Mateos*, la trabajadora llevaba más de nueve años (desde marzo de 2007 hasta septiembre de 2016) vinculada a la Agencia Madrileña de Atención Social, de los cuales más de siete –desde febrero de 2008– se habían desarrollado a través de un único contrato de interinidad por vacante. En cambio, en el caso que dio lugar a la sentencia *Grupo Norte Facility*, el trabajador había estado prestando servicios durante casi tres años (desde noviembre de

---

la finalización de la contrata –extinción previsible– no se considera equiparable al despido por causas objetivas de los trabajadores indefinidos que prestaban servicios en la misma actividad al extinguirse la contrata.

2012 hasta septiembre de 2015) a través de un único contrato de relevo que tenía fecha cierta de finalización; en este último caso, el Tribunal no hace ninguna mención a la duración inusual del contrato, seguramente porque la fecha de finalización del contrato era conocida de antemano.

En relación con la sentencia *Montero Mateos*, el órgano judicial remitente, una vez recibida la respuesta a las cuestiones judiciales replanteadas, ha terminado declarando que la contratación temporal era abusiva –por superar el plazo de tres años previsto en el EBEP para la ejecución de las ofertas de empleo público– y que, por tanto, el contrato había de ser calificado como indefinido pero no fijo, basando su resolución de manera explícita en lo que se indica en el apartado 64 de la sentencia<sup>37</sup>. Por otra parte, varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia posteriores a la sentencia *Montero Mateos* y que se referían a supuestos muy similares a este, han apreciado el carácter abusivo de la contratación temporal y han procedido a calificar la relación como indefinida pero no fija<sup>38</sup> (en el sector público) o –en el caso del sector privado– directamente fija<sup>39</sup>. De hecho, algunos TSJ han elaborado argumentaciones complejas que intentan dar sentido al Apartado 64 de la Sentencia *Montero Mateos*, determinando la procedencia de la indemnización propia del despido objetivo o la conversión del contrato en indefinido (fijo o no fijo, según el caso)<sup>40</sup>.

En este contexto, es necesario que nos planteemos si la remisión al juez nacional que hace el Tribunal de Justicia en este apartado de la sentencia *Montero Mateos* se trata de una declaración retórica de efectos puramente simbólicos o si, por el contrario, constituye una interpretación de la Directiva 1999/70/CE, que eventualmente podría desplegar efectos sobre el derecho interno, a través del principio de interpretación conforme o, en su caso, del efecto directo de determinados mandatos de la Directiva. En caso de que se considere que está interpretando el Derecho de la Unión, podría plantearse, asimismo, si se trata de una declaración *obiter dicta* o si en realidad forma parte de la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas.

La consideración de la relevancia jurídica de esta precisión del Tribunal de Justicia resulta problemática, porque el referido apartado parece combinar de un modo un tanto confuso la lógica de los dos grandes contenidos del Acuerdo Marco, a saber, la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos (Cláusula 4) y el establecimiento de límites al encadenamiento abusivo de contratos temporales (Cláusula 5)<sup>41</sup>, sin clarificar si existe alguna conexión aplicativa entre ellos.

Desde la perspectiva de la Cláusula 4, podría defenderse que el principio de igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos impone que, en caso de que se extinga un

---

<sup>37</sup> SJS nº 33 de Madrid, nº 260/2018 de 28-6-2018. En los Fundamentos de Derecho sexto a noveno, el Juzgado vincula expresamente su razonamiento al matiz del Apdo. 64 de la *Sentencia Montero Mateos* y en el noveno se hace referencia al principio de interpretación del ordenamiento interno conforme al ordenamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE.

<sup>38</sup> SSTSJ (Social) Madrid, nº 407/2018 de 8-6-2018; nº 607/2018 de 26-6-2018; nº 450/2018 de 21-6-2018; nº 470/2018 de 27-6-2018; nº 694/2018 de 20-7-2018; STSJ (Social) Castilla-La Mancha, nº 1090/2018; SSTSJ (Contencioso Administrativo) de Castilla-León, Valladolid, nº 791/2018 y nº 792/2018, las dos de 9-7-2018.

<sup>39</sup> STSJ (Social) de Galicia (Rec. 1160/20108) de 21-6-2018.

<sup>40</sup> Las SSTSJ (Social) de Valladolid, de 11-6-2018 (Rec. 833/2018), 12-7-2018 (Rec. 982/2018 y Rec. 1066/2018) y de 5-12-2018 (Rec. 1308/2018), reconocen el derecho a la indemnización propia del despido objetivo. Siguiendo el mismo razonamiento, pero apartándose posteriormente para declarar el contrato como indefinido pero no fijo en lugar de declarar la procedencia de la indemnización, STSJ (Social) de Madrid nº 607/2018 de 26-6-2018. Por su parte, la STS (Social) de 13-3-2019 (nº 207/2019), evita pronunciarse respecto a la posible conversión del contrato en indefinido por motivos procesales.

<sup>41</sup> Los primeros comentaristas de estas sentencias destacan las dudas interpretativas, e incluso la situación de inseguridad jurídica provocada por este inciso de la sentencia y en algunos casos advierten también que se produce una

contrato temporal de duración incierta que haya sido “inusualmente largo”, deberá abonarse la indemnización prevista para el despido por causas objetivas, puesto que en esas circunstancias decaería el argumento de la “previsibilidad” que opera como fundamento de la diferencia de trato<sup>42</sup>.

En este caso, la sentencia *Moreno Mateos* estaría incorporando una novedad muy significativa a la doctrina del TJUE que no se desprendería automáticamente del texto de la norma interpretada ni de la jurisprudencia anterior. Si hubiera sido así, el cumplimiento de unas exigencias mínimas de motivación le hubiera obligado a exponer la nueva doctrina a través de una argumentación teórica o abstracta antes de aludir a las circunstancias particulares del caso. De hecho, seguramente también hubiera sido exigible que se estableciera algún parámetro orientativo respecto a lo que debe considerarse como “duración inusualmente larga”. En cambio, aquí el Tribunal se refiere directamente al caso concreto que ha dado lugar a las cuestiones prejudiciales, sin precisar cuál podría ser la base jurídica de la posibilidad del juez nacional de recalificar la relación laboral. Esto nos indica que, en realidad, el Tribunal de Justicia no se estaba remitiendo a las consecuencias jurídicas de la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos.

Además de lo anterior, hay que tomar en consideración que en caso de que se apreciara discriminación, la consecuencia jurídica que procedería sería el devengo de la indemnización prevista para los despidos por causas objetivas (como sucedía en la sentencia *de Diego Porras I*). Sin embargo, en este caso, el Tribunal no se refiere a esta consecuencia, sino a la conversión del contrato en indefinido, que no se desprende automáticamente de la consideración de que la diferencia de trato sea “discriminatoria”; de hecho, si el contrato se considerara como “indefinido” no resultaría de aplicación la prohibición de discriminación prevista por la Directiva<sup>43</sup>. Ciertamente, en el ámbito de la Administración Pública, la calificación del contrato como “indefinido pero no fijo” podría implicar que, en caso de que realmente se cubriera la plaza por otra persona, se terminaría devengando esta misma indemnización –al menos con la actual jurisprudencia del TS–, pero eso no quiere decir que la calificación de “indefinido no fijo” derive de la prohibición de discriminación. Como regla general, la consecuencia normal de la extinción de un contrato aparentemente temporal, pero que se considera abusivo y que finalmente se califica como indefinido, habría de ser la consideración de que existe un despido improcedente y no el abono de la indemnización correspondiente al despido procedente.

---

suerte de trasvase entre el contenido de la Cláusula 4 y el de la Cláusula 5. A este respecto, *Vid.* Molina Navarrete, C., “La indemnización...” *Op. Cit.*, pp. 165-167; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M “La rectificación...”, *Op. Cit.* p. 572; De la Puebla Pinilla, A., *Op. Cit.* [ejemplar electrónico no paginado]; Pérez Rey, J., “Punto y final...”, *Op. Cit.* p. 9 [ejemplar electrónico].

<sup>42</sup> En este sentido, las SSTSJ (Social) de Valladolid, de 11-6-2018 (Rec. 833/2018) y 12-7-2018 (Rec. 982/2018 y Rec. 1066/2018) establecen, basándose en la sentencia *Montero Mateos* que procede el pago de la indemnización prevista para el despido objetivo cuando no existe fecha cierta y la duración del contrato -aunque sea uno solo- se prolonga por más de dos o tres años, según la interpretación que se adopte.

<sup>43</sup> Beltrán de Heredia, I., “Primeras reacciones al caso *Montero Mateos*: interinos de larga duración tienen derecho a 20 días de indemnización (TSJ CyL)”, entrada de blog de 17 de junio de 2018. <https://ignasibeltran.com/2018/06/17/primeras-reacciones-al-caso-montero-mateos-interinos-de-larga-duracion-tienen-derecho-a-20-dias-de-indemnizacion-tsj-cyl> [Consultado por última vez el 22-10-2018]. Discute la interpretación de la sentencia comentada del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, que parece afirmar que el contrato no es indefinido desde el punto de vista del derecho interno pero sí lo es a la luz del derecho de la Unión Europea, por lo que finalmente procedería la indemnización de 20 días en lugar de la recalificación.

En este contexto, podría parecer que el Apdo. 64 de la Sentencia *Montero Mateos* se refiere a la cláusula 5 y no a la cláusula 4, en la línea de lo que proponen las Conclusiones de la Abogado General<sup>44</sup>. En dichas conclusiones, se rechaza expresamente la propuesta de la Comisión de equiparar las relaciones laborales temporales de duración extraordinariamente larga a las de los trabajadores indefinidos (Apdo, 58), indicando que supondría un menoscabo significativo de la seguridad jurídica; así pues, de acuerdo con estas conclusiones, las conductas abusivas de los empleadores tendrían que combatirse a través de las medidas previstas en la cláusula 5, incluyendo la conversión del contrato en indefinido, sin confundir esta protección con el mandato de no discriminación de la cláusula 4 (Apdo. 59).

Ahora bien, no parece que el contenido la cláusula 5 pueda aplicarse directamente a un caso como el de la sentencia *Montero Mateos*, imponiendo automáticamente la conversión del contrato en indefinido sin tomar en consideración la regulación del derecho interno<sup>45</sup>. En efecto, el contenido la norma comunitaria se aplica al encadenamiento abusivo de contratos temporales, pero no a la prolongación abusiva de un único contrato<sup>46</sup>, como sería el que se prolongó desde febrero de 2008 hasta septiembre de 2016, si bien es cierto que hubo uno anterior y quizás desde este punto de vista podría defenderse el encadenamiento abusivo. Por otra parte, la Cláusula 5 se dirige a los Estados miembros y no resulta suficientemente precisa como para imponerse directamente a los empleadores (ni siquiera a los de naturaleza pública)<sup>47</sup>, al margen de las posibilidades que pueda ofrecer el principio de interpretación conforme. En tercer lugar, la Cláusula 5 no impone necesariamente la conversión en indefinidos de los contratos temporales que sean calificados como fraudulentos<sup>48</sup>; esta es solamente una de las posibilidades que se señalan para luchar contra la contratación temporal abusiva. Una vez más, no se ha planteado ningún razonamiento abstracto que ponga en cuestión estos parámetros de interpretación de la Directiva, que están bien asentados en la doctrina y en la jurisprudencia.

En este contexto, parece claro que el TJUE no ha pretendido llevar a cabo en este apartado una interpretación extensiva del Acuerdo Marco. Su intención no ha sido otra que la de exhortar al juez nacional para que tome en consideración las posibilidades del derecho nacional, teniendo en cuenta el contenido de la Cláusula 5 en caso de que se aprecie un encadenamiento abusivo entre dos contratos<sup>49</sup>. Como ya se ha mencionado, es muy probable que cualquier observador externo contemple como materialmente injusta la situación de una trabajadora que ha pasado más de 9 años al servicio de una Administración Pública y que, una vez cesada por cubrirse la vacante, no percibe la indemnización

<sup>44</sup> Conclusiones Generales de la Abogado General *Kokott*, de 20-12-2017.

<sup>45</sup> Por ello, no compartimos la lectura provisional que hace Beltrán de Heredia, I., “Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: ‘de Diego Porras I’ vs. ‘Montero Mateos’ y ‘Grupo Norte Facility’”, Información Laboral, nº 7, 2018 [ejemplar electrónico sin paginación]: “De algún modo, si lo he interpretado correctamente, parece que se estaría habilitando un criterio hermenéutico para posibilitar una conversión de los contratos temporales lícitos a indefinidos al margen de los supuestos (y requisitos) descritos en el art. 15.5 ET y la DA 15ª ET”.

<sup>46</sup> SSTJUE *Sciotto*, de 25 de octubre de 2018, C-331/17 (Apdo. 59); *Fiamingo* de 3-7-2014, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 (Apdo. 57); *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 90).

<sup>47</sup> *Vid.* Nota 51.

<sup>48</sup> SSTJUE *Santoro*, de 7-3-2018, C-494/16 (Apdo. 32); *Martínez Andrés y Castrejuna López*, de 14-9-2016, C-184/15 y 197/15 (Apdo. 39); *Mascolo* de 26-11-2014, C-22/13, 61 a 63/13 y 418/13 (Apdo. 80); *Fiamingo* de 3-7-2014, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 (Apdo. 65); *Huet* de 8-3-2012, C-251-11 (Apdo. 38); *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 107); *Marrosu y Sardino*, de 7-9-2006, C-53/04 (Apdo. 47).

<sup>49</sup> “En realidad, en el fondo de la construcción de los trabajadores temporales de inusual (atípica, anormal) larga duración, no se esconde sino el recelo de las autoridades comunitarias con el modelo español de contratación, que formalmente puede predicar la estabilidad, pero practica intensamente lo contrario”, Molina Navarrete, C., “La indemnización...”, *Op. Cit.*, p. 173.

prevista por el ordenamiento para la extinción por causas objetivas; esta situación se produce, además, en un sistema jurídico fuertemente disfuncional, que provoca rechazo en las instituciones europeas<sup>50</sup>. Por ello, el Tribunal de Justicia ha pretendido llamar la atención del juez nacional con objeto de que tome en consideración las posibilidades del derecho interno a través de una declaración puramente simbólica o retórica, que a nuestro juicio se ha sacado de contexto por parte de algunos órganos judiciales españoles. Esta interpretación se ha visto corroborada por la sentencia *de Diego Porras II*, que, a pesar de referirse exactamente al mismo supuesto de hecho de la *de Diego Porras I*, atribuye relevancia a la previsibilidad de la extinción en caso de reincorporación del trabajador sustituido (Apdo. 72), sin establecer ningún razonamiento paralelo a la sentencia *Montero Mateos*<sup>51</sup>.

A pesar de su carácter puramente simbólico, esta exhortación del Tribunal ha resultado relativamente eficaz, en tanto que el propio órgano judicial remitente terminó considerando que la relación era indefinida no fija, aplicando el art. 70 del EBEP, que establece un plazo máximo de tres años para la ejecución de las ofertas de empleo público. Si bien en este caso el juez de la instancia ha buscado apoyo retórico en la autoridad del TJUE y en el principio de interpretación conforme, en realidad podría haber llegado al mismo resultado sin necesidad de invocar la aplicación de la Directiva. Por otra parte, como ya se ha señalado, varios Tribunales Superiores de Justicia han llegado a soluciones similares. De hecho, podría incluso detectarse una cierta influencia “subliminal”, “subterránea” o indirecta de esta sentencia en las matizaciones que recientemente ha hecho el Tribunal Supremo respecto a la vinculación del contrato de obra o servicio con la duración de la contrata<sup>52</sup>.

#### 4. EL POSIBLE EFECTO DIRECTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE TRABAJADORES TEMPORALES E INDEFINIDOS

La agitación provocada en nuestro ordenamiento por la sentencia *de Diego Porras I* ha acentuado el interés de la doctrina académica y de los órganos judiciales respecto al posible efecto directo de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE. A pesar de que, finalmente, el TJUE ha señalado que la distinción en las indemnizaciones previstas para los contratos temporales y las establecidas para el despido por causas objetivas no vulnera el Derecho de la Unión Europea, sigue resultando oportuno plantearse esta cuestión en relación con otros problemas que pudieran producirse en el futuro.

Como es sabido, las Directivas se dirigen a los Estados miembros, que tienen la obligación de transponerlas al ordenamiento nacional y, por tanto, no imponen obligaciones directas a los ciudadanos. Ahora bien, una vez transcurrido el plazo de transposición,

<sup>50</sup> El 26 de marzo de 2015, la Comisión había enviado al Ministerio de Asuntos Exteriores español una carta de emplazamiento relativa a los numerosos incumplimientos de la Directiva 1999/70/CE.

<sup>51</sup> Además, el Tribunal parece inclinarse *prima facie* por la consideración de que las indemnizaciones de finalización de los contratos temporales no pueden considerarse como medidas orientadas a evitar el abuso en el encadenamiento de contratos temporales (Apos. 92-95), lo que, en el ámbito del ordenamiento interno español, ha sido corroborado en la STS (Social) de 13-3-2019 (nº 207/2019).

<sup>52</sup> Aunque las SSTS, nº 783/2018, 784/2018, 786/2018 y 787/2018 de 19-7-2018 y la STS nº 94/2018 de 11-10-2018 no mencionan a la *Montero Mateos*, existen ciertas similitudes terminológicas en la medida en que hacen referencia a las expectativas remotas de finalización del contrato debido a su duración inusualmente larga, como ha advertido Beltrán de Heredia, I., “SSTS (3) 19/07/18: acotación del contrato de obra y servicio vinculado a contrata (y, ¿primera aplicación -implícita- de la doctrina *Montero Mateos*)”, Entrada de blog de 9-10-2018, <<https://ignasibeltran.com/2018/10/09/ssts-3-19-07-18-acotacion-del-contrato-de-obra-y-servicio-vinculado-a-contrata-y-primera-aplicacion-implicita-de-la-doctrina-montero-mateos/>> [Última visita 23-10-2018].

en caso de que se incluyeran disposiciones de carácter preciso e incondicionado, estas podrían obligar directamente a todos los poderes públicos, incluyendo al poder judicial.

En lo que refiere a la Directiva 1999/70/CE, es evidente que Cláusula 5 (prohibición de encadenamientos abusivos) no puede desplegar efecto directo, dado que se limita a prever distintas posibilidades de regulación sin imponer obligaciones directas definidas con precisión<sup>53</sup>. Solo podría hablarse, por tanto, de “efecto directo” en relación con el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos establecido en la Cláusula 4<sup>54</sup>.

Por otra parte, el efecto directo de esta cláusula vincula exclusivamente a los poderes públicos, incluyendo, eso sí, a las entidades públicas cuando actúen en calidad de empleadoras<sup>55</sup>, pero no puede imponer obligaciones a los particulares, puesto que el TJUE ha negado de manera reiterada y contundente que pueda predicarse la “eficacia horizontal” de las directivas<sup>56</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial tiene dos importantes matizaciones, que no llegan a imponer el “efecto directo horizontal” en sentido estricto, pero que permiten llegar en algunos casos a resultados similares: el principio de interpretación conforme y la aplicación directa de los principios generales del Derecho de la Unión. En último término, por supuesto, si estos instrumentos no resultaran suficientes, los particulares podrían exigir al Estado una compensación económica.

El principio de interpretación conforme<sup>57</sup> impone al juez nacional la obligación de interpretar el ordenamiento interno de acuerdo con el contenido de la Directiva cuyo plazo de transposición se ha agotado y, por extensión, con la jurisprudencia del TJUE que lo clarifica. En este sentido, debe recordarse que en nuestro ordenamiento laboral existe un precepto legal –el art. 15.6 ET– que establece expresamente el principio de igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos. A partir de este precepto se podría trasladar fácilmente toda la jurisprudencia del TJUE relativa a la Cláusula 4 a los contratos temporales sometidos al régimen laboral; asimismo, debe recordarse que respecto de las relaciones de carácter administrativo, podría aplicarse en todo caso el efecto directo vertical. En este contexto, solamente cabe imaginar dos situaciones problemáticas: a) que el propio texto del art. 15.6 ET fuera declarado contrario a la cláusula 4 por el TJUE o, b), que nos encontráramos con una disposición de rango legal que estableciera diferencias injustificadas entre temporales e indefinidos y que pudiera, en principio, oponerse a lo establecido en el ET.

Estos problemas podrían abordarse a partir de la consideración de la igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos como un principio general del Derecho de la Unión, cristalizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En

<sup>53</sup> STJUE *Impact*, de 15-4-2008, C-268-06, Apdos. 69-79; *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 196). En todo caso, a través de los principios de interpretación conforme y de primacía del Derecho de la Unión -no del efecto directo- se podría llegar a la inaplicación de normas nacionales que fueran contrarias al contenido de la cláusula 5. *Vid.* STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdos 105, 121 y 124).

<sup>54</sup> A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que la cláusula 4 es suficientemente precisa e incondicionada [SSTJUE *Carratù*, de 12-12-2013, C-361/12 (Apdo. 28); *Valenza y otros*, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 70); *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdos. 78-90); *Impact*, de 15-4-2008, C-268-06 (Apdo. 68)].

<sup>55</sup> SSTJUE *Carratù*, 12-12-2013, C-361/12.

<sup>56</sup> SSTJUE *Marshall*, de 26-2-1986, C-152/84 (Apdo. 48); *Marleasing*, de 13-11-1990, C-106/89 (Apdo 6); *Faccini Dori*, de 14-7-1994 (Apdo. 20); *Centrosteeel*, de 13-7-2000, C-456-98 (Apdo. 15); *Wells*, de 7-1-2004, C-201/02 (Apdo. 56); *Pfeiffer y otros*, de 5-10-2004, C-397/01 a C-403/01 (Apdo. 108); *Kütükdeveci*, de 19-1-2010, C-555/07 (Apdo. 46); *Dominguez*, de 24-2-2012, C-282/10 (Apdo. 37); *AMS*, de 15-1-2014, C-176/12 (Apdo 36).

<sup>57</sup> Por todas, *Vid.* STJUE, *DI*, de 19-4-2016, C-441/14 (Apdos. 31 y ss.) y jurisprudencia citada.

efecto, a partir de la sentencia *Mangold* el Tribunal de Justicia reconoce la existencia de un principio general de igualdad de trato por razón de edad<sup>58</sup>, que posteriormente se ha ido extendiendo a otras causas de discriminación<sup>59</sup>. Este principio obliga al juez nacional a inaplicar las disposiciones de derecho interno que resulten discriminatorias, incluso en los litigios entre particulares, siempre que la resolución judicial a adoptar se produzca dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En un primer momento, este principio se hace derivar de manera un tanto precaria de los instrumentos internacionales y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Posteriormente, al entrar en vigor la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la jurisprudencia vincula este principio directamente con el art. 21.1 de esta declaración de derechos.

Ahora bien, la aplicación de los principios generales no es automática –al contrario de lo que sucede con la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo prevista en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, para poder hacer valer la primacía del principio general de no discriminación, el órgano judicial nacional debe estar resolviendo un asunto en el que resulte de aplicación el Derecho de la Unión (*Cfr.* Art. 51.1 CDFUE). Así pues, en lo que refiere a la prohibición de discriminación en las relaciones laborales, el supuesto enjuiciado debe estar incluido el ámbito de aplicación de una Directiva cuyo plazo de transposición haya finalizado<sup>60</sup>.

Esta exigencia podría llevarnos a pensar que el Tribunal de Justicia ha terminado aceptando el efecto directo horizontal de las directivas antidiscriminatorias, aunque a través de un razonamiento particularmente alambicado. Sin embargo, existe una diferencia significativa entre la aplicación de los principios generales y el efecto directo de las directivas que en ocasiones se pasa por alto. Los jueces nacionales están obligados a inaplicar las normas internas que resulten contrarias a la prohibición de discriminación en base a la primacía del Derecho de la Unión, pero ello no implica que puedan acudir directamente a este principio en los litigios entre particulares cuando no exista ninguna normativa interna de transposición, sustituyendo la necesaria intervención del poder legislativo o, en su caso, de la negociación colectiva, aplicando esta prohibición de discriminación como un mandato autónomo e independiente del ordenamiento nacional<sup>61</sup>. Aunque recientemente puede apreciarse una cierta tendencia del Tribunal a subrayar la aplicación directa del art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>62</sup>, hasta el momento, todas sus decisiones se refieren exclusivamente a la inaplicación de una normativa nacional discriminatoria en litigios entre particulares en virtud del principio de primacía y no al efecto directo sobre estos del contenido de las Directivas de manera autónoma y sin que exista transposición. Al mismo tiempo, subsiste en la jurisprudencia tanto la apreciación de que es necesario que la decisión judicial se refiera al ámbito de aplicación de una Directiva como la afirmación de que las Directivas no despliegan efecto directo vertical; mientras se mantengan estas dos aseveraciones, no

<sup>58</sup> SSTJUE *Mangold*, de 22-11-2005, C-144/04 (Apdos. 74-77); *Kücükdeveci*, de 19-1-2010, C-555/07, (Apdos 20-22 y 51-52); *DI*, de 19-4-2016, C-441-14 (Apdo. 22).

<sup>59</sup> La STJUE *Römer*, de 10-5-2011, C-147/08 se refiere a la orientación sexual, mientras que la STJUE *Egenberger*, de 17-4-2018, C-414/16, se ocupa de la religión.

<sup>60</sup> SSTJUE *Bartsch*, de 23-9-2008 (Apdo. 28), C-427/06; *Kücükdeveci*, de 19-1-2010, C-555/07, (Apdos. 23-25), y *Römer*, de 10-5-2011, C-147/08 (Apdo. 60). En el caso *Mangold*, no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva 2000/78/CE, pero la norma objeto de inaplicación se relacionaba con la Directiva 1999/70/CE.

<sup>61</sup> *Vid.* Conclusiones del Abogado General (Sr. Bot) en el caso *Kücükdeveci*, de 7-7-2009 (Apdo. 88).

<sup>62</sup> Esta tendencia se advierte de manera muy clara en el razonamiento de la la STJUE *Egenberger*, de 17-4-2018, C-414/16 (Apdos. 76-78), hasta el punto de que podría parecer que existe un cambio de doctrina. No obstante, deben tomarse en consideración las matizaciones que se hacen en la nota siguiente.

parece probable que el Tribunal pueda reconocer efecto directo pleno al art. 21.1 de la Carta<sup>63</sup>.

Una cuestión distinta es si la “prohibición de discriminación” señalada en la Directiva 1999/70/CE puede considerarse incluida en el art. 21.1 de la Carta, o si más bien debería remitirse al art. 20 (principio general de igualdad), cuyo “efecto directo” parece *a priori* más cuestionable, en tanto que resulta difícil exigir a los particulares un tratamiento absolutamente igualitario como el que se impone a los poderes públicos; así, por ejemplo en el ordenamiento español, se considera que la prohibición de discriminación vincula a los particulares pero que no lo hace el principio general de igualdad. El problema del encaje de este principio en el art. 21.1 de la Carta se ha planteado expresamente al TJUE como cuestión prejudicial en el caso *Grupo Norte Facility*, pero este omitió pronunciarse sobre la cuestión, en tanto que la pregunta estaba condicionada a la apreciación de una vulneración de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco y que, finalmente no se consideró que existiera dicha vulneración<sup>64</sup>. En cambio, en el caso *Vernaza Ayovi*<sup>65</sup>, el órgano judicial remitente había aludido solamente al art. 20 de la Carta, sin hacer mención al art. 21.1. En este caso, el Tribunal de Justicia asumió que la prohibición de discriminación entre trabajadores indefinidos y temporales es una concreción del principio reconocido en el art. 20 de la Carta, pero considera que, precisamente por eso, el asunto debe examinarse únicamente a la luz de la Directiva<sup>66</sup>, lo que en este caso no presentaba particular relevancia, dado que no se trataba de un litigio entre particulares.

En el marco de la doctrina académica española, parece que la mayoría de los autores se inclina por considerar que el principio de igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos se encuentra incluido en la cláusula abierta de prohibición de discriminación prevista en el art. 21.1 de la Carta<sup>67</sup>. No obstante lo anterior, al mismo tiempo, parece claro que esta prohibición de tratamiento desigual es de naturaleza distinta que las “causas de discriminación” basadas en características personales a las que se refieren las directivas antidiscriminatorias y, por eso, la generalidad de la doctrina normalmente le da, en la práctica, un tratamiento teórico diferenciado. En el mismo sentido, el TS español ha considerado expresamente que las diferencias de trato motivadas por la modalidad contractual no son análogas a las derivadas de las causas previstas en el art. 14 CE<sup>68</sup>. También en esta línea, el legislador español se refiere a la igualdad de trato entre

<sup>63</sup> En este sentido, pueden consultarse las Conclusiones del Abogado General, Sr. Bobek en el asunto *Cresco*, 25-7-2018 (en particular, Apdos. 117-118, 127 y ss. y 140 y ss.) En concreto, el Apdo. 127 señala que “no hay ningún elemento en la sentencia Egenberger [...] que confirme que el artículo 21, apartado 2, de la Carta tiene “efecto directo horizontal” en el sentido de poder constituir, por sí mismo, una fuente autónoma de derechos que genere las correspondientes obligaciones en otro particular en un litigio de Derecho civil”.

<sup>64</sup> En las Conclusiones al caso, de 20-12-2017, la Abogado General, Sra. Kokott, considera que el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos se vincula tanto al principio de igualdad (art. 20) como a la prohibición de discriminación (art. 21), pero al mismo tiempo manifiesta que el principio general mencionado en la Carta tiene el mismo efecto que el principio especial que se menciona en la Directiva (Apdo. 82). No queda claro si admite o no el efecto directo horizontal de este principio especial, aunque de la lectura de las conclusiones parece deducirse que la respuesta sería negativa.

<sup>65</sup> *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17.

<sup>66</sup> En este caso el Tribunal sigue el razonamiento de las conclusiones de la Abogado General, señora Kokott (Apdo 100), que a su vez se remiten a sus propias conclusiones en *Grupo Norte Facility*.

<sup>67</sup> Cruz Villalón, J., “Aspectos cruciales del contrato de trabajo para obra o servicio determinado”, en AAVV (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), *Las modalidades de contratación temporal: libro homenaje al profesor Francisco J. Prados de Reyes*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018, pp. 262-263; Molina Navarrete, C., “La indemnización...”, *Op. Cit.*, p. 171; Pérez Rey, “Los derechos retributivos...”, *Op. Cit.*, p. 151; Gómez Gordillo, R., *Op. Cit.*, p. 254; Preciado Domènech, C.H., *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras I, Pérez López y Martínez Andrés*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 31, 40 y 55.

<sup>68</sup> SSTS 16-12-2010 (Rec. 44/2010), 21-9-2010 (Rec. 49/2010), 27-9-2006 (Rec. 294/2005), 27-9-2004 (Rec. 4506/2003), 28-5-2004 (Rec. 2030/2003) y 2-6-2003 (Rec. 3738/2002).



temporales e indefinidos en preceptos distintos a los que se refieren a la discriminación derivada de características personales o sociales [así, por ejemplo, *Cf*: Art. 15.6 ET con los arts. 4.2 c) y 17.1 ET].

Este problema interpretativo se debe a que no se ha distinguido suficientemente entre la discriminación en sentido estricto y otras desigualdades injustificadas prohibidas por el ordenamiento interno o comunitario. La “discriminación”, entendida en sentido restringido, se refiere a categorías personales y sociales que se utilizan para configurar grupos humanos que sufren o pueden sufrir desigualdades sistemáticas en el contexto de la sociedad. El tratamiento peyorativo basado en la adscripción a estas categorías lesiona en todo caso la dignidad humana y, además, despliega –real o potencialmente– efectos “colectivos” que trascienden el interés particular de los individuos afectados, puesto que contribuye a reforzar las desigualdades sistemáticas que existen entre los grupos humanos; así, por ejemplo, la discriminación de una mujer en un momento dado retroalimenta la desigualdad sistemática que sufren las mujeres como grupo social. Por eso, normalmente, cuando se alega discriminación por alguna de estas causas, la justificación de la diferencia de trato impugnada consiste precisamente en excluir la existencia de discriminación, demostrando que la causa de la desigualdad es totalmente ajena a la adscripción a estas categorías. En cambio, las modalidades contractuales no son categorías sociales, sino más bien categorías jurídicas, concebidas precisamente para la diferencia de trato, de modo que el tratamiento desigual se justifica, al contrario que en el caso anterior, argumentando que se ha aplicado el contenido jurídico de la categoría y, en todo caso, que este contenido responde a la finalidad social o económica que ha motivado la configuración de una modalidad contractual específica. En estos supuestos, cuando la desigualdad se considera injustificada, podría haber una lesión de la dignidad, pero se trataría, en todo caso, de una lesión individual que no afectaría, en principio, a las relaciones entre los grupos sociales.

Ahora bien, en ocasiones las categorías jurídicas se utilizan como “rasgos distintivos” para construir e identificar categorías sociales, aplicándoles una serie de estereotipos, prejuicios, roles sociales y expectativas. Así sucede, por ejemplo, con la nacionalidad como dato jurídico, que se puede utilizar para identificar categorías relativas al origen nacional y también con el posible uso del “estado civil” en el ámbito laboral, más allá de sus efectos puramente iusprivatistas. En este sentido, es perfectamente posible que en determinados contextos –especialmente en el ámbito de la Administración Pública– las modalidades temporales se configuren como rasgos distintivos que se utilicen para construir colectivos de personas de *status* socio-jurídico y simbólico degradado sobre los que se descargue la mayor parte de las necesidades de flexibilidad y sobre los que podrían existir estereotipos, prejuicios, roles sociales y expectativas que van más allá del dato jurídico de la modalidad contractual. Esto no implica, empero, que toda diferencia ilícita entre trabajadores temporales e indefinidos pueda enmarcarse en términos teóricos en el principio de no discriminación entendido en sentido estricto. Se trataría en todo caso de una desigualdad injustificada que en ocasiones puede resultar también discriminatoria, desde una perspectiva constitucional interna.

En todo caso, más allá de las diferencias teóricas que podamos establecer entre el principio de igualdad de trato entre temporales e indefinidos y la prohibición de discriminación asociada a categorías sociales, el problema que nos ocupa se refiere más bien a la interpretación del Derecho de la Unión Europea, que no necesariamente es coherente con estos parámetros dogmáticos.

En este sentido, la marcada distinción que hace la Carta entre principio de igualdad (art. 20) y prohibición de discriminación (art. 21.1) contrasta con la indefinición –e incluso confusión– que se aprecia entre estos dos conceptos en el Derecho derivado, e incluso en algunos casos, en la propia jurisprudencia del TJUE. Así, las Directivas antidiscriminatorias se configuran como concreciones o manifestaciones del “principio de igualdad de trato” que se termina definiendo en su articulado como la ausencia de discriminaciones directas o indirectas por los motivos expresamente indicados. Al mismo tiempo, la palabra “discriminación” se usa de manera impropia en la configuración de la llamada “discriminación por nacionalidad” (Cfr. Art. 21.2 CDFUE), que no se dirige directamente a proteger la dignidad humana –común a todos los seres humanos–, sino que está al servicio de la libre circulación de trabajadores o de personas de determinadas nacionalidades; asimismo, el propio Tratado de Funcionamiento hace referencia al término “discriminación” en relación con la política comercial (Cfr. arts. 36, 37 y 40 TFUE). Ciertamente, la Directiva utiliza también la palabra “discriminación” para referirse a las distinciones entre trabajadores temporales e indefinidos, pero luego el esquema básico de justificación que construye la jurisprudencia se remite, como veremos, al principio general de igualdad tal y como se ha construido más allá del ámbito de los derechos fundamentales<sup>69</sup>.

En este contexto, hay que considerar que en el ámbito de la UE existe un concepto amplio de “discriminación” que se refiere a todas las desigualdades expresamente prohibidas por el Derecho de la Unión y que abarca las que se refieren a la adscripción a categorías sociales (que son las referidas en el 21.1 CDFUE), pero también a otras formas de desigualdad injustificadas, como la diferencia entre trabajadores temporales e indefinidos. En este último caso, la prohibición de “discriminación” es una concreción del principio general de igualdad reconocido por la jurisprudencia del TJUE y materializado en el art. 20 CDFUE; de hecho, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente este valor de principio general de la Cláusula 4 de la Directiva<sup>70</sup>. Este principio general solo genera efectos en los litigios entre particulares cuando haya sido objeto de concreción en el Derecho derivado –y se haya convertido, por tanto, en un principio específico–, dado que la Carta solo puede imponerse a los poderes públicos de los Estados miembros cuando estos apliquen el Derecho de la Unión. Así, por ejemplo, el Derecho de la Unión impone la igualdad entre temporales e indefinidos, pero no la igualdad entre distintos tipos de trabajadores temporales (al margen de que esta pueda venir exigida por las constituciones de los Estados miembros). Una vez concretado el principio general de igualdad en una norma de derecho derivado, genera el “efecto directo” limitado al que hemos hecho referencia anteriormente, esto es, desencadena la inaplicación de las disposiciones nacionales que sean contrarias a él incluso en los litigios entre particulares. Por todo ello, la atribución de efecto directo al art. 20 de la Carta no implica que se imponga a los particulares una obligación de tratamiento igualitario equiparable a la de las Administraciones Públicas.

Así pues, la combinación de la interpretación conforme del ordenamiento nacional (en particular, del art. 15.6 ET) y de la inaplicación de las disposiciones internas que resultaran contrarias al principio general de no discriminación implica que toda la

<sup>69</sup> En este sentido, *Vid.* Apdo. 65 de la STJUE *Rosado Santana*, de 8-9-2011, C-17/10. Esta sentencia se remite directamente al marco teórico de la STJUE *Egenberger* de 11-7-2006, C-313/04, que se refiere a la “discriminación” en el contexto de la política agrícola común y no a la prohibición de discriminación como un derecho fundamental.

<sup>70</sup> SSTJUE *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007, C-307/05 (Apdo. 38); *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdo. 49); *Carratù*, de 12-12-2013C-361/12 (Apdo. 33); *Nierodzik*, de 13-3-2014, C-38/13 (Apdo. 24); *Grupo Norte Facility*, de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 38); *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 23).

jurisprudencia del TJUE relativa a la igualdad de trato entre temporales e indefinidos se puede aplicar directamente a los litigios entre sujetos privados, de modo que, en la práctica, el resultado es prácticamente el mismo que cuando se aplica el efecto directo vertical a las relaciones laborales o administrativas con entidades públicas.

## 5. LAS DEFICIENCIAS DEL ESQUEMA DE JUSTIFICACIÓN DE LAS DESIGUALDADES

El análisis de las sentencias del TJUE más recientes pone de manifiesto que existen algunos defectos teóricos en la formulación de la doctrina del Tribunal respecto al esquema abstracto de justificación de las desigualdades entre temporales e indefinidos. Estos defectos han influido en la valoración errónea del ordenamiento español que hizo la sentencia *de Diego Porras I*, pero también han afectado a la coherencia de la argumentación de otras sentencias. Así, por ejemplo, en las sentencias *Montero Mateos*, *Grupo Norte Facility* y *Diego Porras II* se afirma al mismo tiempo que no existe diferencia de trato y que concurre una justificación objetiva y razonable que legitima esa diferencia<sup>71</sup>, por más que ambas proposiciones sean lógicamente incompatibles entre sí. Por otra parte, tanto en estas sentencias como en otras en las que se aprecia la razonabilidad de la distinción, se produce una cierta inconsistencia en la argumentación, porque se terminan apreciando causas de justificación que no se habían enunciado en la descripción teórica previa de las posibles razones objetivas para la diferencia de trato.

Como es habitual en el ámbito judicial, el TJUE suele construir su doctrina abstracta a través de un proceso de “aluvión”, esto es, de acumulación sucesiva de argumentos que se van generando progresivamente al hilo de los distintos casos enjuiciados y que se traspasan casi automáticamente de las sentencias más antiguas a las más modernas. En estos casos existe un riesgo de que los argumentos se terminen superponiendo mecánicamente, sin articularse suficientemente entre sí o con los hechos de cada supuesto concreto, generando disfunciones entre la teoría y el caso al que supuestamente se aplica. En nuestra opinión, esto último es lo que ha sucedido en esta materia. Para comprender mejor esta valoración, es preciso analizar con cierta profundidad el contenido de la doctrina del Tribunal sobre la justificación de la diferencia de trato.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, a partir de la sentencia *Rosado Santana*<sup>72</sup>, la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos se entronca en el marco teórico del principio general de igualdad de trato (tal y como se había construido en otros ámbitos de la política comunitaria). Así, se afirma que “el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado”. Se trata de una definición muy abstracta y de

---

<sup>71</sup> Cfr. Apdos. 62 y 63 de la *Montero Mateos*, 59 y 60 de la *Grupo Norte Facility* y 72 y 73 de la *Diego Porras II*. En cambio, en la STJUE *Cobra Servicios Auxiliares SA*, de 11-4-2019 (C-29/18, C-30/19 y C-44/18), se considera que existe una situación comparable entre los trabajadores temporales e indefinidos que desempeñaban las mismas funciones en el marco de una contrata (Apdos. 43-44), pero se estima que existe una diferencia objetiva que justifica la diferencia de trato (Apdos. 45-53).

<sup>72</sup> STJUE *Rosado Santana* de 8-9-2011, C-177/10 (Apdo. 65). Esta sentencia se remitía a la jurisprudencia sobre el principio de igualdad que se había producido en relación con la prohibición de discriminación prevista en el antiguo Tratado de Roma respecto a la Política Agrícola Común: SSTJUE *Egenberger*, de 11-7-2006, C-313/04 (Apdo. 33); *Kerlast*, de 17-4-1997, C-15/97 (Apdo. 35); *Karlsson y otros*, de 13-4-2000, C-292/97 (Apdo. 39); *Niemann*, de 30-3-2006, C-14/01; *España/Consejo*, de 30-3-2006, C-87/03 y C-100/03 (Apdo. 48).

carácter filosófico, pues se relaciona con el clásico apotegma de la justicia distributiva, que consistiría en tratar igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales.

Ahora bien, como se ha visto, este principio general no se aplica a todas las situaciones imaginables, sino exclusivamente a los ámbitos específicos regulados por el Derecho de la Unión. Estos casos se refieren invariablemente a determinadas prohibiciones específicas de tratamiento diferenciado de situaciones comparables, que normalmente se denominan “discriminación”; en cambio, no hay ninguna prohibición específica de tratamiento idéntico de situaciones diferentes. En la discriminación en sentido estricto –la que se refiere a la adscripción a categorías sociales–, no siempre es necesario aportar un término de comparación, aunque esto pueda ser conveniente a efectos estratégicos. Basta con que se verifique un trato peyorativo que pueda atribuirse a la pertenencia al grupo social victimizado; así, por ejemplo, el despido por embarazo resulta discriminatorio sin necesidad de buscar una situación comparable. En cambio, en el resto de prohibiciones específicas asociadas al principio general de igualdad, es absolutamente necesario identificar una situación comparable respecto de la que pueda predicarse una diferencia de trato peyorativa. Así sucede, como veremos a continuación, en relación con el mandato de igualdad de tratamiento entre temporales e indefinidos.

### 5.1. La situación comparable

En el caso concreto de la Directiva 1999/70/CE se establece lo siguiente: “Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”. En este caso, la situación comparable se define por un elemento subjetivo, que es “el trabajador fijo comparable”, pero también –aunque esto es menos evidente–, a partir de un elemento objetivo, que son las condiciones de trabajo comparadas. En caso de que, tanto los sujetos como las condiciones de trabajo desiguales sean comparables, existirá una “situación comparable”, de modo que será necesario analizar si existe una causa objetiva para la diferencia de trato que se ha identificado.

En lo que refiere al elemento subjetivo, la Cláusula 3.2 del Acuerdo Marco define al “trabajador fijo comparable”, indicando que se trataría de un trabajador con contrato indefinido que lleve a cabo un trabajo “idéntico o similar”, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En principio, este trabajador comparable habría de ubicarse en el mismo centro de trabajo y, en caso de que no hubiera ningún trabajador comparable en el centro, tendría que acudir al convenio colectivo aplicable o, en su defecto, a las prácticas nacionales. La jurisprudencia del TJUE se remite a la valoración que haga el juez nacional, tomando en consideración diversos factores, como la “naturaleza del trabajo”, “las condiciones de formación” y las “condiciones laborales”<sup>73</sup>.

En cambio, el Tribunal de Justicia no ha profundizado en los requisitos para poder comparar las condiciones de trabajo. Ciertamente, se ha ocupado de delimitar el concepto de “condiciones de trabajo”, adoptando una interpretación muy amplia, pero no ha establecido parámetros que nos permitan identificar cuándo nos encontramos ante condiciones que puedan compararse entre sí. Esto se debe sencillamente a que, en la mayoría de los casos, este aspecto no presenta especiales problemas. Así, por ejemplo, es evidente que no puede compararse el salario de un trabajador temporal con la jornada de

<sup>73</sup> SSTJUE *Vernaza Ayovi* (Apdo 34); *Grupo Norte Facility* de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo 48);

un trabajador indefinido; al tratarse de condiciones de trabajo distintas, no tiene sentido afirmar que existe una diferencia de trato.

Sin embargo, la falta de consideración de este aspecto de manera explícita es el problema teórico básico que está en la raíz de la mayoría de los efectos disfuncionales de las sentencias en las que se compara la indemnización por la extinción de los contratos temporales con la indemnización propia del despido por causas objetivas<sup>74</sup>. Los trabajadores con contratos temporales pueden ser despedidos por causas objetivas y, en tal caso, perciben la misma indemnización que los indefinidos. Las indemnizaciones asociadas a la extinción de los contratos temporales no pueden compararse con la indemnización derivada del despido por causas objetivas, dado que son condiciones de trabajo distintas, como sucede en el caso enjuiciado en la sentencia *Carratù*<sup>75</sup>. Por ese motivo, desde la perspectiva de las indemnizaciones, en principio, no existe ninguna diferencia de trato (Apdo. 62 de la Sentencia *Montero Mateos*, 59 de la Sentencia *Grupo Norte Facility* y 73 de la *Diego Porras II*). Ahora bien, si no existe diferencia de trato, lógicamente, tampoco tiene sentido plantearse si existe justificación objetiva, como se hace en estas sentencias, al contrario que en la *Carratù*. No obstante lo anterior, podría identificarse una diferencia de trato si el foco de comparación se pone en las causas de extinción y no en la indemnización en sí misma considerada; en efecto, si nuestro ordenamiento estableciera causas de extinción específicas para los contratos temporales que, en la práctica, fueran equivalentes a las previstas para el despido objetivo y que, por ello, permitieran eludir la aplicación del régimen protector de esta institución, sustituyéndolo por otro menos favorable, sería necesario aportar algún tipo de justificación para esta previsión. De cualquier modo, para afrontar debidamente este problema particular, es necesario analizar el esquema de justificación que ha utilizado el Tribunal en la generalidad de los casos que se le han presentado.

## 5.2. Las “razones objetivas”

Respecto a la configuración de las “razones objetivas” que permiten justificar la diferencia de trato, el Tribunal de Justicia ha optado por reproducir automáticamente la doctrina que previamente había construido en torno a las “razones objetivas” para la renovación de los contratos temporales sucesivos, mencionadas en la Cláusula 5.1 a)<sup>76</sup>.

En esta línea, el primer parámetro que establece el TJUE es que la desigualdad entre temporales e indefinidos no se justifica por el mero hecho de que la diferencia de trato esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio

<sup>74</sup> Antes de que esto sucediera, ya se había apuntado que el excesivo énfasis en el trabajador comparable podía dificultar la comparación cuando esta hubiera de ser más global; en este sentido, *Id.*, Aimo, Mariapaola, “In Search of a ‘European Model’ for Fixed-term Work in the Name of the Principle of Effectiveness”, p. 247, *European Labour Law Journal*, Vol. 7, nº 2, 2016.

<sup>75</sup> STJUE *Carratù*, 12-12-2013, C-361/12 (Apdo 44), donde se hace referencia a la ausencia de situación comparable sin partir de una elaboración teórica previa. En cambio, en la STJUE *Nierodzik*, de 13-3-2014, C-38/13 (Apdos. 29 y ss), se equiparan automáticamente el preaviso de la resolución de los contratos temporales y el previsto para la extinción de los contratos indefinidos; es posible que en este caso la solución sea la correcta, pero hubiera sido oportuno reflexionar sobre los motivos que permiten comparar estas dos condiciones de trabajo en relación con la normativa polaca. Por otra parte, la STJUE *Cobra Servicios Auxiliares SA*, de 11-4-2019 (C-29/18, C-30/19 y C-44/18) considera que pueden compararse las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos temporales con las de las indemnizaciones por despidos cuando ambas se deben a la finalización de una contrata; no se argumenta suficientemente esta afirmación, porque el problema se reconduce erróneamente al dato de que unos y otros trabajadores realizaban las mismas funciones –lo que resultaba irrelevante a estos efectos porque, en este caso, no guardaba ninguna relación con la extinción– en lugar de ocuparse del problema de si la causa última de las extinciones era, en realidad, la misma.

<sup>76</sup> Esto se hace a partir de la STJUE *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007, C-307/05 (Apdos. 52-56), que se remite a los criterios de la STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdos. 58-75).

colectivo<sup>77</sup>. Este criterio presenta una mayor relevancia en lo que refiere a los requisitos para la renovación de los contratos temporales, pero también puede desplegar una cierta eficacia en sede del principio de igualdad, en la medida en que contribuye a evitar que se utilicen formalismos vacíos para eludir la exigencia de razones objetivas para la diferencia de trato. Ciertamente, las normas internas pueden establecer desigualdades entre trabajadores temporales e indefinidos, pero solo podrán hacerlo cuando existan circunstancias objetivas que lo justifiquen.

En segundo lugar, la jurisprudencia exige que las circunstancias objetivas que justifican la diferencia de trato estén configuradas por “elementos precisos y concretos que caracterizan a la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes”<sup>78</sup>. A nuestro juicio, estos criterios son tan amplios y ambiguos que, en realidad no proporcionan una orientación significativa a los órganos judiciales nacionales y, de hecho, tampoco parecen haber influido en el enjuiciamiento concreto de los casos por parte del Tribunal de Justicia, más allá de contribuir a delimitar en negativo el criterio anteriormente mencionado de que no basta la previsión en una norma abstracta para que concurren razones objetivas. En realidad, estas expresiones operan a grandes rasgos como un mero envoltorio retórico de calificativos positivos que podrán atribuirse o no *a posteriori* a las circunstancias objetivas que se hayan alegado en cada caso en función de cuál haya sido la decisión final del órgano judicial.

Ahora bien, en el texto de las sentencias, estas expresiones genéricas y ambiguas se remiten la finalidad última de “verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto”; de este modo, el TJUE se refiere a un juicio de ponderación más concreto, que recuerda al esquema previsto en las directivas antidiscriminatorias para justificar la discriminación indirecta, puesto que menciona la concurrencia de un objetivo legítimo y de una relación de adecuación y de necesidad entre la diferencia de trato y la consecución de dicho objetivo. No parece, sin embargo, que el Tribunal de Justicia utilice realmente este esquema de razonamiento en la resolución de casos concretos<sup>79</sup>. En cambio, en estas definiciones abstractas no se hace referencia expresa al criterio de proporcionalidad, que, sin embargo, se utiliza en la práctica cuando se considera que pueden existir razones

<sup>77</sup> SSTJUE *de Diego Porras II* de 21-9-2018, C-619/17 (Apdo. 67); *Motter* de 20-9-2018 C-466-17 (Apdo 36); *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 38); *Grupo Norte Facility* de 5-6-2018, C-574/16. (Apdo. 53); *Montero Mateos* de 5-6-2018, C-677/16 (Apdo. 56); *Regojo Dans*, de 9-7-2016, C-177/14 (Apdo. 54); *Valenza* y otros, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 50); *Rosado Santana*, de 8-9-2011, C-17/10; *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdo. 54); *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, de 22-4-2010, C 486/08 (Apdo. 44) *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007, C-307/05 (Apdo. 57); ATJUE *Centro Meléndez*, de 22-3-2018, C-315/17 (Apdo. 62). En el marco de la prohibición de encadenamiento abusivo, esta doctrina tiene su origen en la STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apos. 71 y 74) y se reitera posteriormente en numerosas sentencias.

<sup>78</sup> SSTJUE *Cobra Servicios Auxiliares SA*, de 11-4-2019 (C-29/18, C-30/19 y C-44/18); *de Diego Porras II* de 21-9-2018, C-619/17 (Apdo. 68); *Motter* de 20-9-2018 C-466-17 (Apdo. 37) *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 39); *Grupo Norte Facility* de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 54); *Montero Mateos* de 5-6-2018, C-677/16 (Apdo. 57); *de Diego Porras I I* de 14-9-2016 (Apdo. 45); *Regojo Dans*, de 9-7-2016, C-177/14 (Apdo. 55); *Valenza* y otros, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 51); *Rosado Santana*, de 8-9-2011, C-17/10; *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdo. 55); *del Cerro Alonso*, de 13-9-2007 C-307/05 (Apdo. 53). En el ámbito del encadenamiento abusivo, la doctrina aparece en la STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdo. 74) y se repite en numerosas sentencias posteriores.

<sup>79</sup> Así, por ejemplo, a STJUE, *Motter* de 20-9-2018 C-466-17 menciona estos parámetros, pero luego se limita a decir que existe una “necesidad auténtica” (Apos. 47 y 48), sin analizar el resto de los requisitos; la STJUE *Cobra Servicios Auxiliares SA*, de 11-4-2019 (C-29/18, C-30/19 y C-44/18) –entre otras- menciona el esquema de justificación (Apdo. 46) pero no lo aplica en absoluto.

objetivas para la diferencia de trato, pero que estas se han aplicado de manera excesiva<sup>80</sup>. Ciertamente, esta proporcionalidad podría entenderse incluida en el juicio de necesidad, pero, una vez más la conexión entre la descripción del esquema y la resolución del caso concreto no es explícita.

En relación con el concepto de “razones objetivas” previsto en relación con la prohibición de encadenamiento abusivo, el TJUE añade un elemento adicional, consistente en que “el recurso a la mera naturaleza temporal de servicio [...] no puede constituir una razón objetiva”, puesto que ello “privaría de contenido a los objetivos de la Directiva”<sup>81</sup>, conectando así con la literalidad de la Cláusula 4 de la Directiva, que prohíbe el tratamiento diferenciado “por el mero hecho de tener un contrato de duración diferenciada”. Estas afirmaciones se orientan, una vez más, a evitar que la exigencia de justificación pueda ser soslayada a partir de razonamientos circulares y puramente formales, desconectados de la realidad objeto de regulación, que terminen vaciando de contenido la prohibición de discriminación, al producir la ilusión de que la diferencia de trato se justifica siempre a sí misma (verbigracia, “es posible establecer diferencias entre trabajadores temporales e indefinidos porque los trabajadores temporales no son indefinidos”).

Esta doctrina de la irrelevancia de la alegación del carácter temporal de la relación se plantea por primera vez en la sentencia *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*<sup>82</sup> en relación con la denegación de complementos de antigüedad (trienios) a funcionarios interinos basándose exclusivamente en la temporalidad del contrato, dado que uno de los órganos remitentes preguntaba expresamente si esta causa, por sí sola podía justificar la exclusión de la percepción de estas cantidades. En este caso era evidente que la condición de trabajo afectada no estaba directamente conectada con la temporalidad de la relación; ciertamente, si la duración de la relación temporal se atuviera a criterios razonables, la acumulación de trienios parece difícil o imposible, pero si, de un modo u otro –en este caso, debido a las disfuncionalidades del sistema español– esta antigüedad se alcanza, no hay ninguna razón para negar el pago de los trienios a estos funcionarios.

El problema es que, en la formulación abstracta de esta doctrina, no se distingue suficientemente entre el uso circular de la *mera* referencia a la temporalidad del contrato y un uso legítimo de la invocación de la temporalidad del contrato, que responda a la lógica del principio de igualdad, según la cual, los trabajadores temporales pueden tener condiciones de trabajo distintas cuando ello realmente se desprenda de la duración limitada de su contrato o de la finalidad jurídica subyacente a la configuración de la modalidad temporal utilizada.

Estas afirmaciones se van “arrastrando” de una sentencia a otra, hasta que se terminan sacando de contexto en el caso *de Diego Porras I*, donde se convierten en el núcleo básico de la argumentación sobre la que se sostiene el carácter discriminatorio de las disposiciones nacionales analizadas (Apdos. 45-47). En este caso, al contrario que en los demás en los que se había reproducido esta afirmación, el carácter temporal de la relación resultaba relevante para justificar la diferencia de trato, si esta se remitía, como hemos propuesto anteriormente, a la causa de la extinción del contrato. Es lógico que el contrato

<sup>80</sup> ATJUE Álvarez Santirso, de 21-9-2016, C-631/15, (Apdo. 57); *Valenza* y otros, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 62).

<sup>81</sup> SSTJUE *Motter*, de 20-9-2018 C-466-17 (Apdo. 38); *de Diego Porras I* de 14-9-2016, Asunto C-596/14 (Apdo. 47); *Regojo Dans*, de 9-7-2016, C-177/14 (Apdos. 56 y 57); *Rosado Santana* de 8-9-2011, C-177/10 (Apdo. 74); *Valenza* y otros, de 18-10-2012, C-302/11 a C-305/11 (Apdo. 52); *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09 (Apdos. 56 y 57); ATJUE *Centero Meléndez*, de 22-3-2018, C-315/17 (Apdo. 63).

<sup>82</sup> STJUE *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22-12-2010, C-444/09.

de un trabajador interino se extinga cuando se reincorpore el trabajador sustituido, porque este es precisamente el contenido jurídico diferenciado que implica la configuración de una modalidad contractual específica de interinidad por sustitución. Por otra parte, la finalidad que subyace a esta modalidad contractual no es otra que matizar la regla general de la estabilidad en el empleo para proporcionar una mayor flexibilidad al empleador en caso de que tenga que sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo o cubrir temporalmente una vacante. Por ello, carece de sentido equiparar el régimen de estabilidad del contrato de interinidad con el previsto para el contrato indefinido<sup>83</sup>.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia advierte el error que ha cometido, pero no clarifica el problema teórico, sino que se limita a omitir—por motivos retóricos—la referencia a la irrelevancia de la naturaleza temporal del servicio, en tanto que en apariencia parece oponerse a la solución que finalmente se adopta. En efecto, en la mayoría de las sentencias posteriores del Tribunal (*Montero Mateos*, *Grupo Norte Facility*, *Vernaza Ayovi*, *Diego Porras II* y *Cobra Servicios Especiales SA*, pero no en la *Motter*), desaparece totalmente esta referencia. El problema vuelve a aparecer una vez más en la sentencia *Viejobueno Ibáñez/de la Vara González*, donde el TJUE por primera vez declara de manera expresa y contundente que los motivos inherentes a la temporalidad del contrato son causas justificadas para la diferencia de trato (Apdos. 45-48), pero no se razona suficientemente la compatibilidad de esta afirmación con la consideración de que la mera naturaleza temporal de la relación no permite justificar, en sí misma, el tratamiento diferenciado.

La falta de reconocimiento explícito del papel justificativo de la naturaleza del contrato temporal en las sentencias anteriores a la *Viejobueno Ibáñez* ha provocado problemas muy graves en el esquema de justificación, porque, en realidad, no parece posible concebir otros motivos “razonables” que puedan legitimar la diferencia de trato<sup>84</sup>. Por eso, para concretar la definición de “razones objetivas”, el Tribunal termina acudiendo a los motivos específicos que había identificado respecto a la renovación de los contratos temporales, a pesar de que estos se refieren a una situación completamente distinta; el problema se agrava por el hecho de que estos motivos también presentan dificultades de aplicación en la propia institución para la que fueron enunciados, dado que se habían planteado con particular imprecisión.

En este sentido, el Tribunal alude a la naturaleza de las tareas para las que se celebraron estos contratos, las características inherentes a estas tareas y la persecución de un objetivo legítimo de política social<sup>85</sup>. Lógicamente, la “naturaleza de las tareas” es lo mismo que “las características inherentes a las mismas”, así que no hay tres motivos, como podría parecer a primera vista, sino solamente dos.

Esta referencia a la naturaleza de las tareas parece de difícil aplicación al contexto del principio de igualdad de trato entre temporales e indefinidos, dado que, si las tareas son diferentes a las realizadas por el trabajador que se ha tomado como base para la comparación, entonces seguramente este no sea un trabajador comparable en los

<sup>83</sup> En cambio, cuando se despidе a un trabajador contratado por obra o servicio determinado en base a la “reducción de la contrata”, como hemos señalado anteriormente, se está aplicando una causa de extinción equivalente a las causas objetivas previstas en el art. 52 c) ET que no está predeterminada en el contrato y que no tiene que ver con la finalidad que motiva la admisión de esta modalidad.

<sup>84</sup> Gómez Gordillo, R., *Op. Cit.*, p. 243 destaca que el propio texto de la Directiva implica que el trabajador comparable realice un trabajo idéntico o similar y que, asimismo, impide que el carácter temporal de la relación pueda ser tomado en consideración. Estas circunstancias, unidas, dificultan enormemente la alegación de causas objetivas.

<sup>85</sup> SSTJUE *Vernaza Ayovi* de 25-7-2018, C-96/17 (Apdo. 39); *Grupo Norte Facility* de 5-6-2018, C-574/16 (Apdo. 54); *Montero Mateos* de 5-6-2018, C-677/16 (Apdo. 57); de *Diego Porras I* de 14-9-2016 (Apdo. 45), Asunto C-596/14 del *Cerro Alonso*, de 13-9-2007 C-307/05 (Apdo. 53). Como ya se ha dicho, estos argumentos se toman de la STJUE *Adeneler*, de 4-7-2006, C-212/04 (Apdo. 70).



términos exigidos por la jurisprudencia. Por otra parte, la referencia a los objetivos de política social carece de sentido si no se vincula expresamente a la finalidad específica que subyace a la creación de una modalidad contractual temporal determinada; en caso contrario, nos podríamos encontrar una vez más con argumentos vacíos que permitieran justificar automáticamente cualquier tratamiento peyorativo basándose en planteamientos abstractos como la necesidad de reducir los costes laborales para favorecer el empleo. Lo cierto es que, en la práctica, cuando el Tribunal admite que una diferencia de trato está justificada, no se basa explícitamente en los citados motivos (naturaleza de las tareas y objetivos de política social)<sup>86</sup>, sino que termina utilizando razonamientos *ad hoc* que no están suficientemente conectados con los esquemas de razonamiento expuestos con anterioridad.

En definitiva, el esquema de justificación que aparentemente sigue el Tribunal resulta inoperante para resolver problemas concretos y no proporciona suficiente orientación para los órganos judiciales nacionales. Tampoco tiene valor explicativo ni predictivo respecto a las decisiones adoptadas por el TJUE. Los motivos que realmente se utilizan para justificar la diferencia de trato están implícitos en el razonamiento y, por tanto, difícilmente pueden someterse a un control intersubjetivo.

## 6. LA EFICACIA REAL DE LA PROHIBICIÓN DE ENCADENAMIENTO ABUSIVO DE CONTRATOS

### 6.1. Sector privado

Desde un punto de vista formal podría decirse que, en el ámbito del sector privado, el ordenamiento laboral español satisface a grandes rasgos las exigencias derivadas de la prohibición de encadenamiento abusivo de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco.

La Directiva prevé tres medidas alternativas para evitar los abusos derivados de la contratación temporal sucesiva: a) establecer razones objetivas para la renovación; b) limitar la duración total de los sucesivos contratos de trabajo; y c) limitar el número de renovaciones. Cada ordenamiento nacional puede optar por utilizar una sola de estas medidas o varias de ellas, e incluso podría aplicar, en su defecto, otras que resultaran equivalentes para conseguir el objetivo pretendido<sup>87</sup>. El legislador español ha optado por combinar las dos primeras medidas, es decir, el establecimiento de motivos concretos para la renovación y la determinación de límites a la duración total de la relación<sup>88</sup>.

Como ya se ha señalado, el principio de causalidad, que se aplica con carácter general a la celebración de los contratos temporales, afecta también a las renovaciones sucesivas. La definición de las “razones objetivas” en la jurisprudencia del TJUE a partir de la sentencia *Adeneler*, resulta disfuncional, porque solo se refiere explícitamente a la naturaleza de las tareas desempeñadas o al cumplimiento de objetivos de política social,

<sup>86</sup> Pérez Rey, J., “Punto y final...”, p. 7 subraya que en la *Montero Mateos y Grupo Norte Facility* se considera que concurre causa objetiva, sin que se sepa muy bien cuál es esta, en relación con las razones objetivas enunciadas en los apartados anteriores.

<sup>87</sup> SSTJUE de *Diego Porras II*, de 21-11-2018, C-619/17, (Apdo. 85); *Sciotto*, de 25 de octubre de 2018, C-331/17 (Apdo. 33); *Santoro*, de 7-3-2018, C-494/16 (Apdo. 27); *Mascolo* de 26-11-2014, C-22/13, 61 a 63/13 y 418/13 (Apdo. 75); *Martínez Andrés y Castrejana López*, de 14-9-2016, C-184/15 y 197/15 (Apdo. 35); *Comisión vs. Gran Ducado de Luxemburgo* de 26-2-2015, C-238/14 (Apdo. 38); *Fiamingo* de 3-7-2014, C-362/13, C-363/13 y C-407/13 (Apdos. 59 y 61); *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 74).

<sup>88</sup> Cruz Villalón, “El encadenamiento...”, *Op. Cit.* p. 80.

pero no se menciona de manera expresa la concurrencia de necesidades temporales de mano de obra. No obstante, es evidente que la existencia de una necesidad temporal de fuerza de trabajo –como una obra o servicio determinado– constituye una razón objetiva para la renovación del contrato temporal<sup>89</sup>.

Por otra parte, en lo que refiere a la limitación de la duración total, el art. 15.5 ET establece la conversión automática de la relación laboral por tiempo determinado en un contrato indefinido cuando el trabajador haya prestado servicios para la misma empresa o grupo durante un período de 24 meses en un período de 30 a través de dos o más contratos temporales sucesivos.

No se prevé, en cambio, ninguna medida de limitación del número de renovaciones, lo que podría resultar muy oportuno con objeto de combatir los abusos de la llamada “microcontratación”<sup>90</sup>, pero, en cualquier caso, ello no viene exigido por el texto del Acuerdo Marco.

Ciertamente, podría plantearse que existe un problema de adecuación entre el ordenamiento español y la Cláusula 5 de la Directiva en relación con las excepciones a la regla general de conversión automática establecidas en el art. 15.5 *in fine* ET. Ahora bien, es preciso recordar que la mayoría de estas figuras son contratos formativos, que pueden quedar excluidos de la Directiva en virtud de la Cláusula 2.2 del Acuerdo. Por otra parte, el contrato de interinidad, que también está excluido de la conversión, requiere la concurrencia de una causa específica vinculada a una necesidad temporal de mano de obra (sustitución de una persona o cobertura de una vacante), por lo que, en principio habría que considerar que concurren razones objetivas para su celebración<sup>91</sup>, más allá de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en supuestos concretos. Por último, también se excluye el contrato temporal de relevo, que es acausal –en el sentido de que no se basa necesariamente en una necesidad temporal de mano de obra–, pero eso no implica que no existan razones objetivas para su celebración, dado que el TJUE ha incluido entre estas razones los objetivos de política social, como puede ser el reparto del empleo<sup>92</sup>. En este caso, el hecho de que esté vinculado a la jubilación de una persona concreta le confiere una cierta “objetividad” que dificulta la posibilidad de que se encadene con otros contratos de manera abusiva.

En realidad, las disfunciones no derivan de las opciones formalmente adoptadas por el legislador, sino de la aplicación del principio de efectividad, que es uno de los ejes centrales de la jurisprudencia del TJUE relativa a la Cláusula 5<sup>93</sup>. Aunque las medidas adoptadas son, en apariencia, adecuadas y suficientes, la cultura de la temporalidad fraudulenta está tan firmemente asentada en el sistema de relaciones laborales español, que los efectos reales de estas medidas son muy limitados.

<sup>89</sup> En este sentido, *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 102).

<sup>90</sup> *Vid.* Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>91</sup> STJUE, *Kücük*, de 26-1-2012, C-586/10, (Apdo. 30); *Angelidaki*, de 23-4-2009, C-378/07 a 380/07 (Apdo. 102).

<sup>92</sup> En contra, Cruz Villalón, J., “El encadenamiento...”, *Op. Cit.*, p. 88, señala que los motivos de política social pueden justificar la exclusión de la razón objetiva para la contratación temporal, pero no para el tope máximo del encadenamiento. Nosotros, por el contrario, entendemos, que en la jurisprudencia del TJUE, los motivos de política social forman parte de la propia definición de razones objetivas; si se produce una limitación efectiva del abuso, entonces no es necesario sumar el tiempo del contrato correspondiente en el máximo de duración para los contratos consecutivos, dado que esto es solo un medio para alcanzar el objetivo general.

<sup>93</sup> Aimo, M., “In search of a ‘European model’ for fixed-term work in the name of the principle of effectiveness”, *European Labour Law Journal*, Vol 7, n° 2, 2016, *per totum*; Miranda Boto, J.M., “El derecho social de la Unión Europea...”, *Op. Cit.*, p. 33.

En primer lugar, en lo que refiere a la concurrencia de razones objetivas para la renovación, debe recordarse que existe un consenso muy amplio sobre el hecho de que en el sistema español el fraude de ley en la contratación temporal es un fenómeno generalizado, de manera que no parece que el principio de causalidad esté suponiendo un freno efectivo al abuso en el encadenamiento de contratos. Posiblemente, este efecto es demasiado difuso como para que pueda prosperar un recurso por incumplimiento del Estado español. Ciertamente, el principio de interpretación conforme puede incidir en la valoración de los supuestos concretos<sup>94</sup>, pero no parece suficiente como para revertir esta pauta. En este contexto, resulta oportuno que el legislador español emprenda reformas significativas que vayan en el sentido de reforzar de manera clara la aplicación real del principio de causalidad.

En segundo lugar, en lo que refiere al establecimiento de un límite máximo de duración acumulada de los contratos, el principal problema es que el art. 15.5 ET se refiere exclusivamente al encadenamiento de contratos temporales relacionado con un mismo trabajador, pero no impide la sucesión de distintos trabajadores con contratos temporales en las mismas tareas. A estos efectos, el precepto estatutario se remite a la negociación colectiva, que no ha podido resolver este problema de manera global<sup>95</sup>. En el contexto español, la “cultura de la temporalidad” conlleva enormes reticencias empresariales a la conversión de los contratos temporales en indefinidos, que en ocasiones pueden llevar a decisiones irracionales desde el punto de vista económico. Esto implica que, en muchos casos, los empleadores pueden optar por sustituir a los trabajadores antes de que alcancen la antigüedad requerida, incluso aunque ello pueda afectar negativamente a la productividad; en este caso, el establecimiento del límite de duración para los contratos de un solo trabajador puede resultar incluso contraproducente para el objetivo final de fomentar la estabilidad en el empleo.

Hasta el momento, el TJUE no se ha ocupado de este problema de manera directa, pero el análisis de su doctrina apunta a que el encadenamiento sucesivo de contratos temporales al que se refiere la Cláusula 5 del Acuerdo Marco abarca la sucesión de distintos trabajadores en las mismas tareas<sup>96</sup>. De un lado, el Tribunal insiste en que los jueces nacionales tomen en consideración que no se está utilizando la sucesión de contratos para cubrir necesidades permanentes; de otro lado, cuando se hace referencia a la consideración del número de contratos en atención a las circunstancias particulares de cada caso, se indica expresamente que estos contratos se podrían celebrar “con la misma persona o para realizar un mismo trabajo”.

No obstante lo anterior, no parece posible que el principio de interpretación conforme permita tomar en consideración los contratos celebrados previamente con otros trabajadores para las mismas tareas en el cómputo de 24 meses necesario para aplicar la conversión automática, puesto que la aplicación de este principio no puede llevar a conclusiones *contra legem*. En cambio, la alternancia de diversos trabajadores en las mismas tareas permitiría en la mayoría de los casos concluir que no existe una necesidad temporal de mano de obra y que, por tanto, no existen razones objetivas para la renovación, aplicándose a estos efectos las consecuencias previstas en el ordenamiento

---

<sup>94</sup> En este sentido, el TJUE insiste en que, por más que concurra formalmente una razón objetiva, el órgano judicial nacional debe asegurarse de que no se está utilizando la sucesión de contratos para cubrir necesidades permanentes, tomando en consideración las circunstancias concurrentes, como la duración acumulada o el número de contratos, entre otras. En este sentido, SSTJUE, *Márquez Samohano*, de 13-3-2014, C-190/13 (Apdo. 59); *Kücük*, de 26-1-2012, C-586/10 (Apdos. 36 y 56); ATJUE, *Popescu*, de 21-9-2016, C-614/15 (Apdos. 64-66).

<sup>95</sup> Cruz Villalón, J., “El encadenamiento...”, *Op. Cit.*, p. 89.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pp. 88-89.

español para el fraude en la contratación temporal. De un modo u otro, también en este punto resulta muy necesaria la intervención del legislador.

## 6.2. Sector público

Los problemas de eficacia de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco se incrementan considerablemente en el ámbito del empleo público, donde, como ya se ha señalado, son mucho más intensas las prácticas abusivas, especialmente en lo que refiere a la prolongación o sucesión de contratos temporales durante periodos muy largos de tiempo.

En las relaciones de empleo público sometidas a regulación laboral se aplicarían, en principio, las medidas contra la contratación temporal abusiva previstas en el Estatuto de los Trabajadores, tanto en lo que refiere a la exigencia de causalidad como a los límites al encadenamiento de contratos, con algunas particularidades.

La Disposición 15ª del ET subraya que la conversión de las relaciones de trabajo temporales en contratos indefinidos debe hacerse compatible en las Administraciones Públicas con la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por este motivo, en caso de que el contrato deba convertirse en “indefinido”, permanecerá desarrollando sus tareas, pero su relación contractual se extinguirá necesariamente cuando se proceda a la cobertura definitiva del puesto. Como es sabido, en este caso se aplica el controvertido régimen de los trabajadores “indefinidos, pero no fijos”, construido por el Tribunal Supremo para afrontar las contradicciones entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo que se producen en estos casos. Hay que tener en cuenta que el TJUE ha considerado, en términos generales, que la conversión del contrato en “indefinido no fijo” resulta apropiada para garantizar la eficacia del contenido de la Cláusula 5 del Acuerdo marco<sup>97</sup>. No obstante lo anterior, al igual que sucedía en general en el ámbito privado, no puede decirse que esta sanción esté resultando eficaz, dado que no ha logrado impedir en lo más mínimo el abuso generalizado de la contratación temporal; de cualquier modo, también en este caso el argumento no parece suficientemente preciso como para fundamentar un recurso por incumplimiento. El sistema español es, también, en este punto, insatisfactorio, pero ello solo puede resolverse a través de una reforma legislativa.

Esta misma Disposición del ET excluye de los límites al encadenamiento de contratos sucesivos las figuras contractuales de carácter laboral creadas por la Ley Orgánica de Universidades. Esto resulta particularmente problemático, porque, al menos en el caso del contrato de Ayudante Doctor<sup>98</sup> la temporalidad no parece responder de manera clara a

---

<sup>97</sup> STJUE, *Martínez Andrés y Castrejuna López*, de 14-9-2016, C-184/15 y 197/15 (Apdo. 53). *Vid.* Asimismo, la opinión doctrinal de Cruz Villalón, J. “El encadenamiento...”, *Op. Cit.*, p. 92, favorable a la consideración de que la medida es suficiente. Ciertamente, en la STJUE *León Medialdea*, de 12-12-2014 (Apdo. 50) esta medida se consideró insuficiente, siguiendo la valoración del juez nacional de que resultaba ineficaz; ahora bien, en este caso, se hacía referencia a la doctrina del TS anteriormente vigente en la que la amortización de la plaza no suponía ninguna indemnización para el trabajador afectado.

<sup>98</sup> La STJUE *Rodríguez Samohano* de 13-3-2014, C-190/13 (Apdos. 48 y 50) admite la concurrencia de razones objetivas para la celebración de contratos de Profesor Asociado en las Universidades españolas, cuando realmente implique un traslado a la universidad de competencias específicas de profesionales externos (Apdo. 48), puesto que en este caso la temporalidad del contrato permite adaptar la contratación a las competencias de los trabajadores y a las necesidades de la universidad; cuestión distinta es que estas exigencias se cumplan en la práctica [en este sentido, *Vid.* STS (Social) de 28-1-2019 (Rec. 1193/2017)]. Por otra parte, el contrato de Ayudante se podría excluir de la Directiva, por tener un carácter formativo, mientras que el de Visitante se vincula también a necesidades específicas de la universidad. En cambio, en el caso del Ayudante Doctor no se hace explícito ningún motivo que justifique la temporalidad.

“razones objetivas” basadas en el carácter temporal de la prestación de servicios requerida o en la presencia de objetivos transparentes de política social.

Ciertamente, puede contemplarse como un avance la Disposición Adicional 34.3 de la Ley de Presupuestos de 2017 (de vigencia indefinida), en la que se prevé la exigencia de responsabilidad a los titulares de los órganos competentes por la actuación irregular en materia de contratación temporal irregular en el ámbito laboral. En efecto, en el ámbito de la Administración Pública la exigencia de responsabilidad puede tener un efecto disuasorio mucho mayor que el que tiene la imposición de una indemnización económica<sup>99</sup>, al margen de que esta pueda ser también conveniente para compensar los daños sufridos por los trabajadores afectados. No obstante, esta previsión se caracteriza por un elevado grado de abstracción y no parece que se haya desarrollado en la práctica, por lo que ha quedado como un mero “brindis al sol”<sup>100</sup> que, en todo caso, puede marcar un camino a seguir en el futuro.

De cualquier modo, las disfunciones más importantes no se plantean en la aplicación del régimen laboral, sino que afectan particularmente a los funcionarios interinos y al personal estatutario temporal. Ciertamente, en ambos casos, la normativa proclama formalmente que estas figuras se vinculan a la existencia de necesidades de la Administración de carácter temporal [Cfr. art. 9 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y art. 10 del EBEP]. Sin embargo, no se establecen sanciones jurídicas para el incumplimiento del principio de causalidad que resulten mínimamente eficaces, ni limitaciones efectivas al encadenamiento de diversas relaciones administrativas de empleo de carácter temporal, como ha puesto de manifiesto el TJUE<sup>101</sup>. Asimismo, en estos casos ni siquiera se aplica la Disposición Adicional nº 34 de la Ley de Presupuestos de 2017, puesto que esta se refiere exclusivamente a las relaciones de carácter laboral. En definitiva, en estos casos, el ordenamiento español incumple de manera palmaria las exigencias previstas en la Cláusula 5 del Acuerdo Marco. En nuestra opinión, estas lagunas normativas no son casuales, sino que resultan funcionales a la situación generalizada de abuso de las relaciones de empleo temporal, proporcionando –de manera antijurídica– mayor flexibilidad a las Administraciones Públicas en la gestión de su personal.

En este contexto, algunos órganos judiciales nacionales han planteado la posibilidad de la aplicación analógica del régimen jurídico de los trabajadores “indefinidos no fijos” establecido por la jurisprudencia social a las relaciones de carácter administrativo. De hecho, la STJUE *Martínez Andrés y Castrejana López* parece sugerir que se adopte esta interpretación, en tanto que no existan otras medidas equivalentes y efectivas en el ordenamiento español (Apdo. 53)<sup>102</sup>. Se trata, no obstante, de una mera sugerencia, que no resulta obligada para el intérprete nacional.

<sup>99</sup> Cruz Villalón, J., “La contratación temporal...”, *Op. Cit.*, p. 264, subraya que, generalmente, las sanciones económicas no resultan suficientemente disuasorias respecto a los excesos que cometen las Administraciones.

<sup>100</sup> Utiliza esta expresión Molina Navarrete C., “Contratación temporal en la Administración...”, *Op. Cit.* p. 384.

<sup>101</sup> El art. 9 de la Ley 55/2003 establece que si se realizaran más de dos nombramientos por un período de 12 meses en dos años, habrá que estudiar si procede la creación de una plaza estructural. A este respecto, la STJUE *Pérez López*, de 14-9-2016, C-16/15 destaca que no existe ninguna obligación de crear el puesto estructural y que, aún en caso de que se creara, podría ser cubierto -sin ningún límite- por personal estatutario temporal (Apdo. 55). Por otra parte, la STJUE *Martínez Andrés y Castrejana López*, de 14-9-2016, C-184/15 y 197/15, que se refiere a dos casos, uno relativo a una trabajadora en régimen estatutario y otro a un funcionario interino, constata que en el ordenamiento español no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar, los abusos (Apdo. 47).

<sup>102</sup> “La invitación a trasplantar la doctrina social al contencioso-administrativo no puede ser más clara [...] Miranda Boto, J.M., “El derecho social de la Unión Europea...”, *Op. Cit.*, p. 38.

De hecho, el Tribunal Supremo, en relación con los casos que dieron lugar a esta sentencia, ha determinado finalmente que la doctrina del contrato “indefinido no fijo” no puede aplicarse a las relaciones en régimen administrativo o estatutario<sup>103</sup>. El Tribunal Supremo determina que en estos supuestos el cese de los trabajadores es nulo, por haberse producido sin causa suficiente y sin haber estudiado previamente la necesidad de configurar un puesto de trabajo estructural, de modo que se determina la reincorporación de los trabajadores a su puesto de trabajo. En este contexto, no puede devengarse ninguna indemnización de la pérdida del puesto de trabajo, al haberse incorporado de nuevo los trabajadores a la Administración. No se descarta, en cambio, la posibilidad de que los afectados puedan solicitar una indemnización por los daños derivados de la situación de abuso a la que se han visto sometidos, pero en este caso no se trataría de una indemnización tasada como las previstas en el ET, sino que debería deducirse de las circunstancias particulares del caso, lo que implica que es necesario alegar, precisar y acreditar los daños sufridos en el momento procesal oportuno. Es de suponer que, en caso de que se produjera finalmente el cese por la cobertura definitiva de la plaza, podría reclamarse también una indemnización por daños y perjuicios en términos similares, que en este caso compensaría la pérdida del empleo. La solución alcanzada por esta sentencia es jurídicamente correcta –probablemente, la más adecuada, dado el estado actual de la legislación–, pero no parece del todo satisfactoria desde la perspectiva de la eficacia real de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, porque es muy probable que estos requisitos para solicitar la indemnización terminen difuminando las posibilidades de que los trabajadores afectados por los abusos de la Administración realmente terminen percibiendo una indemnización que sea suficiente, proporcionada y disuasoria. De nuevo sucede que el principio de interpretación conforme no puede suplir completamente las deficiencias del ordenamiento español derivadas de la abulia del legislador.

## **7. CONCLUSIÓN: LA NECESARIA REFORMA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL**

Del análisis precedente se deriva con claridad una conclusión que ya ha sido puesta de manifiesto de manera casi unánime por la doctrina laboralista: es absolutamente necesario que el legislador español emprenda una reforma profunda de la regulación de la contratación temporal para que nuestro ordenamiento responda eficazmente a los objetivos establecidos en la Directiva 1999/70/CE. Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal nos devuelven –como si este órgano se tratara de un espejo– la imagen de las contradicciones estructurales de nuestro sistema de relaciones laborales, cuyas deficiencias y excesos en materia de empleo temporal van mucho más allá de los modestos objetivos del Acuerdo Marco. Parece que el Tribunal nos repitiera, actualizados, los dos mensajes que se encontraban los antiguos griegos en la puerta del templo de Apolo en Delfos cuando iban a consultar sus inquietudes con la divinidad: “conócete a ti mismo” y “nada en exceso”<sup>104</sup>.

Debido a estas contradicciones, en el caso español no basta con que la reforma legislativa se adapte formalmente a los contenidos del Acuerdo Marco, sino que, además, es necesario abordar cambios mucho más profundos que rebasan las exigencias del Derecho de la Unión. Ciertamente, existen algunos incumplimientos formales de la Cláusula 5

<sup>103</sup> SSTS (Contencioso-Administrativo), nº 1425 y 1426 de 26-9-2018.

<sup>104</sup> Debemos al profesor Molina Navarrete -en diversos textos e intervenciones- la comparación del Tribunal de Justicia con un “oráculo” de la antigüedad, que entendemos resulta muy útil para ilustrar determinados aspectos de la construcción retórica de su discurso.

del Acuerdo Marco, particularmente en lo que refiere a la previsión de sanciones para el encadenamiento abusivo en las relaciones de empleo temporal en régimen administrativo y estatutario. No obstante, incluso en los casos en los que existen sanciones aparentemente “adecuadas”, estas no son suficientes para evitar la generalización del abuso, lo que se contradice con el principio de efectividad remarcado por el TJUE. Por otra parte, una vez “corregidos” los errores de la sentencia *de Diego Porras I*, el ordenamiento español no parece oponerse formalmente al principio de igualdad entre indefinidos y temporales establecido en la Cláusula 4 del Acuerdo Marco; sin embargo, el uso descontrolado de los contratos temporales ha terminado generando un marco estructural favorable a la máxima precariedad laboral de estas personas, fomentando la segmentación entre temporales e indefinidos y facilitando que persistan las desigualdades injustificadas en las condiciones de trabajo, especialmente en el ámbito de la Administración Pública, con independencia de la prohibición formal y de la “lluvia” de resoluciones del Tribunal de Justicia condenando las prácticas españolas. Esta situación insostenible continúa generando problemas jurídicos, como los derivados de la interpretación de las consecuencias de la sentencia *Moreno Mateos*.

El análisis de la eficacia de las medidas llevadas a cabo para garantizar los objetivos de la Directiva no depende de su formulación abstracta, sino de su interacción con el contexto en el que estas medidas tienen que aplicarse. Por consiguiente, en el caso español, la generalización de prácticas abusivas en el ámbito privado y, sobre todo, en el contexto de las Administraciones Públicas, que son fuertemente resistentes al cambio, exige reformas legislativas ambiciosas y profundas, que se orienten a provocar cambios estructurales en el sentido de reforzar un cumplimiento real del principio de causalidad en la contratación temporal.

# **MEDIDAS PARA ATAJAR LA BRECHA RETRIBUTIVA**

JOSÉ MANUEL MORALES ORTEGA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga*

## SUMARIO:

1. BRECHA RETRIBUTIVA: CONCEPTUACIÓN, CONDICIONANTES Y BREVE REPASO A LA ACTUACIÓN DE LOS SUJETOS COMPETENTES
2. CATÁLOGO DE MEDIDAS
3. CONCLUSIONES



## 1. BRECHA RETRIBUTIVA: CONCEPTUACIÓN, CONDICIONANTES Y BREVE REPASO A LA ACTUACIÓN DE LOS SUJETOS COMPETENTES

La brecha retributiva es un problema de escala internacional, que ha guiado las protestas y reivindicaciones de la mujer antes, ahora y, con toda seguridad, en el futuro. Hay pronósticos relativamente optimistas, que consideran que esta discriminación requiere de unos 75 años hasta su desaparición<sup>1</sup>; mientras que otros, vemos muy difícil y complejo que esa discriminación llegue a abolirse totalmente, mientras que el sistema patriarcal y machista permanezca presente en nuestras sociedades; y, con él, el impacto de los estereotipos de género<sup>2</sup>. Sea cual sea la previsión, lo único cierto es que se requiere de una intervención por parte de todos los sujetos implicados –que es casi como decir de la sociedad en su conjunto–, ya que no se puede admitir que, en el siglo XXI<sup>3</sup>, la mujer siga sufriendo cualquier expresión de discriminación por razón de sexo y/o por razón de género. Es “*un escándalo en un estado de derecho*”<sup>4</sup>.

Aunque son muchas y muy solventes las definiciones de brecha retributiva –o, más conocida, como brecha salarial<sup>5</sup>–; en estas páginas se va a conceptuar como la diferencia existente en la retribución, entendida en sentido amplio, ya se calcule por hora o por año, de la mujer con respecto al hombre debida a factores ajenos a la prestación de la fuerza de trabajo y vinculados con el género y con el sexo, se manifiesten de manera expresa o implícita. Y, partiendo de ella, se va a estudiar –eso sí, con las limitaciones de un trabajo de esta naturaleza– las medidas presentes y futuras, nacionales y comunitarias, diseñadas o propuestas para atajar este problema. Pero, desde ya, hay que poner de manifiesto que, hasta el momento, las medidas han sido y son insuficientes<sup>6</sup>. Prueba de ello son los datos<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> OIT, *Igualdad salarial*, Ginebra, 2013, p. 16; y, con un cálculo similar, el *Plan de Acción de la Unión Europea 2017-2019. Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres* (en adelante, PAUE) -COM (2017) 678 final-.

<sup>2</sup> Comisión Europea, *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Luxemburgo, 2014, p. 7. Siendo así, no es de extrañar que, de conformidad con los datos suministrados por la Comisión Europea, el 44% de los europeos opine que “*the most important role of a woman is to take care of her home and family*” –siendo muy similar la diferencia entre hombres (43%) y mujeres (44%)–, lo que resulta contradictorio con que el 84% sea favorable a que el hombre realice las actividades domésticas a partes iguales con la mujer o a que disfrute del permiso parental -[www.europa.eu](http://www.europa.eu) (15 de septiembre de 2018).

<sup>3</sup> No debería resultar tan sorprendente, ya que como afirma Camps, “*después de siglos de dominación y protagonismo masculino, todo está diseñado a la medida del hombre*”, “*Transparencia y brecha salarial*”, Revista Internacional Transparencia e Integridad, nº 6, 2018, p. 3. De ahí que, como recoge Gómez Abelleira, nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia 214/2006, haya afirmado que la prohibición de discriminación “*tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer*”, “*Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*”, “*Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*”, Ed. Tirant lo Blanch, 2007, p. 186.

<sup>4</sup> Camps, “*Transparencia...*”, opus., cit., p. 4.

<sup>5</sup> La brecha salarial es definida, como es previsible, a todos los niveles: OIT, *Igualdad...*, opus., cit., p. 14, Comisión Europea, *Cómo combatir la brecha salarial...*, opus., cit., p. 2, y en España, nuestro extinto Ministerio de Igualdad, *La brecha salarial: realidades y desafíos*, 2010, p. 16.

<sup>6</sup> De esta opinión, Sánchez, Trinidad, Recio y Torns, “*La brecha salarial y las desigualdades de género en el mercado de trabajo español*”, [www.academia.edu](http://www.academia.edu) (3 de octubre de 2018), p. 17.

<sup>7</sup> Datos que, sin embargo, no son uniformes debido a la inexistencia de un indicador y unos criterios comunes; de ahí que no extrañe que la DAIV de la Proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres busque mejorar, incorporar y retomar determinadas estadísticas permisivas de una mejor delimitación de la brecha salarial. La principal quiebra está en la propia cuantificación de la brecha, que difiere en función de que se acuda a la retribución anual total o, por contra, a la retribución de la hora trabajada. Según la OIT, “*la brecha de remuneración entre hombres y mujeres por hora es inferior a la semanal, mensual y anual. Esto se debe a que las mujeres suelen realizar trabajos remunerados durante menos horas que los hombres, ya que las mujeres siguen teniendo más responsabilidades familiares y domésticas*”, por lo que “*la brecha...para los ingresos totales suele ser mayor que la brecha salarial*”, *Igualdad...*, opus., cit., p. 14. Por su parte, la Comisión Europea afirma que “*la utilización del salario por hora como base para calcular la brecha salarial entre hombres y mujeres puede enmascarar también diferencia sobre las cuales no se lleva un control específico, como las pagas extras, los complementos por rendimiento o las remuneraciones*

En Europa, la brecha retributiva se sitúa en el 16.2%<sup>8</sup> y, en España en el 14.2%<sup>9</sup> –y, según las estadísticas españolas, en el 22.35%<sup>10</sup>–. Unos porcentajes que, si se retrotraen en el tiempo, ponen de manifiesto que su evolución, en nuestro país y en Europa, está siendo, como afirma el Plan Director por un Trabajo Digno (en adelante, PDTD), “lenta”<sup>11</sup>, lo que exige, siguiendo al Real Decreto Ley 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación<sup>12</sup> (en adelante, RDL 6/19), “una actuación urgente y necesaria por parte del Estado”.

Son muchos los factores laborales, que condicionan el perfil de la víctima de la discriminación retributiva; y que se resumen en el siguiente cuadro.

MAYOR RIESGO DE SUFRIR BRECHA SALARIAL	MENOR RIESGO DE SUFRIR BRECHA SALARIAL
Sector privado	Sector público
Sectores con mayor presencia femenina	Sectores con mayor presencia masculina
Trabajadora de una gran empresa (más de 250)	Trabajadora de una mediana o pequeña empresa
Puestos directivos y más altos del escalafón	Puestos más bajos del escalafón
Contrato indefinido	Contrato temporal
Trabajo a tiempo parcial	Trabajo a tiempo completo
Estructura salarial, en la que los complementos salariales tienen un importante peso sobre el total	Estructura salarial, en la que el salario base es el grueso de la retribución
Beneficiaria de prestaciones de la Seguridad Social	No beneficiaria de prestaciones de la Seguridad Social

Elaboración propia

*especiales en temporadas concretas*”, *Cómo combatir la brecha salarial...*, opus., cit., p. 3. Pese a esta disparidad, el indicador más fiable y utilizado es el último “*pues permite controlar el efecto del número de horas trabajadas sobre la retribución, que difiere entre hombres y mujeres*” –*Determinantes de la Brecha Salarial de Género en España*, 2012, p. 30 -[www.igualdadenaempresa.es](http://www.igualdadenaempresa.es) (3 de octubre de 2018)-; y de forma parecida, Ministerio de Igualdad, *La brecha salarial...*, opus., cit., pp. 21, 22 y 40.

<sup>8</sup> De acuerdo con el PAUE, “*las mujeres de la UE, en todos los sectores de la economía, ganan de media un 16% menos que los hombres*”.

<sup>9</sup> UGT, *Reducir la brecha salarial, la prioridad*, 2019, p. 3. Por consiguiente, puede afirmarse que nuestro país, lo que no justifica nada, no presenta una situación especialmente dramática en el contexto europeo. De hecho, Estados, presumiblemente más “avanzados” y mejor posicionados en los ranking internacionales en materia de igualdad, superan la media comunitaria y la española. Es el caso, entre otros, de Dinamarca -15.1%-, Francia -15.8%-, Países Bajos -16.1%-, Finlandia -17.3%-, Reino unido -20.8%-, Austria -21.7% o Alemania -22%–; UGT, *La brecha salarial persiste porque se infravalora el trabajo de las mujeres*, 2018, p. 6.

<sup>10</sup> UGT, *Reducir...*, opus., cit., p. 5. Además, como esquematiza esta misma Organización sindical, el barómetro europeo sólo tiene en cuenta las empresas de más de 10 trabajadores, deja fuera determinados sectores productivos, excluye la gratificaciones extraordinarias, comisiones o beneficios y no atiende al tipo de trabajo, a las horas trabajadas y a la duración del contrato; mientras que el español incluye a todas las empresas y sólo se excluye al personal, que no cobra salario sino beneficios o comisiones, lo que, normalmente, sucede en el supuesto de los hombres, *La brecha salarial...*, opus., cit., p. 3.

<sup>11</sup> BOE de 28 de julio de 2018. Tampoco esta evolución difiere de Europa. De ahí que el PAUE, partiendo de que “*esta brecha de género ha permanecido estable durante los últimos 5 años*”, promueva “*la necesidad de reforzar y adaptar las iniciativas existentes: las desigualdades de género en el mercado laboral se han contenido, pero no eliminado*”.

<sup>12</sup> De 1 de marzo (BOE de 7 de marzo de 2019) convalidado por Resolución de 3 de abril de 2019 (BOE de 10 de abril).

La toma en consideración de todos ellos debe comprometer la acción de los sujetos con capacidad de intervención, que debe sobrepasar la tónica habitual de las meras declaraciones de buenos propósitos o de los meros actos simbólicos, que, sin restar un ápice de importancia a su significado, no pasan de ahí, careciendo de cualquier tipo de efectividad práctica más allá de la visibilidad<sup>13</sup>. Ni que decir tiene que esta acción difiere en función de los sujetos con capacidad de intervención; así, y realizando un somero análisis, hay que comenzar con la Unión Europea, que se mueve entre la obligatoriedad y la sugerencia. Por un lado, los Tratados, la Directiva 2006/54<sup>14</sup> y la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) junto a manifestaciones del soft-law<sup>15</sup> como las resoluciones o las recomendaciones, y, por otro, un gran número de programas y estrategias<sup>16</sup>. Pese a toda esta batería, la verdadera lucha contra la brecha retributiva es competencia de los Estados miembros<sup>17</sup>. Los cuales no han respondido, ni por sí mismos, ni en relación con el acervo comunitario, al problema siendo, en el mejor de los casos, bastante tímida su intervención<sup>18</sup>. De ahí que en virtud del principio de subsidiariedad se debe fortalecer el papel de la Unión desde la propia Unión Europea<sup>19</sup>. Hasta que esto suceda, si es que sucede, este conglomerado de acciones, con distintas eficacias jurídicas, son la base de las diferentes expresiones de dicha intervención comunitaria, que se materializa, junto a la actuación normativa y judicial, en tareas de recopilación y análisis de datos a nivel europeo y nacional, lo que facilita el intercambio de buenas prácticas, de sensibilización, de diagnóstico, de propuestas y de financiación. Es cierto que no es poco, pero también lo es, que no está siendo suficiente.

Descendiendo al caso español, hay que comenzar con la intervención de los poderes públicos que, en términos constitucionales, están obligados a garantizar la igualdad real y material, no sólo formal. Una igualdad imposible de admitir en la actualidad, entre otros

<sup>13</sup> Es el caso, por ejemplo, del simbólico día por la igualdad salarial, cuya fecha de celebración está en función de los días del año que la mujer trabaja gratis como consecuencia de la brecha retributiva. No obstante, en España, se ha instituido el 22 de febrero, ya que, hasta el momento, la mujer necesita “418 días [más] para cobrar lo mismo que un hombre durante un año”, UGT, *Propuestas contra la brecha salarial*, 2018, p. 2.

<sup>14</sup> Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación -DOUE L 204/23 de 26 de julio de 2006-. Esta Directiva ha llevado a cabo una labor de derogación y refundición de otras precedentes -principalmente, la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos-; de ahí que se pueda leer en su Considerando 1 que “*dado que dichas directivas se han hecho modificaciones, conviene, en aras de la claridad, refundir las disposiciones correspondientes, reuniendo en un único texto las principales disposiciones existentes en este ámbito, así como ciertas novedades que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*”.

<sup>15</sup> Dentro del cual hay que incluir, por ejemplo, a las Orientaciones de Empleo -Decisión del Consejo de 16 de julio de 2018 (DOUE L 224/4 de 5 de septiembre de 2018)- que, en relación con este tema, se limitan a afirmar que “*es preciso abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, en particular garantizando la igualdad de retribución por un trabajo igual o de igual valor*” -Orientación nº 6-.

<sup>16</sup> Todos ellos parten de que la igualdad de género es un valor y un compromiso clave para la Unión Europea. Cabe destacar los siguientes el PAUE, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020 -DOUE C 155/10 de 25 de mayo de 2011- y el Compromiso Estratégico para la Igualdad de Género 2016-2019.

<sup>17</sup> Comisión Europea, *Cómo combatir la brecha salarial...*, opus., cit., p. 17.

<sup>18</sup> Según el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2006/54 -6 de diciembre de 2013, COM (2013) 861 final-, los Estados miembros “*no parecen haber aprovechado esta oportunidad [la ofrecida por la Directiva] para revisar a fondo sus sistemas nacionales con objeto de simplificar y modernizar la legislación en materia de igualdad de trato*” pero, el principal reto de los Estados, continúa este Informe, es “*garantizar la aplicación y el cumplimiento plenos en la práctica de los derechos establecidos en la Directiva*”. Y, de forma parecida, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (2011/2285 (INI).

<sup>19</sup> Ello es propuesto por la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia así como por el PAUE o por el Compromiso Estratégico por la Igualdad de Género 2016-2019.

muchos motivos, por la existencia de la brecha retributiva. Por consiguiente, estos poderes públicos tienen que instituir un plan de acción, sin olvidar las coordenadas comunitarias, para atajar este fenómeno. Dicha intervención, en principio, puede entenderse cumplida con el recientísimo RDL 6/19 que, más allá de las polémicas suscitadas por la elección del instrumento<sup>20</sup>—que no se ha producido a fecha de esta publicación—, viene, en materia de brecha retributiva, o al menos así lo pretende, a paliar, en parte, esta discriminación. A estos efectos, incorpora modificaciones en diferentes cuerpos normativos con la intención de cubrir, principalmente, dos grandes quebras: la falta de transparencia, de un lado, y, de otro, la definición del trabajo de igual valor. Ahora bien, este RDL no debe entenderse, en ningún caso y de ningún modo, como un punto y final; a lo sumo, como el inicio de una actuación más rígida de nuestros poderes públicos, que, de un lado, elimine el abstencionismo y la anomía legal, y, de otro, sirva para marcar la hoja de ruta de las actuaciones de los sujetos con capacidad de actuación en la lucha contra la brecha retributiva que, por supuesto, debe completarse con las planificaciones y estrategias, principalmente, de los diferentes organismos de igualdad<sup>21</sup>.

Como se ha anticipado, en estas páginas, se va a abordar tanto las medidas presentes como futuras; de ahí que no se pueda obviar la existencia de tres proyectos de ley en relación con la brecha retributiva. Por orden temporal, se trata de la Proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos—En común Podem—En Marea<sup>22</sup> (en adelante, PLIR), de la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva del Grupo Parlamentario Socialista<sup>23</sup> (en adelante, PLITOMH) y de la Proposición de Ley Integral de Igualdad y Transparencia Retributiva entre mujeres y hombres del Grupo Parlamentario Popular<sup>24</sup> (en adelante, PLITREMH). Esta última

<sup>20</sup> La Organización Internacional del Trabajo defiende que esta lucha requiere de una Ley, ya que, de este modo, se asegura “que hombres y mujeres tengan una base legal para ejercer el derecho a la igualdad de remuneración ante los empleadores y ante las autoridades competentes”, se da “a las autoridades un marco para actuar frente a la discriminación salarial y promover la igualdad de remuneración”, se establecen “parámetros para la negociación colectiva y la fijación de salarios mínimos” y se fomenta y se exige “acciones en el lugar de trabajo para promover la igualdad de remuneración”; una ley que contuviese, como mínimo, los siguientes contenidos: “exigir la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor”, “ofrecer orientación sobre el trabajo de igual valor”, “definir la remuneración en sentido amplio”, “promover la evaluación objetiva del puesto de trabajo”, “los mecanismos de fijación salarial y los convenios colectivos deben respetar este principio” y “prever remedios y sanciones eficaces”, *Igualdad...*, opus., cit., pp. 87 y 89 a 93.

<sup>21</sup> Un claro ejemplo de ello son las medidas propuestas por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, que contiene en sus “recomendaciones generales para incorporar la perspectiva de género en el sistema retributivo”; y que son: a) “el sistema retributivo debe ser aplicable a todos los miembros de la organización”, b) “el sistema retributivo debe establecer una proporcionalidad entre el valor aportado por cada persona y la retribución percibida”, c) “el sistema retributivo debe ser conocido por todos los miembros de la organización”, d) “cualquier decisión en relación con el sistema retributivo y, muy en particular, con la asignación de cuantías, debe estar acompañada de un análisis diferencia del impacto que dicha decisión tendría en mujeres y hombres, de modo separado”, e) “la organización debe disponer de información y análisis estadísticos periódicos (anuales) de las retribuciones reales, desagregados por conceptos de salario y puestos. En particular, debe controlar las diferencias salariales en los casos que suelen afectar negativamente a las mujeres...incidiendo en complementos, variables o tipologías de contratos a tiempo parcial frente a tiempo completo”, f) “la organización debe ofrecer a la representación legal de la plantilla los resultados de los análisis estadísticos de las retribuciones reales, guardando las cautelas que proceda” y g) “la organización debe desarrollar y actualizar su sistema de retribución de un modo participativo, concretando en tres aspectos: participación de personas expertas en retribución e igualdad, participación de mujeres y hombres en el equipo de negociación/determinación de salarios [y] participación de las personas que ocupan los puestos en la definición de su descripción y valoración”, *Recomendaciones para actuar frente a la brecha salarial de género en una organización*, 2015, pp. 12 y 13.

<sup>22</sup> BOCG de 10 de noviembre de 2017. En el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 20 de febrero de 2018, se indica que esta norma se denominará Ley Ballester por ser la catedrática de Derecho del Trabajo, Ballester Pastor, la coordinadora del equipo redactor de la misma.

<sup>23</sup> BOCG de 2 de marzo de 2018.

<sup>24</sup> BOCG de 19 de octubre de 2018. Esta Proposición, en su art. 2, excluye de su ámbito subjetivo a los/as funcionarios/as públicos/as.

no presenta grandes novedades, ni medidas especialmente incisivas en la lucha contra la brecha retributiva; quizás, porque, como afirma su Exposición de Motivos, en los últimos años “*se ha producido una mejora cualitativa en la reducción de la desigualdad entre mujeres y hombres*”. Por su parte, las dos primeras tienen escasas diferencias en los temas sustanciales, puesto que acogen y parten del acervo comunitario. Sus propuestas, junto con las del RDL 6/19, se van a realizar al hilo del conjunto de las medidas concretas para atajar la brecha retributiva, por lo que ahora sólo se va a realizar unas consideraciones generales. En primer lugar, que focalizan la atención en la discriminación por razón de sexo, y no de género; cuando se trata de una oportunidad única para hacer valer este motivo, que es causa, casi en la totalidad de las ocasiones, de la brecha retributiva. En segundo lugar, que, con escasas variaciones, recepcionan las sugerencias comunitarias en materia de información y transparencia, lo que es reprochable al desatender la realidad española impeditiva de una simple traslación de las propuestas europeas. Y en tercer lugar, que ninguna presta un particular interés a las medidas coercitivas –es más, el RDL 6/19 es mucho menos ambicioso que la Proposición Socialista–. A las precedentes, hay que añadir la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación<sup>25</sup> (en adelante, Proposición Igualdad) del Grupo Parlamentario Socialista, que es el complemento necesario e imprescindible a la anterior Proposición de este mismo Grupo al cubrir algunas de sus deficiencias debido a las diferentes causas motivadoras de la brecha retributiva. Así, el RDL 6/19 es, en gran medida, una refundición, aunque menos ambiciosa, de las dos proposiciones del Grupo Socialista.

Ahora bien, esta lucha, a nivel nacional, no es competencia exclusiva de los poderes públicos, ya que tanto los interlocutores sociales como los propios empleadores pueden, y deben articular medidas en esta dirección. Como ha destacado la Unión Europea, la intervención de los agentes sociales es clave; sin embargo, la realidad negocial, a todos los niveles, pone de manifiesto no sólo, como es sabido, que los convenios colectivos son un foco importantísimo de discriminación retributiva<sup>26</sup> sino también, y casi más significativo, que sindicatos y organizaciones empresariales no están haciendo nada en particular. Por ejemplo, en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva<sup>27</sup> sólo se contienen dos medidas. Por un lado, “*un estudio cualitativo del sistema de pluses y complementos salariales, midiendo su impacto de género y que informe adecuadamente a las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, para la adaptación de los mismos a criterios que no conlleven un impacto de género*”. Y por otro, la propuesta de fijar un salario convencional mínimo cuantificado en 1.000 euros –en 14 pagas–, lo que sin duda “*sirve para amortiguar la brecha salarial*”<sup>28</sup>; es más, está demostrada la efectividad de esta

<sup>25</sup>BOCG de 7 de septiembre de 2018.

<sup>26</sup>Fundamentalmente, en materia de clasificación profesional, que, con honrosas excepciones, se elaboran, aún hoy, con criterios sexistas. Además de la discriminación que ello entraña, lo relevante, igualmente, es que esos convenios no se remitan, por la autoridad laboral, a los órganos jurisdiccionales, lo que prueba que la intervención de esta institución es nula, ya que no realiza el oportuno control o lo realiza con un carácter meramente formal -Consejo Económico y social, *Informe sobre la negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, 2/2003, pp. 34, 35, 39. y, se insiste, en p. 66-. De ahí la necesidad de instituir medidas, que palien este inexistente o deficiente control. Sin embargo, las propuestas contenidas en la PLIR y en la PLITOMH no son especialmente significativas. Las dos novedades son que la PLITOMH hace una mención específica a la discriminación salarial, y la PLIR hace obligatorio el informe del oportuno organismo de igualdad al sustituir, en el art. 90.6 del ET, la expresión “*podrá recabar*” por “*recabará*” como función de la autoridad laboral. Igualmente, la Proposición Igualdad establece, entre las funciones de los organismos de igualdad, “*colaborar con la autoridad laboral en el examen de los convenios colectivos presentados para su Registro, con el fin de advertir y rechazar las cláusulas que contengan discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo*”.

<sup>27</sup>BOE de 18 de julio de 2018.

<sup>28</sup>Son palabras del Consejo Económico y Social referidas a un “*salario mínimo de sector*”, *Informe sobre la negociación colectiva...*, opus., cit., p. 80, lo que no altera la afirmación. En el mismo sentido, el PAUE cuando afirma

medida<sup>29</sup>. Ambas tienen un elemento en común: su falta de obligatoriedad; en un caso, por ser un mero estudio, y, en los dos, por depender de su reflejo en la negociación colectiva. Por estos motivos, no cabe ser muy optimista en cuanto a su efectividad<sup>30</sup>. Por su parte, los convenios colectivos, aún existiendo el deber de negociar medidas de igualdad del art. 85 del ET –modificado por el art. 1 de la PLIR con la finalidad de aclarar que hay que incluir las medidas necesarias “*para garantizar la igualdad retributiva*”–, se caracterizan, en líneas generales y en este tema, por carecer de las mismas –y mucho menos de acción positiva–; más allá de genéricas declaraciones<sup>31</sup> o simples transcripciones del art. 28 del ET<sup>32</sup> –previo al RDL 6/19–. Una posible explicación a esta realidad puede ser la falta de presencia de mujeres en las comisiones negociadoras –también en las paritarias– y la falta, inadecuada o escasa formación en materia de igualdad de los miembros de estas comisiones<sup>33</sup> así como de los representantes de los trabajadores. Ni la PLIR, ni la PLITOMH intentan modificar la normativa con la intención de exigir esta paridad, ni esta formación<sup>34</sup>. Sin embargo, sí lo hace, aunque sólo en relación con la comisión negociadora, la Proposición Igualdad cuando modifica el art. 88 del ET exigiendo “*el principio de composición equilibrada*”, cuyo incumplimiento será constitutivo de las sanciones tipificadas en esta Proposición<sup>35</sup>. Pero esta medida, desafortunadamente, no ha sido recogida en el RDL 6/19.

Por su parte, el caso de los empleadores es bien distinto. No puede olvidarse que la brecha retributiva genera pingües beneficios a las empresas<sup>36</sup>, ni que la dirección de las mismas está detentada, en la casi totalidad de las ocasiones, por hombres. De ahí que exista una fuerte reticencia a adoptar medidas de lucha contra la brecha retributiva; es más, a simplemente conocer su existencia. Prueba de ello es que en España, desde 2015, las empresas cuentan con una herramienta de comprobación de la brecha salarial; una medida nada novedosa con respecto a otros Estados miembros y patrocinada por la Unión Europea. Para facilitar su uso, el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades ha editado una guía<sup>37</sup>. Esta herramienta es una aplicación informática, con la que “se pone a disposición de todas las empresas, con independencia de su tamaño

---

que “*los salarios mínimos intersectoriales y los mecanismos de fijación de salarios pueden contribuir a aumentar los salarios en los sectores mal remunerados y, por tanto, reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres*”.

<sup>29</sup> La OIT defiende esta postura, y argumenta el caso sueco, en el que, como medida de lucha contra la brecha retributiva, tras comprobar que “*las mujeres predominaban en los sectores en los que el salario mínimo era más bajo, los interlocutores sociales acordaron aumentar el sueldo mínimo mediante la negociación colectiva*”, *Igualdad...*, opus., cit., pp. 56 y 68.

<sup>30</sup> Son pocos los convenios, al menos a nivel nacional, que hasta el momento han incorporado este salario; es el caso, por ejemplo, del CC para las Industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 23 de noviembre de 2018).

<sup>31</sup> Entre otros, los arts. 9 del CC estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE de 12 de agosto de 2017); 50 del CC estatal del sector de grandes almacenes (BOE de 7 de octubre de 2017) ó 59 del CC estatal de la industria textil y de la confección (BOE de 21 de agosto de 2015). Pero, este tipo de cláusulas, “*no garantiza que el convenio incorpore la óptica de la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres en todo su articulado*”, Consejo Económico y Social, *Informe sobre la negociación colectiva...*, opus., cit., p. 45.

<sup>32</sup> Por todos, el art. 59 del CC estatal de la industria textil y de la confección y, en otras ocasiones, se remiten, sin más, al precepto estatutario como hace el art. 18 del CC estatal de la industria química (BOE de 19 de agosto de 2015).

<sup>33</sup> Consejo Económico y Social, *Informe sobre la negociación colectiva...*, opus., cit., p. 43.

<sup>34</sup> Curiosamente, la PLIR modifica el art. 31 del EBEP -por lo tanto, una medida sólo para sector público- indicando que los órganos negociadores “*incluirán técnicos expertos en políticas de igualdad retributiva*”, que las mesas de negociación deberán conocer “*los datos segregados por sexo*”, y que será materia negociable “*la normativa sobre igualdad retributiva*”.

<sup>35</sup> Se considera infracción leve “*incumplir el principio de composición equilibrada de las comisiones negociadoras, descendiendo del 40% la presencia de personas de alguno de los dos sexos*”; grave, cuando descienda del 30% y muy grave del 20%.

<sup>36</sup> Según UGT, las ganancias empresariales se cifran en “*41.977.603.000 de euros...[que] dejaron de percibir [las mujeres] en 2015*”, *La brecha salarial...*, opus., cit., 2018, p. 27.

<sup>37</sup> [www.igualdadlenlaempresa.es](http://www.igualdadlenlaempresa.es) (5 de septiembre de 2018).

o sector de actividad, un instrumento para orientarlas a la hora de introducir la perspectiva de género en sus políticas salariales y ayudarlas a detectar, analizar y reducir las prácticas discriminatorias en el seno de su organización, y que fomente un cambio en la cultura organizacional tendente al autodiagnóstico y la evaluación en el desarrollo de todas sus políticas”. En suma, con ella se permite a las empresas: a) “realizar un análisis comparativo de los salarios de mujeres y hombres”, b) identificar las causas de la brecha salarial y c) “plantear posibles acciones correctoras”. Aunque para ello es imprescindible aportar información “desagregada y actualizada” sobre los trabajadores –edad, tipo de contrato, antigüedad o puesto– de la empresa durante un período de tiempo. Como se encarga de recalcar el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, la utilización de esta Herramienta es voluntaria por parte de las empresas, lo que puede desvirtuar la efectividad de esta medida, ya que, por lógica, muchas de ellas, todas las que incurren en discriminación, no van a acceder a la plataforma. Si a ello se une el desconocimiento y el desinterés empresarial, la conclusión, no demasiado forzada, es que esta medida no está surtiendo los efectos deseados. Sólo cabe contrarrestar esta afirmación acudiendo a los datos; sin embargo, éstos no son ni publicados, ni conocidos.

Dicho ello, hay que continuar afirmando que, en los últimos tiempos, parece estar produciéndose un cambio de actitud debido a que las empresas están empezando a ser conscientes de las positivas repercusiones que tiene la igualdad en general, y la retributiva en particular. En concreto<sup>38</sup>, una mejor imagen y reputación corporativa, un mejor clima laboral y una mayor productividad y competitividad que, a la postre, suponen un incremento de los beneficios económicos. Es más, como ha destacado la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), “*si bien resolver la desigualdad salarial existente genera costos al empleador, también le ofrece beneficios considerables*”<sup>39</sup>. Ahora bien, de producirse este cambio, no debe obviarse que el mismo no responde, en puridad, a una lucha contra la discriminación de la mujer, sino a su utilización intencionada y provechosa. Esto es, se instrumentaliza a la mujer –lo que la menosprecia– en aras a la consecución de unos mayores beneficios económicos. Sólo cabe la lectura más resignada de este cambio: no cuestionarse sus motivos, y detenerse, en exclusiva, en sus beneficios. Pero no por ello debe aceptarse, de ninguna manera, medidas que premien a los empleadores, que están cumpliendo con la igualdad retributiva. Es decir, no se debe admitir, como contempla la PLIR, bonificaciones para los empleadores que eliminen la brecha retributiva en sus empresas<sup>40</sup>.

Por desgracia, ese cambio es más formal que real; y para ello basta con acudir a instrumentos como las buenas prácticas, las memorias de responsabilidad social y los planes de igualdad. Ante la imposibilidad, por las dimensiones de este trabajo, de traer a texto todo la batería de medidas contenidas en estos soportes, sólo se va a mencionar los

<sup>38</sup> Para la OIT, la equidad salarial tiene las siguientes ventajas: a) “*mejores prácticas de contratación y selección*”, b) “*la identificación de exigencias subestimadas en empleos dominados por mujeres*”, c) “*un entorno de trabajo mejor basado en los principios de igualdad*”, d) “*aumento de la reputación de las empresas y de su atractivo*”, e) “*mejora de las relaciones laborales*”, f) “*mayor autonomía económica de las trabajadoras*”, g) “*disminución de los costos legales y las sanciones*”, y h) “*una política salarial más coherente*”, *Igualdad...*, opus., cit., pp. 6 y 8 e, igualmente, en p. 68.

<sup>39</sup> *Igualdad...*, opus., cit., p. 6.

<sup>40</sup> La DA II de la PLIR propone que “*a fin de favorecer la equiparación retributiva real y efectiva entre hombres y mujeres se incentivará inicialmente la actuación empresarial en orden a disminuir la brecha salarial mediante bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social. Su concreción mediante desarrollo reglamentario determinará su alcance, que debe aplicarse no sobre toda la retribución que perciba el trabajador sino únicamente sobre el incremento que se deriva de la medida adoptada contra la brecha salarial en relación con la retribución anterior y con la duración que se determine*”.

principales objetivos de estas prácticas empresariales: potenciar el talento femenino<sup>41</sup>, como premisa clave de actuación; fomentar la evaluación del desempeño<sup>42</sup> y, al mismo tiempo, la formación<sup>43</sup>, como instrumentos de potenciación de la progresión profesional de la mujer<sup>44</sup>; y favorecer la gestión del tiempo de trabajo<sup>45</sup>, eso sí, como vía de control del absentismo<sup>46</sup>. Todas ellas tienen como nexo de unión la obtención de mayores beneficios; de tal manera que la lucha contra la discriminación es, simplemente y con todo, una deriva del interés empresarial por optimizar resultados.

<sup>41</sup> Según la Comisión Europea, “los empresarios pueden obtener beneficios si utilizan los talentos y las capacidades de las mujeres de manera más eficaz”, *Cómo combatir la brecha salarial...*, opus., cit., p. 8.

<sup>42</sup> Para las empresas, “la evaluación del desempeño sirve para aplicar una retribución determinada según valía personal y, también, para identificar aquellas personas con talento susceptibles de participar en procesos de promoción”, Red DIE, *Medidas que aplican las empresas de la Red de empresa con distintivo de igualdad en la empresa para eliminar la brecha salarial de género*, 2015, p. 12.

<sup>43</sup> En este sentido, destaca la práctica de la empresa Peugeot Citroën Automóviles España, SA, que ha instituido el Plan de desarrollo de competencias profesionales-técnicas de las trabajadoras del Grupo de personal horario (operarias de producción), cuyo principal objetivo es “el desarrollo profesional de las mujeres, especialmente en aquellas áreas en las que están menos representadas, impulsando su participación en programas de formación profesional, cursos de especialización técnicos..., tanto en las escuelas de formación interna, como en centros educativos externos...[así se] pretende aumentar la presencia de mujeres en puestos de responsabilidad y en oficios de tipo técnico del Taller tradicionalmente masculinizados” y, para ello, adopta medidas de acción positiva -en definitiva, preferencia para las mujeres que han seguido los cursos-, Red DIE, *Guía de buenas prácticas en acciones positivas o promocionales de igualdad*, 2015, pp. 27 a 33. Curiosamente, no se aporta conclusiones, ni datos sobre la efectividad de la medida.

<sup>44</sup> Lamentablemente, muchas empresas responsabilizan a las propias mujeres de esta segregación vertical, puesto que consideran que son ellas mismas las que se limitan -eso sí, por cuestiones de género- en su ascenso profesional. Ello queda patente en la empresa Enagás, SA, cuyo programa formativo “¿hasta dónde quieres llegar? [está] dirigido a mujeres profesionales de la compañía con el objetivo de permitir la detección de barreras que las profesionales se autoimponen”, Red DIE, *Medidas que aplican las empresas...*, opus., cit., p. 31. Por ello, hay organizaciones, cuyas medidas van dirigidas -profundo eufemismo- a alentar a las mujeres a promocionarse. Sólo dos ejemplos son suficientes para ilustrar esta afirmación. Por un lado, el Programa de Liderazgo Femenino de la empresa Mutua Madrileña Automovilista, Sociedad de Seguros a prima fija que establece como objetivo “despertar la ambición en mujeres no directivas con potencial, que apuestan por su vida profesional, facilitándoles los medios necesarios” -Red DIE, *Medidas más eficaces para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2017, pp. 19 a 25-. Y, por otro lado, el Plan Alcanza de Desarrollo Profesional del Banco Santander, SA, que tiene, entre sus objetivos, “despertar en las mujeres el interés y la ambición por llegar a puestos de dirección”; este Plan es resultado del diagnóstico de la empresa, que concluyó que “la mayoría de las mujeres estaba en posiciones técnicas y administrativas y pocas estaban llegando a puestos directivos”; de ahí la necesidad, según la empresa, de “incrementar el número de mujeres en posiciones directivas”. Este Plan “incluye tres programas de desarrollo de liderazgo dirigidos a identificar y apoyar a las mujeres de alto potencial del Grupo en momentos cruciales de su carrera”. Desde su puesta en marcha, “más de un 35% de participantes han promocionado o cambiado de puesto”. Es claro que la empresa identifica dos supuestos no idénticos, ya que no es lo mismo cambiar de puesto que promocionar, y no aporta datos sobre el porcentaje de cada uno de estos resultados -Red DIE, *Guía de buenas prácticas...*, opus., cit., pp. 41 a 46-.

<sup>45</sup> La empresa Ernst & Young, SL; Ernst & Young Servicios Corporativos, SL y Ernst & Young Abogados, SLP ha adoptado una medida llamada Gestión del Tiempo Personal, que parte de una curiosa afirmación: la necesidad de la gestión del tiempo “no sólo es así en el caso de las mujeres profesionales, que son quienes siguen asumiendo la principal responsabilidad de la familia; sino también en los hombres, quienes se implican o quieren implicarse cada vez más en las tareas familiares” y, con este propósito, ha contratado una serie de servicios para los trabajadores tales como “asesoramiento legal, administrativo y médico, búsqueda de las mejores ofertas para la compra de coches, bienes de consumo, etc”. De este modo, como se encarga de afirmar la empresa, se consigue un “ahorro de tiempo en gestiones del personal de la empresa, que se traduce en retorno económico para la empresa”, Red DIE, *Guía de buenas prácticas...*, opus., cit., pp. 34 a 40.

<sup>46</sup> Por ejemplo, la empresa Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, ha implantado, como medida de conciliación, “la jornada intensiva de 6 horas y 25 minutos para las embarazadas a partir de su semana 30 de gestación, sin disminución alguna de salario. Con esta medida hemos comprobado una reducción del absentismo considerable lo que revierte en mayor productividad y por lo tanto, afecta directamente a la cuenta de resultados”, Red DIE, *La igualdad como criterio de reputación y proyección económica de la empresa*, 2017, p. 12. No hace falta detenerse demasiado para observar que no se trata de una medida de conciliación sino de ganancia empresarial, aunque beneficie a la trabajadora.



Mención aparte merece las destinadas directamente a combatir la brecha retributiva; y que se contienen en el siguiente cuadro<sup>47</sup>.

Análisis de la brecha salarial de género	99.1%
Procedimientos transparentes de promoción	88.8%
Acciones positivas	88.8%
Descripción y clasificación de puestos de trabajo	80.2%
Conceptos retributivos siguiendo criterios objetivos	69%
Bandas salariales según grupos profesionales	68.1%
Conocimiento y publicidad de los conceptos retributivos	50%
Evaluación periódica de la brecha salarial de género	45.7%
Evaluación del desempeño	45.7%
Valoración de puestos de trabajo	18.1%

Fuente: Red DIE, Medidas que aplican las empresas de la Red de empresas con distintivo Igualdad en la Empresa para eliminar la brecha salarial de género. Elaboración propia.

De estos datos, se puede extraer, en primer lugar, que la apuesta mayoritaria es por medidas de análisis, es decir, una premisa de trabajo fundamental pero inoperante si no se llega más allá; en segundo lugar, que la transparencia es una medida adoptada sólo por la mitad de las empresas, lo que pone de manifiesto una cierta reticencia empresarial, que permite dudar de la efectividad de las medidas de transparencia; en tercer lugar, que los porcentajes descienden considerablemente cuando las medidas afectan a evaluación del desempeño y a valoración de puestos de trabajo, dos piezas claves en la lucha contra la brecha retributiva; y en cuarto y último lugar, que las principales medidas, en términos cuantitativos, suponen, en esencia, un mero cumplimiento de la norma legal –previa, como es obvio por las fechas, al RDL 6/19– y constitucional.

## 2. CATÁLOGO DE MEDIDAS

Independientemente de la formulación concreta de las correspondientes medidas de lucha contra la brecha retributiva, hay que indicar que, todas ellas, tienen que tener unas características comunes pues, de lo contrario, estarán abocadas, *ab initio*, al fracaso.

En primer lugar, que el diseño de las mismas tiene que tener una doble naturaleza. Por un lado, medidas de carácter preventivo, que impidan la existencia de la propia brecha<sup>48</sup>; ahora bien, como ese resultado, en la actualidad, es casi imposible, hay que

<sup>47</sup> La descripción de cada una de las medidas adoptadas por las distintas empresas de esta Red DIE en *Medidas que aplican las empresas...*, opus., cit., p. 18 y ss. De ellas se quiere destacar la de la empresa Software AG España, SA, que ha decidido que “la cuantía de la retribución variable no se verá aminorada por la realización de jornada reducida por cuidado de menor o de familiar a cargo o por haber disfrutado del período de maternidad/paternidad y/o de lactancia, más allá de la correspondiente reducción del salario fijo por disminución de la jornada, y se determinará en función de la consecución final de los objetivos”, p. 27. Otras medidas aparecen contenidas en otra publicación de la Red DIE como *Medidas más eficaces para la igualdad...*, opus., cit.; de esta última se puede mencionar la de la empresa Soemca Empleo, SL -centro especial de empleo- consistente en “la elaboración con carácter anual de un estudio de brecha salarial desagregado por sexo y comparativa interanual y las medidas que se ponen en marcha en caso de desequilibrio retributivo entre hombres y mujeres” -pp. 47 a 52- y la de la empresa Equipos Nucleares, SA, que fija la “realización periódica de análisis estadísticos sobre las retribuciones medias de mujeres y hombres en la empresa” y la “reestructuración del recibo del salario, detallando de una forma más clara los conceptos salariales” -p. 70-.

<sup>48</sup> “La Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar medidas preventivas relativas a las infracciones del principio de igualdad de remuneración [art. 26], dejándoles a ellos de nuevo la elección de las medidas. Las

combinarlo con medidas de carácter estructural que, con independencia de coyunturas o realidades, consigan corregir esta discriminación retributiva. En segundo lugar, que las medidas arbitradas no sólo deben satisfacer el interés general sino también, lo que no siempre es atendido con la intensidad requerida, los intereses de la mujer discriminada. Ello significa que se repare económica y moralmente el daño sufrido por la mujer, que se ha visto sometida –normalmente, durante largos periodos de tiempo– a la diferencia de retribución. En tercer lugar, que se trate de medidas reales con contenidos aplicables y controlables, que partan de todos los elementos configuradores de la brecha retributiva. En cuarto lugar, que debería adoptarse más medidas de acción positiva<sup>49</sup>; medidas que, siguiendo al art. 11 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres<sup>50</sup> (en adelante, LOIEMH), deben instituirse por los poderes públicos –siempre y cuando cumplan los principios de temporalidad, razonabilidad y proporcionalidad– así como por la negociación colectiva<sup>51</sup> y por las propias empresas. Con esta voluntad, por ejemplo, el art. 1 de la PLIR modifica el art. 17 del ET, indicando que se pueden adoptar medidas de esta naturaleza “*para favorecer la equiparación retributiva real y efectiva entre hombres y mujeres*”. Es verdad que en materia de brecha retributiva no siempre es fácil diseñar medidas de acción positiva<sup>52</sup> pero, no por ello, deben descartarse, puesto que hay ámbitos, como la segregación vertical, en los que este tipo de medidas tiene importantes y beneficiosas repercusiones para neutralizar la brecha retributiva. En quinto lugar, que, al ser una expresión de la discriminación, las medidas tienen que atender al necesario cambio de mentalidad de la sociedad<sup>53</sup> y, por ello, no deben circunscribirse al ámbito laboral sino que deben extenderse a cualquier parcela que, directa o indirectamente, repercutan en la brecha retributiva pues, de lo contrario, pueden quedar en papel mojado como está ocurriendo con la mayoría de las instituidas en materia de conciliación de la vida personal y profesional.

## 2.1. Medidas generales

Campañas de sensibilización e información. Esta medida parece quedar en entredicho cuando, según las encuestas realizadas por la Comisión Europea, el “90% of europeans think that it is not acceptable that women are paid less for the same job as men”<sup>54</sup> y, sobre todo, que el 69%, un porcentaje nada desdeñable, opina que las mujeres cobran

---

*medidas preventivas podrían incluir la realización de investigaciones encaminadas a prevenir la desigualdad salarial, la organización de cursos de formación para las partes interesadas, y actividades de sensibilización”.*

<sup>49</sup> Estas medidas inciden “directamente en el resultado, [por lo que] acaba[n] teniendo repercusión en la raíz del problema, con más eficacia y desde luego celeridad que las tradicionales medidas de igualdad de oportunidades”, Gómez Abelleira, “Las acciones positivas de las empresas...”, opus., cit., pp. 181 y 212.

<sup>50</sup> Ley 3/2007 de 22 de marzo (BOE de 23 de marzo).

<sup>51</sup> La Proposición Igualdad incide, de manera significativa, en este tema de las acciones positivas tanto definiéndolas como patrocinándolas. De ahí sus modificaciones de preceptos estatutarios como el 17, el 24 y el 85. Tanto es así que tipifica como infracción grave “incumplir el deber de negociación de acciones positivas...cuando en el ámbito funcional objeto de negociación colectiva existan situaciones patentes de desigualdad de hecho de las mujeres respecto de los hombres”. Y concreta el ámbito de actuación en la contratación, la clasificación profesional, los ascensos, la promoción y la formación; espacios, como se está viendo, que causalizan la brecha retributiva.

<sup>52</sup> Pérez del Río propone que los convenios deberían incluir “medidas de acción positiva que traten de eliminar situaciones de desigualdad retributiva fijando salarios mínimos garantizados y estableciendo incrementos salariales suplementarios al general con objetivo de equiparar las categorías feminizadas con sus equivalentes masculinizadas”, “La discriminación por razón de género en el empleo y en las condiciones de trabajo”, CARL, 2009, p. 145.

<sup>53</sup> OIT, *Igualdad...*, opus., cit., p. 9.

<sup>54</sup> Es cierto que ese 90% está referido a igual trabajo, no a trabajos de igual valor. Sin embargo, siguiendo con esta encuesta, “only 26% of europeans are aware of the legal guarantee of equal pay for equal work in their country” y, a pesar de ello, consideran que, en sus empresas, se está aplicando el principio de igual salario por trabajos iguales o de igual valor. Sin embargo, a medida que se va concretando, los resultados van variando. Una mayoría –eso sí, de hombres, 58%– entiende que se presta suficiente atención al principio de igual salario en sus empresas y, en consecuencia, el 51% piensa que no hay discriminación salarial. Todos estos datos en [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (15 de septiembre de 2018).

menos que los hombres –un 23% lo mismo y un 2% más–; y en España, ese porcentaje aumenta al 81%, siendo mayor en Suecia –94%–, Holanda –88%– o Alemania –84%–. Por consiguiente, el problema no está en el desconocimiento de esta realidad sino en la falta de sensibilidad hacia la misma. De ahí que las medidas deben dirigirse no sólo, que también, a hacer visible esta discriminación, sino a asumir que se trata de una situación insostenible e injusta. Hasta que ello no se interiorice, la brecha retributiva subsistirá. Pues bien, este tipo de medidas es habitual a todos los niveles, pero algo debe estar fallando cuando la brecha retributiva se mantiene. Por tanto, se requiere de un mayor y distinto esfuerzo, que se traduzca en programas más incisivos, más reales y más generales, que no tengan como destinatarios exclusivamente a los sujetos con capacidad de intervención, sino a la sociedad en su conjunto. De ello es consciente la Unión Europea cuando, en la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia<sup>55</sup> (en adelante, Recomendación sobre transparencia), indica que *“los Estados miembros deberán aumentar la sensibilización de las empresas y organizaciones públicas y privadas, los interlocutores sociales y el público en general, con el fin de promover el principio de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor y la transparencia salarial, hacer frente a las causas de las diferencias salariales entre hombres y mujeres, y elaborar herramientas para ayudar a analizar y evaluar las desigualdades salariales”*.

Educación y formación. Íntimamente unida a estas campañas y, a la par, como parte de ellas, debe arbitrarse medidas orientadas a formar y educar a la ciudadanía, desde la infancia, en igualdad con la finalidad de destruir los estereotipos de género. Unos estereotipos, que condicionan el desarrollo formativo y profesional de las personas<sup>56</sup> que, en el caso de las mujeres, las aboca a sectores y empleos con mayor brecha retributiva. En esta dirección, más allá de declaraciones obvias, la medida por excelencia es un acertado sistema de orientación formativa<sup>57</sup> y profesional, que contrarreste, por ejemplo, el déficit femenino en *“carreras técnicas”*<sup>58</sup>, es decir, las de mayor proyección profesional y menor

<sup>55</sup> Recomendación de 7 de marzo de 2014 (DOUE L.69/112 de 8 de marzo de 2014).

<sup>56</sup> El PAUE indica que *“la Comisión apoyará las prácticas destinadas a eliminar prontamente en la educación y la vida profesional los estereotipos que dan lugar a diferencias en el empleo de mujeres y hombres en diferentes ámbitos”*. De ahí que *“lo que hay detrás de estas preferencias es, al fin y al cabo, un mantenimiento de los roles y estereotipos de género derivados de la tradicional división sexual del trabajo que aún hoy -por más que éstos vayan modificándose hacia patrones más semejantes- continúan provocando que las elecciones no sean resultado tanto de una preferencia en sí como del mandato de género”*, Ministerio de Igualdad, *La brecha salarial...*, opus., cit., p. 26.

<sup>57</sup> *“Es necesaria una adecuada orientación para vencer los estereotipos tradicionales de sexo que influyen en las opciones formativas, procurando reforzar la conexión entre estas últimas y las necesidades del tejido productivo, labor en la que deben implicarse en profundidad las Administraciones Públicas”*, Consejo Económico y Social, *Informe sobre la negociación colectiva...*, opus., cit., p. 64.

<sup>58</sup> Millán-Vázquez de la Torre, Santos Pita y Pérez Naranjo, *“Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo”*, Papeles de Población, nº 84, 2015, p. 198 y, de forma similar, en p. 205. Según el PAUE, *“los datos del PISA muestran que los estereotipos de género siguen prevaleciendo”*. Por consiguiente, no es de extrañar que el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021 (BOE de 8 de diciembre de 2018) tenga, entre sus principales objetivos, *“fomentar los estudios relacionados con las ciencias, las tecnologías, la ingeniería y las matemáticas (STEM) como opción, prestando especial atención a fomentar la incorporación de las niñas y las jóvenes a estas disciplinas”*. Sin embargo, esta pretensión no se materializa en medidas concretas; a lo sumo, las actuaciones se dirigen, principalmente, hacia dos focos: la formación profesional y la formación en igualdad de los orientadores laborales. Con términos más amplios, el Plan Anual de Política de Empleo 2019 (BOE de 15 de marzo de 2019) enfatiza que, entre los objetivos del citado Plan de Choque, está *“eliminar...la brecha salarial de género para lo cual es necesario desarrollar una formación específica en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres para eliminar sesgos de género”*. En esta misma línea, el RDL 6/19 afirma, en su Exposición de Motivos, que *“las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas. Los nuevos puestos laborales que están siendo creados son, a su vez, los mejores remunerados; por ello, las políticas públicas de igualdad deben remover los obstáculos que impidan el acceso y desarrollo de las mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología”*. Pese a este reconocimiento, no se instituye ninguna medida en esta dirección.

brecha. Otro tema, aunque conexo con éste, es que, desgraciadamente para la mujer, a medida que aumenta su nivel de estudios, lo hace la brecha retributiva<sup>59</sup>. Ninguna de las proposiciones de ley como tampoco el RDL 6/19 incorpora medidas –ni durante la fase formativa, ni durante la laboral– para paliar estas realidades.

Corresponsabilidad. Hasta el momento, en el que la corresponsabilidad sea una realidad, los prejuicios y los entorpecimientos de la mujer en el mercado de trabajo le impedirán desarrollarse profesionalmente en términos de igualdad y no discriminación y, por tanto, será víctima, entre otras manifestaciones, de la brecha retributiva. Está demostrado que las mujeres trabajan menos debido a la asunción de las responsabilidades familiares<sup>60</sup> y con peores condiciones retributivas. De ahí la necesidad de articular medidas en esta dirección. Obviamente, por el objeto y naturaleza de este trabajo, no se puede entrar en todas aquellas medidas, que repercuten en la brecha retributiva; ahora bien, si se quiere realizar unas observaciones generales. La primera, que la mejor medida es el establecimiento de una red de centros públicos de atención a la infancia, a la vejez y/o a la dependencia<sup>61</sup> complementada, según los casos, por ayudas a la familia –otra de las grandes quiebras españolas, como se ha encargado de resaltar la Unión Europea<sup>62</sup>–. De lo contrario, la mujer sufre, en el mejor de los casos, la brecha retributiva<sup>63</sup>, y, en el peor, se ve obligada a la inactividad<sup>64</sup>. Y la segunda, que hay que apostar decididamente por la corresponsabilidad y, sólo en su defecto, por medidas de conciliación<sup>65</sup>; no obstante, ambas coadyugarán, de manera importante, a reducir la brecha retributiva. Fundamentalmente, tales medidas, distintas de las ya conocidas por todos, se están centrando en la equiparación temporal de los permisos de paternidad y maternidad<sup>66</sup>—medida estrella del RDL 6/19— y en la fijación de una bolsa de horas de libre disposición o en una jornada continuada para facilitar la conciliación<sup>67</sup>.

<sup>59</sup> Ministerio de Igualdad, *La brecha salarial...*, opus., cit., p. 25 e, igualmente, *Determinantes de la Brecha Salarial...*, opus., cit., p. 49.

<sup>60</sup> Comisión Europea, *Cómo combatir la brecha salarial...*, opus., cit., p. 7. Exactamente, en Europa, el *Compromiso Estratégico por la Igualdad de Género 2016-2019* indica que “*working women still devote two and half hours a day more to parenting and household duties than men*”. En suma, como se lee en la Exposición de Motivos de la PLIR, “*se asume la responsabilidad de cuidado porque se cobra menos y se cobra menos porque se asumen las responsabilidades de cuidado con lo cual se genera un bucle que se retroalimenta continuamente y que solo una actuación normativa global puede neutralizar*”.

<sup>61</sup> Así lo propuso ya en 2003, el Consejo Económico y Social, *Informe sobre la negociación colectiva...*, opus., cit., p. 65.

<sup>62</sup> Entre las Recomendaciones del Consejo, de 23 de mayo de 2018, en relación con el Programa Nacional de Reformas de 2018, está “*improve family support*” -COM (2018) 408 final-.

<sup>63</sup> Al contrario y según el PAUE, “*la inversión en establecimientos de cuidado formal y en permisos relacionados con la familia adecuados, tanto para hombres como para mujeres, contribuye a reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres, ya que da lugar a menos interrupciones de la carrera profesional y a un empleo menos discontinuo para las mujeres*”; por lo que “*la Comisión apoyará el empoderamiento económico de las mujeres mediante la promoción de políticas de fomento del equilibrio entre la vida privada y la vida profesional*”.

<sup>64</sup> “*En 2015, el 38% de las mujeres que se declaran inactivas y que no buscan empleo, argumentan esta decisión indicando no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de menores*”, CCOO, *La brecha salarial: factor de quiebra democrática*, 2018, p. 10.

<sup>65</sup> El Considerando 10 de la Directiva 2006/54 establece que estas medidas de conciliación son necesarias para luchar contra la discriminación salarial. En la actualidad, están siendo debatidas con la Propuesta de Directiva -COM (2017) 253 final-, que pone de relieve, según el PAUE, el esfuerzo de la Comisión “*por lograr una rápida adopción, por parte de los legisladores, de la Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*”.

<sup>66</sup> La DA I de la PLIR indica que “*a efectos de esta Ley...el Gobierno iniciará, durante el primer año de vigencia..., un proceso de reforma gradual conducente a la equiparación de los permisos de paternidad y maternidad, para que sean iguales, intransferibles y plenamente remunerados, en un plazo razonablemente sostenible y no superior a cinco años*”.

<sup>67</sup> Medida contenida en el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (BOE de 26 de marzo de 2018), y que ya estaba contemplada en el II Plan de Igualdad de la Administración General del Estado de 2016.

## 2.2. Medidas sustantivas

En primer lugar, hay que llamar la atención sobre la presunción de discriminación contenida tanto en la PLIR como en la PLITOMH<sup>68</sup>; en virtud de la cual, de cumplirse unos requisitos, se presume *iuris tantum* la existencia de discriminación retributiva en la empresa debido a las diferencias, en perjuicio de uno de los sexos, de las cantidades percibidas. Curiosamente, esta propuesta no ha tenido acogida en el RDL 6/19, que ha sustituido la presunción por una justificación. Esto es, en las empresas de 50 o más trabajadores cuando “*el promedio de las retribuciones...de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras*”. No es necesario detenerse en la mayor laxitud de esta medida que, además, presenta importantes deficiencias. En primer lugar, que está excluyendo al 95.69% de las empresas españolas<sup>69</sup>, en las que, sin duda, puede haber discriminación, y ni tan siquiera se exige al empleador, que argumente los motivos de esas diferencias retributivas. En segundo lugar, la cuantificación del 25% supone desatender la posible discriminación por debajo de ese umbral, que, no por inferior es menos relevante; cuando se trata de una cuestión, en la que la tolerancia debe ser cero. Y en tercer lugar, el valor de referencia debería ser acorde con el concepto de retribución derivado de la Unión Europea; de tal modo que abarcara cualquier cantidad percibida por el/la trabajador/a. Así, no debería emplearse la disyuntiva entre la “*masa salarial o la media de las percepciones satisfechas*”.

En segundo lugar, la definición del trabajo de igual valor o, sencillamente, del valor del trabajo. Como es de esperar, la significación de este tema ha hecho que se contemple en el RDL 6/19 –como también han hecho las distintas proposiciones de ley<sup>70</sup>–. Así, el art. 28.1 del ET adopta la siguiente formulación: “*un trabajo tendrá igual valor que*

<sup>68</sup> El art. 2 de la PLITOMH incorpora un párrafo tercero al art. 28 del ET; según el cual, “*cuando en una empresa con al menos veinticinco trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, se presumirá que concurre discriminación salarial por razón de sexo, salvo prueba en contrario que lo justifique por motivos no relacionados con el sexo de los trabajadores*”. Y, con la misma voluntad, la PLIR añade a este precepto estatutario que, “*se presumirá la existencia de discriminación retributiva por razón de sexo, salvo prueba en contrario, cuando, en el ámbito de una empresa de veinticinco o más trabajadores, sea o no por aplicación del convenio, el promedio de percepciones salariales y extrasalariales de los trabajadores de uno de los sexos supera en más de 20 puntos porcentuales el de los trabajadores del otro sexo, ya sea en su globalidad o referido a alguna/s de las percepciones*” -esta medida es compartida por UGT, *Propuestas...*, opus., cit., p. 5-. La PLIR extiende esta regla a los empleados públicos; aplicándola tal cual a los laborales mientras que, en el caso de los funcionarios, su art. 3, modifica, a estos efectos, el EBEP indicando que “*se presumirá la existencia de discriminación retributiva por razón de sexo, salvo prueba en contrario, cuando...el promedio de las retribuciones percibidas, sea cual sea su naturaleza, y ya sea en su globalidad o referido a algunos de las percepciones, superara en más de veinte puntos porcentuales al de los funcionarios del otro sexo*”.

<sup>69</sup> De los “3.236.582 empresas que hay en España, sólo el 4.31%, 139.403 empresas tienen más de 10 trabajadores”, UGT, *La brecha salarial...*, opus., cit., 2018, p. 3.

<sup>70</sup> Como es previsible, el RDL 6/19 recoge la definición contenida en los arts. 2 y 5 de la PLITOMH -esta Proposición modifica también, en estos términos, el art. 30.bis del EBEP-. Por su parte, la PLIR establece, en su art. 1, con el que da una nueva redacción al 28 del ET, que “*el valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad así como cualquier otro factor estrictamente relacionado con las capacidades del trabajador y con las condiciones en que se desarrolla el trabajo*”, lo que extiende a la modificación del art. 22 del EBEP. Mientras que el art. 10 de la PLITREMH define los “*trabajos de igual valor [como] aquellos que suponen el desempeño de tareas y funciones equivalentes, atendiendo para la comparación a criterios objetivos y adecuados al sector a que pertenezca la empresa, tales como los requisitos educativos y de formación, las cualificaciones y la experiencia profesionales, las exigencias físicas y mentales, las responsabilidades, así como, en su caso, cualquier otro factor relacionado con las condiciones en las que se desarrolla el trabajo que permita obtener la información precisa para establecer la equivalencia*”.

otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes<sup>71</sup>. Se trata de una definición que, con pequeñas diferencias y matices, recoge, en líneas generales, las propuestas comunitarias –cuyos criterios son: características del trabajo, formación y condiciones laborales<sup>71</sup>–, y sigue la tónica de los Estados miembros, que ya han incorporado este concepto<sup>72</sup>.

Es cierto, y es la gran quiebra de cualquier definición legal, que es imposible, por la casuística que requiere, que contemple todas las opciones o criterios, que comprometen la valoración del puesto de trabajo, ya que depende, con cierta frecuencia, de otras muchas variables como el sector o la propia empresa. Ni que decir tiene que los propuestos criterios son parámetros a tener en cuenta y que, desde luego, van a influir en la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales pero, lo verdaderamente importante, no está tanto en esa posible definición como en la fijación de un método analítico de valoración de puestos, que elimine, en la medida de lo posible, cualquier discrecionalidad o arbitrariedad o, si se prefiere, el empleo de criterios sexistas<sup>73</sup>, que menosprecian las competencias femeninas y sobrevaloran las masculinas<sup>74</sup>.

Esta identificación de los criterios, con ser una propuesta válida, no pone fin al problema, que radica en eliminar la feminización o masculinización de las características y actitudes –lo que, sin embargo, es aceptado con total naturalidad–; de tal modo que no estén vinculadas al género, sino a las personas<sup>75</sup>. Así y sólo así, se conseguirá no perpetuar criterios discriminatorios basados en atribuciones por género. Este deseable, y aún lejano, resultado debe complementarse con el mencionado método analítico de valoración de puestos de trabajo. Método que sería el presupuesto, por un lado, de la propia valoración, y, de otro, del diseño de las correspondientes clasificaciones

<sup>71</sup> De conformidad con el Considerando 9 de la Directiva 2006/54, son “la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales”; mientras que, de acuerdo con la Recomendación sobre transparencia, “el valor del trabajo deberá evaluarse...utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión”.

<sup>72</sup> Estos Estados, según el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54, suelen acudir a los siguientes criterios: “las cualificaciones, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo como los principales factores para calcular el valor del trabajo”.

<sup>73</sup> El art. 4 de la Directiva 2006/54 establece que “cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”. La expresión criterios comunes ha sido interpretada por el TJUE en el sentido de que “no pueden utilizarse criterios de valoración asociados predominantemente a uno de los dos sexos, sino que su utilización debe ser equitativa”; por consiguiente, cuando se utilice un criterio “sexualizado”, “debe estar justificado objetivamente. Tiene que ser realmente necesario para desarrollar el trabajo del que se trate”, Crespi, “El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género”, Femeris, nº 1, 2017, pp. 23 y 24. Para disuadir del uso de criterios discriminatorios, la PLIR exige que “el instrumento en el que conste la clasificación profesional deberá expresar los criterios y/o características justificativos de la retribución derivada de dicha clasificación, a efectos de facilitar la detección de discriminación indirecta retributiva. Lo mismo deberá constar con relación a la percepción de los complementos salariales y demás retribuciones”; del mismo modo, su art. 3, modifica el art. 14.i) del EBEP incluyendo, como parte del derecho individual a no ser discriminado, “el desarrollo y uso de sistemas no sexistas de evaluación y clasificación de empleos”, a lo que añade, con la modificación del art. 69.2.f), que debe analizarse e identificar “incorrectas valoraciones de las prestaciones de servicios realizadas por su personal a efectos de corregir la discriminación retributiva indirecta por razón de sexo”. Una propuesta a los negociadores de clasificación profesional no sexista en Pérez del Río, “La discriminación por razón de género...”, opus., cit., pp. 131 y 132.

<sup>74</sup> Consejo Económico y Social, Informe sobre la negociación colectiva..., opus., cit., p. 52.

<sup>75</sup> De alguna manera, la Comisión Europea si las considera de personas y no de género cuando afirma que “las capacidades de las mujeres a menudo se infravaloran porque se considera que reflejan características femeninas, en lugar de capacidades y competencias adquiridas”, Cómo combatir la brecha salarial..., opus., cit., p. 6 y, de forma bastante parecida, la OIT, Igualdad..., opus., cit., p. 22.

profesionales y valoraciones retributivas. No cabe ser ingenuo con este planteamiento. Estos métodos científicamente demostrados, y publicitados tanto a nivel internacional<sup>76</sup> y comunitario<sup>77</sup> como nacional<sup>78</sup>, no cuentan, siempre y en todo caso, con la aprobación y aceptación de la clase empresarial e, incluso, con su conocimiento por los sindicatos y por los representantes de los trabajadores, por lo que su planteamiento es, más veces de las deseadas, meramente teórico; prueba de ello es nuestra negociación colectiva<sup>79</sup>. En consecuencia, lo oportuno sería hacer obligatorio, por ley, la implantación de estos métodos; sin que se pueda entender esta propuesta como una intromisión en la libertad de empresa, ya que los mismos siempre tienen en cuenta el interés empresarial. Mientras tanto, la única medida contenida, en esta dirección, en el RDL 6/19, y que supone la traslación de la incluida, en términos similares, en el art. 19 de la Proposición Igualdad, consiste en dar una nueva redacción al art. 22.3 del ET, según la cual *“la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el art. 28.1”*. No hace falta detenerse en que se trata de una medida loable pero que no evita el problema de fondo.

En tercer lugar, hay que articular medidas para combatir la segregación vertical, ya que esta impide a la mujer la promoción profesional<sup>80</sup>, ya sea por los estereotipos de género y/o sexo<sup>81</sup>, ya sea por unos sistemas de ascensos sexistas. Salvo en aquellas ocasiones, y no siempre, en las que se utilizan criterios neutros, la mayoría de las veces toman en consideración características y exigencias vinculadas al género masculino. Ello, según el PAUE, *“explica una proporción significativa de la brecha salarial entre hombres y mujeres”*; con el agravante de que *“las mujeres que ocupan puestos de alto nivel en sectores con predominio femenino reciben salarios considerablemente más bajos que las mujeres situadas en lo alto del escalafón en sectores típicamente masculinos”*<sup>82</sup>. De ahí la necesidad de articular medidas –no abordadas por el RDL 6/19–, que vayan más allá de

<sup>76</sup> Para la OIT, estos métodos evalúan el *“puesto de trabajo desglosan[do] los trabajos en componentes, factores o subfactores y les asignan puntos”*; siendo los factores los siguientes: *“capacidades y cualificaciones adquiridas por medio de la educación, la formación o la experiencia”*, la *“responsabilidad por el equipamiento, el dinero y las personas”*, el *“esfuerzo, que puede ser físico, mental y psicológico”* y las *“condiciones de trabajo, que abarcan tanto aspectos físicos...como psicológicos”*, así *“empleos diferentes que tienen el mismo valor numérico dan derecho a una remuneración igual. La evaluación del puesto de trabajo se centra en el contenido del mismo, no en las capacidades y características de aquellos que llevan a cabo el trabajo ni en su rendimiento”*, Igualdad ..., opus., cit., pp. 42 a 44.

<sup>77</sup> Anexo 1 del Informe de aplicación de la Directiva 2006/54.

<sup>78</sup> La Guía Sistema de Valoración de Puestos de Trabajo en las empresas con perspectiva de género cuenta con una herramienta, que permite a las empresas: *“procurar la ausencia de prejuicios sexistas en la definición y baremación de los factores, estableciendo un SVPT que garantice la ausencia de discriminación”*, *“analizar cuántos de los puntos obtenidos por un puesto de trabajo proceden de factores que la organización ha considerado femeninos, masculinos o neutros”* y *“realizar la comparativa de salarios atendiendo al sexo de las personas”*. Supone la elaboración de una enumeración de factores, que son de 4 tipos (conocimiento y aptitudes, responsabilidad, esfuerzo y condiciones de trabajo; y cada uno de los cuales puede, a su vez, subdividirse), y una escala de valoración por cada factor o subfactor, respondiendo al nivel de exigencia de las características de los puestos de trabajo, que deben describirse y detallarse lo más posible. Realizada la valoración, debe concederse a los puestos de trabajo un valor retributivo -www.igualdadenaempresa.es (3 de octubre de 2018)-.

<sup>79</sup> La PLITREMH, en su DAI, indica que se *“pondrá a disposición de los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos y de las empresas una metodología normalizada que permita valorar los puestos con criterios objetivos y determinar su retribución a los efectos de garantizar el principio de igualdad retributiva”*.

<sup>80</sup> Como se afirma en el PAUE, *“en todos los sectores y profesiones las mujeres tienen menos probabilidades de ser ascendidas y de asumir responsabilidades directivas”*.

<sup>81</sup> Esta segregación vertical *“todavía viene en parte delimitada por el sexo en lugar de la preparación académica”*, Millán-Vázquez de la Torre, Santos Pita y Pérez Naranjo, *“Análisis del mercado laboral femenino en España...”*, opus., cit., p. 209.

<sup>82</sup> Comisión Europea, *Cómo combatir la brecha salarial...*, opus., cit., p. 7.

las genéricas declaraciones de no discriminación en los sistemas de ascensos y promoción profesional. Estas últimas cumplen la función que cumplen y, puede afirmarse, que es ninguna. Desafortunadamente, este ámbito queda cubierto, en gran medida, por la acción empresarial que, como se ha visto, no es la más idónea. De ahí que la negociación colectiva debería tomar las riendas de este problema si se quiere eliminar la discriminación de la mujer y, con ella, las consecuencias que esta segregación tiene en la cuantificación de la brecha retributiva. Así, los convenios colectivos, al igual que en materia de clasificación profesional, deberían introducir métodos analíticos –reduciendo al máximo la libre designación empresarial–, con los que garantizar a la mujer las mismas condiciones de ascenso y promoción<sup>83</sup>; sin que los históricos prejuicios –como que la mujer antepone su vida personal a la profesional–, los presuntos obstáculos –las atribuciones culturales y sociales vinculadas al género–, y las falsas creencias –la menor formación del colectivo femenino–, puedan intervenir, de ninguna manera, en el desarrollo profesional de la mujer.

Probablemente, la evaluación del desempeño o carrera profesional sea la mejor medida para combatir la segregación vertical. Esta evaluación consiste en el seguimiento, en nuestro caso, por la trabajadora, tras una auditoría, de un itinerario formativo; de tal modo que, de haberlo seguido, obtiene una serie de ventajas, especialmente, en la promoción profesional. Pues bien, esta medida no tiene acogida en la legislación laboral –excluido el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP); donde, debido a su falta o deficiente implementación, no ha pasado de una mera formulación teórica<sup>84</sup>–; dejándose en manos de los interlocutores sociales y de la acción empresarial, los cuales no siempre incorporan un sistema de esta naturaleza y, cuando lo hacen, no siempre responde a criterios no peyorativos para la mujer.

Junto a la anterior, la otra gran medida en esta dirección sería la consecución, por fin, de la paridad en los órganos de dirección de las empresas. En esta ocasión, la norma ya ha actuado; sin embargo, no se ha materializado como lo prueba la realidad de las grandes empresas. De acuerdo con los datos contenidos en el Informe de CCOO en relación con las empresas del IBEX 35<sup>85</sup>, el porcentaje de mujeres que ocupan puestos en los consejos de administración<sup>86</sup>, en los equipos directivos<sup>87</sup> y en las direcciones de estas empresas<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> En esta dirección, por ejemplo, insiste la PLIR cuando añade al art. 23.2 del ET que *“el convenio colectivo deberá garantizar que los criterios de promoción sean objetivos y transparentes”*; al tiempo que incluye, en relación con la promoción interna de los funcionarios de carrera, que se garantice la *“no discriminación, ni directa ni indirecta”*.

<sup>84</sup> El art. 3 de la PLIR establece, en su modificación del EBEP, que la evaluación del desempeño deberá estar sujeta a criterios de no discriminación -ni directa, ni indirecta- y *“si como consecuencia de la evaluación del desempeño se detectaran indicios de discriminación indirecta retributiva por razón de sexo que pudiera deberse a una incorrecta valoración de la prestación de servicios, deberá darse cuenta de ello en los correspondientes informes”*.

<sup>85</sup> No es una realidad exclusiva de España pues, como se recoge en el PAUE, *“los datos de octubre de 2016 muestran que las mujeres siguen representado menos de uno de cada cuatro miembros (23.9%) de los consejos de administración de las principales sociedades cotizadas registradas en los Estados miembros”*; de ahí que, entre las medidas previstas en este Plan, esté que la Comisión trabaje *“sobre la mejora del equilibrio entre mujeres y hombres en las direcciones de las sociedades cotizadas en bolsa”*.

<sup>86</sup> *“Los consejos de administración del conjunto de empresas del IBEX 35 estaban formados por un total de 444 personas a 31 de diciembre de 2016. La presencia de mujeres en estos consejos de administración es relativamente reducida (20% en el año 2016), aunque se incrementa respecto al año anterior (18.5% en 2015), tras la incorporación de siete mujeres en el último año”*; y ello dista bastante de la Recomendación nº 14 del Código de Buen Gobierno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con la que se busca que en estos consejos haya, en 2020, una proporción del 30% de mujeres, CCOO, *Evolución de indicadores de buen gobierno de las empresas del IBEX 35 durante el ejercicio 2016*, Fundación 1º de Mayo, 2018, sin paginar.

<sup>87</sup> *“El conjunto de empresas del IBEX 35 recogida en sus informes de gobierno corporativo de 2016 que contaban con 413 personas en sus equipos de alta dirección..., de las que 54 eran mujeres y el resto hombres. Lo que hace una proporción de mujeres del 13%...un porcentaje ligeramente superior al del año anterior”*, hay *“seis empresas que expresan que no cuentan con mujeres en sus equipos de alta dirección”*, y *“en ninguna empresa superan el 40% del total de dichos equipos”*, CCOO, *Evolución de indicadores...*, opus., cit., sin paginar.

<sup>88</sup> En este ámbito, las mujeres representan *“aproximadamente el 21% del conjunto”*, CCOO, *Evolución de indicadores...*, opus., cit., sin paginar.



es realmente escaso. De ahí que no estaría de más sustituir la sugerencia normativa por una obligación legal –obligación que la Proposición Igualdad, al modificar el art. 75 de la LOIEMH, retrasa hasta el año 2023–, que no debería contar con el rechazo empresarial, puesto que, como se ha demostrado, *“las compañitas con al menos un 30% de ejecutivas tienen un 15% más de beneficios, según un estudio del Peterson Institute for International Economics”*<sup>89</sup>.

En cuarto lugar, el RDL 6/19, en relación con el trabajo a tiempo parcial, se limita a incorporar al art. 12.4.d) del ET la obligación de garantizar *“en todo caso la ausencia de discriminación tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”*. Esta genérica declaración, de escasa relevancia más allá de la pedagógica, ya estaba contenida tanto en la PLIR como en la PLITOMH –aunque, eso sí, con distintas formulaciones–; además, estas proposiciones preveían el abono de las horas complementarias como horas extraordinarias<sup>90</sup>; siempre y cuando esté prevista una cuantía superior. No hay que detenerse en que se trata de medidas insuficientes cuando se está ante, posiblemente, una de las principales causas de discriminación retributiva<sup>91</sup>.

En quinto lugar, la PLIR añade al art. 13 del ET -con la finalidad, que no por obvia debe ser desatendida- que la igualdad de derechos entre los trabajadores a distancia y los del centro de trabajo será *“especialmente en materia retributiva”*. Ello es importante por dos razones. En primer lugar, porque este tipo de trabajo es desarrollado, principalmente, por mujeres, al ser las que mayoritariamente se ven obligadas a conciliar su vida personal y profesional, por lo que son las que, de no darse esta igualdad retributiva, más la sufren. Y en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, porque el trabajo a distancia puede conllevar la pérdida de determinados complementos y ventajas, que va a padecer, por lo que se acaba de indicar, la mujer<sup>92</sup>.

En sexto lugar, la mujer trabajadora de una subcontrata, sobre todo en determinados sectores, padece de manera significativa la pobreza salarial. De ahí que las medidas

<sup>89</sup> Este estudio analizó 21.980 empresas de 91 países, Red DIE, *Palancas para el cambio de cultura organizacional*, 2018, p. 4 e, igualmente, *La igualdad como criterio de reputación...*, opus., cit., p. 14. En coherencia con él, está la medida instituida por la empresa Henkel Ibérica, SA de aumentar el número de mujeres en puestos de responsabilidad -y así se promociona como medida de acción positiva en materia de igualdad-; concretamente, *“consiste en que, al menos, el 50% de los nuevos puestos de responsabilidad que se precisen cubrir lo sean con mujeres y que, al menos, una de cada tres candidaturas a procesos de selección o promoción también sean de mujeres. Con ello [se pretende] incrementar entre el 1% y el 2% anual la proporción de mujeres en puestos de responsabilidad. El resultado en los últimos años ha sido pasar de ninguna mujer en el Comité de Dirección al 40% en la actualidad”*. Hasta aquí el planteamiento de la empresa es impecable pero, cuando se acude al argumento para su puesta en marcha, no lo es tanto, ya que para esta empresa *“es evidente que en nuestro sector de actividad, el de gran consumo donde el 80% de las decisiones de compra de nuestros productos son tomadas por mujeres, el incorporarlas en los puestos de toma de decisiones es un factor clave de éxito, como así lo demuestran los resultados económicos año tras año”*, Red DIE, *La igualdad como criterio de reputación...*, opus., cit., p. 11.

<sup>90</sup> Aunque referido a las horas extraordinarias, no hay que perder de vista, por su relación con esta medida, que de acuerdo con el PDTD, *“del total de horas extras realizadas, según datos de la EPA del segundo trimestre del 2018, un 50.4% de las realizadas por mujeres no son ni compensadas ni pagadas”*.

<sup>91</sup> En el IV Trimestre de 2017, el 73.95% del trabajo a tiempo parcial era desarrollado por mujeres, es decir, la proporción era de *“siete u ocho mujeres [por] cada diez”* hombres, UGT, respectivamente, *Informe situación del empleo en España*, 2018, pp. 5 y 30 y *La brecha salarial...*, opus., cit., p. 14. Ya, de por sí, este alto porcentaje es muy preocupante a efectos de la posible discriminación sufrida por la mujer, pero lo es aún más cuando se conoce que el 59.43% de las mujeres han aceptado esta jornada de manera involuntaria -también es cierto que esta involuntariedad afecta a ambos sexos-, y sólo el 12.61% por *“dedicarse al cuidado de familiares”*, UGT, *La brecha salarial...*, opus., cit., 2018, p. 14. Datos que se mantienen casi inalterados en 2018. Por consiguiente, no son tantas las mujeres que acceden a esta jornada debido a su histórico rol social sino, mayoritariamente, por no haber encontrado un trabajo a tiempo completo, lo que pone de manifiesto que la mujer, en su incorporación al mercado de trabajo, no está primando, como se quiere hacer creer, su vida personal sino, al revés, anteponiendo su desarrollo profesional, por el que tiene que pagar el tributo de la precariedad laboral.

<sup>92</sup> Ya existen declaraciones convencionales en este sentido como la del art. 13.4 del CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 19 de enero de 2018) cuando

arbitradas también deben tomar en consideración esta realidad. Fundamentalmente, deben dirigirse a garantizar una misma retribución a la disfrutada por las trabajadoras de la empresa principal. La PLIR, en su modificación del art. 42 del ET, afirma que *“para determinar la existencia de discriminación retributiva por razón de sexo...se tendrán en cuenta los puestos de trabajo análogos de la empresa principal”*. Se trata, por tanto, de un supuesto de desigualdad salarial, ya que no necesariamente esos trabajos análogos tienen por qué ser ocupados por personas del sexo contrario. Pero, más allá de esta cuestión, lo verdaderamente relevante es saber qué debe entenderse por trabajos análogos<sup>93</sup>, ya que se trata de un concepto indeterminado. Esto es, trabajo análogo es lo mismo que trabajos de igual valor o es una posición intermedia entre trabajos iguales y trabajos de igual valor. Esta inseguridad jurídica reclama una mayor precisión a la PLIR; salvo que lo que se quiera es que la amplitud de la expresión permita abarcar más supuestos de comparación, pero ello no evitaría las dudas interpretativas del operador jurídico.

En séptimo lugar, las medidas no pueden sustraerse del propio concepto de retribución; y, por ello, hay que reformar expresiones del mismo como los planes y fondos de pensiones<sup>94</sup> y los seguros privados<sup>95</sup>. En ambas expresiones se tiene que asegurar que ninguno de los sexos, por las condiciones establecidas, pueda verse perjudicado.

En octavo y último lugar, la no discriminación retributiva se debe extender a la Ley de Cooperativas<sup>96</sup>, a la Ley de Sociedades Laborales y Participadas<sup>97</sup> y a la Ley de Sociedades de Capital<sup>98</sup>. El denominador común de todas estas reformas es contabilizar como retribución todos los pagos a sus socios y cooperativistas.

---

afirma que las empresas que acuden a este trabajo a distancia *“deberán abonarlos en la misma forma y cuantías establecidas para los trabajadores de su actividad profesional que los realicen dentro de los talleres”*.

<sup>93</sup> Quizás concomitante al de trabajo equiparado que la Resolución del Parlamento Europeo, ya referenciada, sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, propone como necesitado de definición; tarea que encomienda a la futura Directiva, que sustituya a la 2006/54.

<sup>94</sup> El art. 10 de la PLIR da una nueva redacción al art. 5 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones; de acuerdo con la cual, para que estos no sean discriminatorios, tiene que poder acogerse a ellos la *“totalidad del personal”*, sin que se pueda exigir más de 2 años de antigüedad; ahora bien, *“cuando el plan...exija una antigüedad, se entenderá dicha exigencia discriminatoria cuando, de no exigirse ninguna antigüedad, tendrían derecho a acceder al plan un porcentaje de trabajadores de un determinado sexo en proporción superior al veinte por ciento con respecto al porcentaje de trabajadores del otro sexo”*; así, de no ser discriminatoria la exigencia, *“su cómputo se realizará en todo caso tomando en consideración la duración del contrato de trabajo, con independencia de si la jornada es a tiempo completo o a tiempo parcial”* y b) se incluye una presunción *iuris tantum* de discriminación retributiva en el supuesto de que *“en el ámbito del plan, el promedio de aportaciones del promotor a favor de los partícipes de uno de los sexos supera en más de veinte puntos porcentuales el promedio de aportaciones del promotor a favor de los partícipes del otro sexo”*.

<sup>95</sup> El art. 11 de la PLIR, en su modificación del Real Decreto Legislativo 6/2004, incluye que *“no se pueden introducir en el régimen estatutario requisitos o condiciones más gravosas o de difícil cumplimiento para un determinado sexo ni propiciar consecuencias desfavorables para el mismo”*.

<sup>96</sup> Art. 7 de la PLITOMH en relación con los anticipos societarios; por su parte, la PLIR acomete una doble reforma. Por un lado, establece que los derechos de los socios deben ejercerse *“sin que en ningún caso se pueda producir discriminación directa o indirecta por razón de sexo”*, y, por otro, en el mismo sentido que la anterior, que *“deberá pagarse igual anticipo por la prestación de servicios de igual valor, en todos sus conceptos, sin que pueda producirse discriminación alguna, directa o indirecta, por razón de sexo en ninguna de las condiciones del anticipo”*. Incorporándose, así, el concepto de igual valor.

<sup>97</sup> El art. 8 de la PLITOMH modifica los arts. 6 -*“la transmisión de acciones o participaciones que no se ajusten a lo previsto en la ley, en su caso, a lo establecido en los estatutos, y las que incurran en discriminación directa o indirecta no producirán efecto alguno frente a la sociedad”*- y 13 -*estas sociedades deben favorecer “la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular en materia retributiva”*- de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas.

<sup>98</sup> El art. 6 de la PLITOMH reforma dos preceptos de la Ley de Sociedades de Capital: el art. 217 -*“el sistema de remuneración no podrá incurrir en discriminación directa o indirecta por razón de sexo”*- y el art. 260 -*información salarial en estas sociedades-*.

### 2.3. Medidas instrumentales

Estas medidas son el complemento imprescindible a las sustantivas; y se van a sistematizar en tres grandes bloques: potenciación del papel de los organismos de igualdad y de los representantes de los trabajadores en la empresa, información, publicidad y transparencia y medidas procesales.

Comenzando con la potenciación de los organismos de igualdad<sup>99</sup>, cualquiera que sea la denominación de los mismos, ésta no debe, o no necesariamente debe traducirse en un aumento de los existentes, sino de su ámbito competencial; o sea, que tengan un mayor protagonismo en materia de discriminación retributiva. Fundamentalmente, siguiendo a la Unión Europea, en materia de transparencia<sup>100</sup> y control<sup>101</sup>. De ahí que la PLIR reformule las competencias del órgano estatal, al modificar la Ley 16/83 de creación del Organismo Autónomo Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, con la finalidad de hacerlo más partícipe en la lucha contra la brecha retributiva<sup>102</sup>.

Siguiendo con los representantes de los trabajadores, hay que partir de la premisa de que éstos deben ser, en las empresas, cogestores de la brecha retributiva, lo que, en España, es muy difícil, excluida la oposición empresarial, por dos motivos. Primeramente, porque hay una enorme proporción de empresas que no cuentan con representación de los trabajadores y, por carecer de ella, se va a adolecer de un importante mecanismo de vigilancia y control. Y, en segundo lugar, porque cuando existen, estos representantes suelen carecer de la formación y de los conocimientos requeridos en materia de igualdad retributiva. De ahí que la medida contenida en el RDL 6/19 consistente en atribuirles a éstos facultades de “*vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente en materia salarial*” va a resultar, en demasiadas ocasiones, inoperativa. Por consiguiente, debería hacerse preceptiva una formación básica en igualdad -que fuese desde las cuestiones jurídicas a las económicas-; y ofertada por los organismos públicos especializados o, en el caso de pertenecer a organizaciones sindicales, por éstas.

La principal aportación de la PLITREMH está en su art. 13 al crear la figura del Delegado de Igualdad. Ahora bien, salvo que el convenio colectivo lo permita y regule, estos delegados -/as- sólo existirán en las empresas de más de 50 trabajadores al ser elegidos -/as- por los miembros del comité de empresa. De nuevo, esta medida excluye

<sup>99</sup> Junto a estos organismos, otros pueden actuar e intervenir en materia de brecha retributiva y, en este sentido, la PLITREMH crea, en su DAV, la Oficina para la Prevención de la Brecha Salarial, cuyas funciones, principalmente, son dos: a) servir de observatorio y b) detectar casos de discriminación, que comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de que lleve a cabo “*las correspondientes actuaciones*”. Por su parte, la Proposición Igualdad instituye la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación por razón de sexo en el empleo y la ocupación para el “*impulso y coordinación de la aplicación de las medidas de lucha contra la discriminación...en especial las retributivas*”. Sus tareas serán, sin perjuicio de su posterior desarrollo, fundamentalmente estadísticas e inspectoras.

<sup>100</sup> Según la Recomendación sobre transparencia, “*los Estados miembros deberán velar por que las competencias y mandatos de sus organismos nacionales de fomento de la igualdad cubran cuestiones relacionadas con la discriminación salarial por razón de género, y en particular las obligaciones de transparencia*”.

<sup>101</sup> El PAUE recomienda reforzar “*la función coercitiva de los organismos responsables de la igualdad*”.

<sup>102</sup> El art. 7 de la PLIR enumera las siguientes competencias: a) “*impulsar y desarrollar la aplicación transversal del principio...de la igualdad retributiva y de las medidas que hagan efectivo el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*”, b) “*colaborar con las instancias judiciales elaborando informes y/o dictámenes sobre la discriminación retributiva cuando así se soliciten*”, c) “*ejercer la capacidad de personarse ante conflictos colectivos y/o individuales que se circunscriban al ámbito de la igualdad retributiva en el avance del objetivo de la igualdad de género*” y d) “*apoyo técnico y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su función de vigilancia y control, elaborando informes y/o dictámenes sobre la discriminación retributiva cuando así se soliciten*”. Mientras que la DA III de esta Proposición promueve la creación de la Comisión Interministerial para la Igualdad Retributiva, cuya principal competencia sería “*el establecimiento de los indicadores y pautas para hacer efectivo el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor*”.

de dicha representación a un porcentaje altísimo de empresas españolas, como tampoco se hace ninguna referencia a la formación de estos delegados –/as–, lo que puede dificultar el ejercicio de sus funciones, que, en materia específicamente retributiva, quedan reducidas a ser sujetos pasivos de la “*información desglosada por sexos*”.

En este orden de ideas, hay que llamar la atención sobre la medida contenida en el art. 1 de la PLIR, que modifica el art. 69 del ET, exigiendo la paridad –40/60– en las candidaturas a representantes unitarios, salvo, eso sí, que no haya en la empresa personal suficiente de cada sexo –regla que extiende al sector público con la modificación del art. 43 del EBEP–. Esta excepción, sin embargo, debería completarse con la necesidad de estudiar los motivos de esa escasa presencia de alguno de los sexos, ya que puede estar poniendo de manifiesto una segregación horizontal discriminatoria. Excluido esto último, esa paridad es exigida en las empresas de más de 250 trabajadores pues, en las restantes, se trata de una simple sugerencia normativa –“*en el resto de las empresas las candidaturas deberán promover que exista también dicha representación equilibrada*”–. Es cierto que a menor tamaño de la empresa, mayor dificultad para alcanzar esa paridad; pero no debería entenderse como un obstáculo insalvable, puesto que elimina a un porcentaje enorme de empresas españolas de esta paridad y, por hacerlo, se está excluyendo, indirectamente, a la mujer de su presencia, con lo que supone, en los órganos de representación de los trabajadores.

Dentro de estas medidas instrumentales cobra un especial protagonismo todas las referentes a la información, publicidad y transparencia<sup>103</sup>, ya que buscan, en líneas generales, conocer la existencia o no de brecha retributiva, lo que sólo es posible de contarse con la información pertinente; ofertada, como no puede ser de otro modo, por las propias empresas. Este bloque de medidas es promocionado por la Unión Europea tanto en la Directiva 2006/54<sup>104</sup> como, obviamente, en la Recomendación sobre transparencia. Ahora bien, la efectividad de esta última, debido a su falta de vinculación jurídica, es bastante reducida. Prueba de ello es que son muchos los Estados miembros, que no la han incorporado a sus legislaciones; y los que lo han hecho, como señala el PAUE, han adoptado medidas “*insuficientes y no...eficaces por sí solas*”<sup>105</sup>. Y ello, pese a que esta Recomendación, a efectos de facilitar dicha interiorización, deja en sus manos la elección de “*una o varias de las acciones contempladas*” en la misma. Y ello es lo que ha

<sup>103</sup> Esta naturaleza instrumental queda claramente reflejada en el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54 cuando reconoce que “*la mejora de la transparencia de las retribuciones puede revelar un sesgo en función del género y discriminación en la fijación de salarios de una empresa o sector, y permitir que los trabajadores, los empresarios o los interlocutores sociales adopten las medidas adecuadas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución*”.

<sup>104</sup> Su primera formulación está presente en la Directiva 2006/54, cuyo art. 21.4 indica que “*deberá alentarse a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa*”; dentro de la cual, continúa este precepto, está la información sobre “*los salarios y las diferencias salariales entre hombres y mujeres*”.

<sup>105</sup> No se trata únicamente de que no lo hayan hecho sino, y esto es más grave, que la propia Recomendación no obliga a los Estados –aunque sólo fuese a título informativo– a comunicar las medidas adoptadas, ya que, como se contiene en este documento, sólo “*se les invita a comunicar a la Comisión*”. Siendo así, se pueden extraer dos importantes consecuencias. Por un lado, la falta de conocimiento por las instancias comunitarias de lo que están haciendo los Estados, y, por tanto, que pueda poner de manifiesto las deficiencias y las realidades nacionales. Y por otro lado, que al desconocerse el grado de cumplimiento, tampoco se puede realizar, ni tan siquiera, el reproche moral y político –ya que el jurídico, como se sabe, no es viable– a los Estados, que no están acogiendo las medidas comunitarias. Por consiguiente, lo más efectivo sería, como propone el PAUE, “*hacer vinculantes algunas o todas las medidas sobre transparencia salarial previstas en la Recomendación*” –exactamente, el “*derecho de los empleados a solicitar información sobre los niveles salariales, información periódica por parte de los empleadores sobre la remuneración media por categoría de trabajador o puesto [y] aclaración de la noción de trabajo de igual valor*”–. Como es natural, esta intervención comunitaria se encontraría, sin duda, con la oposición de algunos o muchos Estados totalmente reacios a admitir una intromisión de esta naturaleza. Pero lo que es cierto es que sin esta obligatoriedad, la transparencia, entendida en sentido amplio, no dejará de ser una declaración de buenas intenciones.

hecho nuestro RDL 6/19, es decir, incorporar a nuestra legislación alguna de las medidas propuestas a nivel comunitario. Hay que destacar que sólo han sido algunas; excluyéndose otras que, con igual importancia, podrían servir a la tan reclamada, pertinente y necesaria transparencia retributiva.

Prestando atención, en primer lugar, al tema de la información, hay que distinguir en función de su destinatario, es decir, que sean los trabajadores individualmente considerados o que sean sus representantes; ya que, como se recoge en el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54, su funcionalidad es distinta. Mientras que la información individual contribuye *“a resolver casos individuales y tener un efecto preventivo, la revelación colectiva de los salarios puede servir de base a medidas más generales encaminadas a reducir las diferencias salariales entre hombres y mujeres”*. Comenzando con la individual y como es natural, el trabajador tiene que ser conocedor de sus condiciones de trabajo y, dentro de ellas, de las retributivas<sup>106</sup>. Otro tema es dónde y qué información exacta debe suministrarle el empleador. Con respecto al primer punto, los soportes son tanto el contrato de trabajo<sup>107</sup> como el recibo de salarios. Por lo dispuesto actualmente en nuestra legislación, la información contenida en estos soportes puede resultar, en ciertos casos, insuficiente; de ahí que lo adecuado es que en ambos documentos se detalle, lo máximo posible, todos los conceptos retributivos, cualquiera que sea su naturaleza y origen<sup>108</sup>.

Sólo con ese conocimiento exacto, la persona trabajadora tendrá la información sobre su realidad retributiva; ahora bien, no tiene por qué conocer la del resto de la plantilla<sup>109</sup> que es, en puridad, la que le va a permitir saber si, en efecto, es víctima de un caso de discriminación. De ahí la importancia de que se haga pública, puesto que es la única forma de realizar la correspondiente comparación y, subsiguientemente, actuar. Con este objetivo, el RDL 6/19 incluye en el art. 28.2 del ET que *“las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa”*. Sin entrar, por ahora, en ese registro o, más concretamente, en su contenido, lo cierto es que esta medida permite una crítica consistente en qué sucede en las empresas, en las que no hay representación de los trabajadores; ello va a suponer la imposibilidad de la persona trabajadora de conocer ese registro y, siendo así, se está excluyendo de esta medida a un altísimo porcentaje de trabajadoras/es, que pueden

<sup>106</sup> En esta dirección, la propuesta de Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles puede jugar un papel importante. Ahora bien, como defiende la Confederación Europea de Sindicatos, en su lista de mejoras a dicha propuesta, *“en el paquete de información debe modificarse la disposición relativa a la remuneración para garantizar que todos los tipos de pagos estén claramente establecidos en el documento escrito”* pero es aún más importante la petición de incluir *“una disposición que prohíba la discriminación salarial y los términos y condiciones basados en la situación laboral”* -Comité Ejecutivo en reunión de marzo de 2018-.

<sup>107</sup> Sin entrar, por supuesto, en el ficticio fortalecimiento de la autonomía individual plasmada en el contrato de trabajo, que perjudica triplemente a la mujer; por esa posible falta de transparencia, por el hecho de que, como ha constatado la Comisión Europea, los hombres se sienten más cómodos negociando sus salarios que los mujeres -exactamente, el 43% de las mujeres y el 53% de los hombres- y porque *“las empresas tienen amplio margen para negociar individualmente las condiciones salariales. Aquí es muy difícil la posibilidad de control de la desigualdad salarial”*, Pumar Beltrán, *“Retribución y brecha salarial: herramientas de análisis jurídico”*, *“Un futuro sin brecha”*, Ed. Bomarzo, 2015, p. 87.

<sup>108</sup> Por ello, el art. 1 de la PLIR añade al 29 del ET que en el recibo de salarios *“deberá constar cual es la fuente de cada percepción, especificando si se trata de una percepción establecida en norma jurídica, convenio o acuerdo colectivo o si se trata de una mejora de naturaleza contractual o unilateral”*.

<sup>109</sup> La Recomendación sobre transparencia establece el derecho de los empleados a obtener información sobre los niveles salariales; así, *“los Estados miembros deben establecer medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar que los empleados puedan solicitar información sobre los niveles salariales, desglosada por género, para las categorías de trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Esta información deberá incluir los componentes variables o complementarios además del sueldo base fijo, tales como los pagos en especie y la participación en los beneficios”*.

ser víctima de la brecha retributiva. No parece lógica esta conclusión; de ahí que debería hacerse una interpretación amplia por la cual toda persona trabajadora pueda acceder a ese registro pues, de lo contrario, se estará perpetuando la discriminación. Resulta curioso, por ser del mismo Grupo Parlamentario, que en la PLITOMH sí se contemple que “*los trabajadores tienen derecho a acceder al registro salarial de su empresa*”<sup>110</sup>. Y, en esta misma línea, la PLIR afirma, en primer lugar, que “*los trabajadores tendrán derecho a que el empresario les facilite la información retributiva de la empresa, actualizada conforme a los datos más recientes de que dispusiera desglosada por géneros*” y, en los mismo términos, que se le facilite a los representantes de los trabajadores<sup>111</sup>; y, en segundo lugar, que se genere una aplicación informática “*a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social de información sobre salarios...de hombres y mujeres en el seno de las empresas a partir de los datos de cotización existentes*”<sup>112</sup>.

No se puede ocultar que esta divulgación plantea un doble problema. Por un lado, que los trabajadores no son mayoritariamente favorables a la misma<sup>113</sup>. De conformidad con los datos de la Comisión Europea<sup>114</sup>, los “*europeans are aware of the salaries of their immediate colleagues*”; exactamente, el 65% de los hombres y el 59% de las mujeres. Ahora bien, parece existir una cierta reticencia a que esta información sea publicada, ya que sólo el 64% de los europeos son favorables a “*the publication of average wages by job type and gender at their company*”. España presenta un punto por encima de esta media comunitaria -65%; idéntico porcentaje que Francia- mientras que, por debajo, se encuentran países como Alemania -61%- , Italia -59%- o Letonia -42%-; y superando este porcentaje están Suecia -80%- , Holanda -73%- o Eslovenia -72%- . Y, al mismo tiempo, un problema jurídico en cuanto que supone la revelación de datos personales que, en algunos Estados miembros, puede estar prohibido<sup>115</sup>, por lo que, a estos efectos, la Recomendación sobre transparencia se remite a las legislaciones nacionales. En principio, nuestro Tribunal Constitucional ha sentenciado que esta información no vulnera ni la intimidad, ni la protección de datos. La Sentencia 142/1993, de 22 de abril, considera que esta información se justifica por el interés general y, además, hay que “*descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores*”; es más, esa información, que debe abarcar todos los elementos configuradores de la retribución, desglosada por puestos de trabajo, tendría acomodo, tanto si se suministra a los trabajadores como a sus representantes, en el art. 8 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales<sup>116</sup> en un doble nivel. Primeramente, porque el RDL 6/19 está permitiendo el conocimiento de

<sup>110</sup> En este sentido, la PLITREMH afirma, en su art. 10, que “*cuando no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán solicitar por escrito información, desglosada por sexos, sobre la retribución media y mediana correspondiente a su mismo grupo y categoría profesional debiendo ser facilitada la información en un plazo de diez días*”.

<sup>111</sup> Esta regla se extiende, según el art. 3 de la PLIR, a los empleados públicos.

<sup>112</sup> Datos que “*serán puestos a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*”, “*se enviará comunicación individualizada a aquellas empresas en las que se detecte una brecha salarial superior al 20 por ciento, poniendo en su conocimiento que tal circunstancia ha sido comunicada a la Inspección*” y “*se enviará anualmente a trabajadoras y trabajadores en activo los datos que les permitan conocer la realidad retributiva de su empresa en materia de igualdad, sin perjuicio de la salvaguarda correspondiente en materia de protección de datos*”.

<sup>113</sup> Como afirman Sánchez, Trinidad, Recio y Torns, “*la esfera salarial es una esfera oculta, de la que pocas veces se habla*”, “*La brecha salarial y las desigualdades de género...* ”, opus., cit., p. 20. O, como lo dice el PAUE, “*el secretismo en torno a los niveles salariales dificulta aún más la detección de los casos de discriminación*”.

<sup>114</sup> [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (31 de agosto de 2018).

<sup>115</sup> El Informe de aplicación de la Directiva 2006/54 afirma que “*la información salarial suele considerarse confidencial con arreglo a la legislación nacional en materia de protección de datos y de la intimidad. Por consiguiente, en muchos Estados miembros los empleadores no pueden revelar dicha información. Los empleados pueden incluso tener prohibido mediante contrato informar a otros empleados sobre sus retribuciones*”.

<sup>116</sup> Ley 3/2018 de 5 de diciembre (BOE de 6 de diciembre).

esa información y, en segundo lugar, porque existe un interés público justificado en la lucha contra la discriminación retributiva. Eso sí, ese tratamiento por parte del empleador, deberá tomar en consideración, de un lado, las prescripciones del art. 28 de la citada Ley, y, de otro, la posibilidad de salvar cualquier vulneración “*eliminando toda referencia a su identidad, sustituyéndola por un código expresivo de su sexo*”<sup>117</sup>. Sólo desde el conocimiento de todos los datos es posible saber si existe o no brecha retributiva para accionar, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales pues, como se encarga de destacar el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54 en concordancia con el art. 19 de la misma, el “*acceso limitado a la información necesaria para presentar con éxito una reclamación de igualdad salarial...supone un obstáculo a la aplicación efectiva de la traslación de la carga de la prueba..., que exige a la víctima establecer en primer lugar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación*”.

Con respecto a la suministrada a los representantes de los trabajadores se puede canalizar a través de dos instrumentos. Por un lado, los propios planes de igualdad. El Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54 incluye a España entre los países que “*fomentan la planificación de la promoción de la igualdad obligando a los empresarios a evaluar periódicamente las prácticas y las diferencias salariales, y elaborando planes de acción en materia de igualdad de remuneración. Esta obligación se impone normalmente a los grandes empleadores*”. Siguiendo esta tónica, y subsanando la deficiencia precedente de la LOIEMH, el RDL 6/19 hace obligatorios los planes de igualdad en las empresas “*de cincuenta o más trabajadores*”; es más, se añade que deberán “*ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral*”<sup>118</sup>. Planes, que deberán contener, por lo que aquí importa, la “*auditoría salarial entre mujeres y hombres*”<sup>119</sup>; de ahí que las empresas estén obligadas, a efectos de elaborar el preceptivo diagnóstico, a aportar todos “*los datos e información necesaria*”. Y con la finalidad de su publicidad, lo que es requisito clave de cara a la transparencia, se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas. En puridad, esta auditoría supone incorporar a nuestro Ordenamiento la Recomendación comunitaria<sup>120</sup> con dos precisiones. Por un lado, el soporte, que es,

<sup>117</sup> Aunque referido a la Ley de Protección de Datos precedente, García Lombardía, “*El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia*”, Revista de Derecho UNED, nº 16, 2015, pp. 943 a 946.

<sup>118</sup> El RDL 6/19 instituye la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad remitiéndose, para su conformación y sin perjuicio de su desarrollo reglamentario, a la legislación laboral, lo que permite entender, sin demasiado esfuerzo, que la legitimación negocial corresponde a los representantes, unitarios o sindicales, en la empresa.

<sup>119</sup> La PLITOMH, más ambiciosa que el RDL 6/19, modifica el art. 46.2 de la LOIEMH con la intención de incluir, entre las medidas de los planes de igualdad, “*condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres*” y el art. 46.bis de esta norma legal, en esta ocasión, con la finalidad de que “*las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, incluida una auditoría salarial en la empresa, y siempre que la empresa no estuviere obligada a la elaboración de dicho plan y auditoría en virtud de norma legal, reglamentaria o convencional, o decisión administrativa, si así se determina por la autoridad laboral competente*”; y de no hacerse o no aplicarse el plan y, con él, la auditoría, la autoridad laboral “*a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias*”. Mientras que el art. 1 de la PLIR canaliza estas auditorías a través del art. 85 del ET incluyendo como contenido el deber de “*analizar, diagnosticar y establecer actuaciones dirigidas a corregir disparidades retributivas en la empresa entre hombres y mujeres, para lo cual deberán partir de una evaluación de puestos de trabajo en la empresa*”. Esta última propuesta es coherente con la Recomendación comunitaria de que “*los Estados miembros deben velar por que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debatan en el nivel adecuado de la negociación colectiva*”.

<sup>120</sup> “*Los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar que se realicen auditorías salariales en las empresas u organizaciones que empleen al menos a 250 trabajadores. Dichas auditorías deberían incluir un análisis de la proporción de mujeres y hombres en cada categoría de trabajadores o puestos, un análisis del sistema de evaluación y clasificación de empleos e información detallada sobre los salarios y las diferencias salariales por razón de género. Estas auditorías deberían ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores y de los interlocutores sociales, a petición de éstos*”.

como se acaba de ver, los planes de igualdad y, por otro, que se disminuye el número de trabajadores que, a nivel comunitario, es de 250<sup>121</sup> mientras que el RDL lo reduce a 50.

Sin duda, se trata de la medida más importantes contenida en este RDL en materia de brecha retributiva; hasta tal punto que, de materializarse en sus términos, puede coadyuvar de manera inestimable a su lucha. Ahora bien, su formulación permite tres importantísimas consideraciones. En primer lugar, su generalidad. Son muchos sus aspectos, que requieren de concreción reglamentaria y, posiblemente, los avatares políticos puedan conducir a que no lleguen a tomar cuerpo y, por ende, a que se trate de una medida vacía de contenido. En segundo lugar, su transitoriedad. De acuerdo con el RDL, y dependiendo de las plantillas, se ofrece un margen de tiempo –que va de 1 a 3 años<sup>122</sup>– para que las empresas adopten sus correspondientes planes de igualdad. Unos márgenes demasiado amplios para responder al problema de la discriminación retributiva, que requiere de una mayor urgencia y rapidez. Y en tercer lugar, su desatención, una vez más, de la realidad. Aunque es cierto que son las mujeres de las grandes empresas, las que más sufren la brecha; también lo es que ésta existe en las pequeñas y microempresas; espacios, en los que, sin duda, la mujer requiere de una mayor protección –entre otros muchos motivos, por la ausencia generalizada de representantes de los trabajadores–. Además de que, como se sabe, se está dejando fuera de estas auditorías y subsiguientes planes a la mayoría de nuestro tejido empresarial. De ahí que debería haberse extendido a todas las empresas<sup>123</sup>. Es cierto que cuanto más pequeña es la empresa, la elaboración de estos planes puede generar un mayor coste económico y personal; ahora bien, esta dificultad podría haberse paliado, simplemente, completando la medida con la participación de los organismos de igualdad. Es decir, que éstos prestasen la financiación y asesoramiento oportuno en la elaboración e implantación de los planes de igualdad; o sea, ofreciendo los recursos humanos, técnicos y económicos necesarios y oportunos<sup>124</sup>. Con ello, se aseguraría que los planes de igualdad se integrasen en la dinámica empresarial.

Y por otro, directamente a la representación de los trabajadores<sup>125</sup>. En este último caso, basta con la modificación de algunos preceptos del ET como el 8<sup>126</sup> y, fundamentalmente,

<sup>121</sup> La exigencia de los 250 trabajadores en las auditorías, como la de 50 para la información, se justifica, para la Recomendación sobre transparencia -Considerandos 17 y 18- en que la extensión a empresas de menores dimensiones “podría suponer una carga desproporcionada para las mismas”.

<sup>122</sup> Exactamente, se indica, en la nueva DTXII de la LOIEMH, que en las empresas de 150 a 250 trabajadores, éstas tendrán un plazo de 1 año; en las de 100 a 150, 2 años; y en las de 50 a 100, 3 años.

<sup>123</sup> UGT defiende esta obligatoriedad pero para las empresas de 25 o más trabajadores, *Propuestas...*, opus. cit., p. 4. Por ejemplo, en Finlandia, los planes de igualdad, siempre negociados con los representantes de los trabajadores, son obligatorios en las empresas de más de 30 trabajadores; y el plan “debe incluir un análisis de los trabajos que se llevan a cabo y de la remuneración recibida por hombres y mujeres, fijar medidas para resolver las brechas de remuneración por motivo de sexo y revisar su impacto”, OIT, *Igualdad...*, opus. cit., p. 95. En contra de la extensión, aunque no en relación con esta concreta medida, Nieto Rojas al considerar que puede tener un “efecto indeseado: observancia formal de la LOIEMH pero escasos avances materiales”, *Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación*, “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad...”, opus. cit., p. 431.

<sup>124</sup> Aunque no con esta amplitud, el art. 46 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE de 21 de mayo de 2015) propone que “la Comisión de Igualdad...recabará de los poderes públicos medidas de fomento para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas del sector”.

<sup>125</sup> El art. 2 de la PLIR extiende al Comité de Empresa Europeo el derecho de información sobre “la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción” y el derecho a analizar “en la reunión anual [con la dirección central] los parámetros de aplicación de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, en particular en lo que se refiere a la aplicación del principio de igual retribución por trabajo de igual valor, e incluyendo, en su caso, la situación de los sistemas complementarios de protección social”. Y, con voluntad de paridad, añade que “cuando correspondiere designar a más de un representante en la comisión negociadora o en el comité de empresa europeo, se procurará una representación proporcional de los sexos en función del número de trabajadores de cada sexo empleadas en el Estado miembro, en todo caso, cuando menos uno de los representantes deberá ser un trabajador del sexo menos representado”.

<sup>126</sup> El art. 1 de la PPLIR modifica el art. 8 del ET incorporando, en la copia básica del contrato suministrada a los representantes de los trabajadores, “todos los datos...incluyendo la retribución”.



el 64. Mientras que el primero se ha dejado intacto, el segundo si se ha modificado con el RDL 6/19 indicando que los representantes de los trabajadores tendrán que recibir información, “*al menos anualmente*”, por lo que aquí importa, sobre el registro salarial<sup>127</sup> –igualmente, sobre “*la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse, establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo*”–. Un registro –obligación empresarial, que debe entenderse, al no precisar nada el RDL 6/19, existente en todas las empresas–, que debe contener la siguiente información: “*los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor*”.

Varias observaciones deben realizarse a esta modificación normativa. En primer lugar, que se debería haber previsto una periodicidad inferior en el suministro de la información; al menos, como ha hecho la Exposición de Motivos de la PLITOMH, permitir y fomentar que por convenio colectivo se reduzca este plazo. Es cierto que esta reducción se puede encontrar con las reticencias empresariales debido a la mayor carga, por así decirlo, administrativa. Pese a ello, no debería aceptarse este argumento, puesto que la materia retributiva es especialmente sensible, de un lado, al paso del tiempo, y, de otro, a la excesiva rotación de nuestro mercado de trabajo. Y en segundo lugar, que esta medida se patrocina con una opción válida para la mayoría de las empresas. Sin embargo, no se tiene en cuenta que el porcentaje de empresas con 10 o menos trabajadores -no es necesario recordar que en la franja de 6 a 10, la elección de representantes es voluntaria- es mayoritario en España; aunque también es verdad que disminuye el número con respecto a la Recomendación comunitaria, que establece una plantilla de 50 o más trabajadores.

Con respecto a lo dicho, la PLIR no presenta grandes diferencias<sup>128</sup>; posiblemente, la principal sea que se precisa, bastante más, el contenido de la información, que será “*desglosada por género de la remuneración media medida como media aritmética y como mediana abonada por la empresa a sus trabajadores y trabajadoras, debiendo desglosarse por cada uno de los conceptos retributivos aplicados por la empresa, incluyendo todo tipo de complementos y de percepciones extrasalariales, ya sean en dinero o en especie*”.

Una de las ausencias del RDL 6/19 en relación con la Recomendación sobre transparencia es la referente a que “*los Estados miembros deben mejorar la disponibilidad de datos actualizados sobre la diferencia de retribución entre hombres y mujeres, proporcionando a Eurostat estadísticas anuales y oportunas. Estas estadísticas deberán*

<sup>127</sup> De forma similar, en Francia, existe la obligación de que “*cada año, los empleadores tienen que poner a disposición de los representantes de los trabajadores información sobre los trabajos ocupados por hombres y mujeres, así como la remuneración respectiva*”, OIT, *Igualdad...*, opus., cit., p. 93.

<sup>128</sup> Modifica, en consonancia con este derecho de información, el art. 40 del EBEP, para que los órganos de representación reciban “*información...sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones y en particular sobre los componentes variables o complementarios, de otros empleados que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, sobre la evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y su incidencia en la igualdad de mujeres y hombres y programas de mejora del rendimiento*” y “*vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de...igualdad retributiva y transparencia*”; así como la Ley 9/87 de Órganos de representación en las Administraciones Públicas de tal modo que los representantes unitarios tendrán, entre sus competencias, “*recibir información que le será facilitada trimestralmente sobre la política de personal del Departamento, Organismo o Entidad local. Tendrán también derecho a recibir información desglosada por género de la remuneración promediada de funcionarios y funcionarias, debiendo desglosarse por cada uno de los conceptos retributivos aplicados, sea cual sea la naturaleza. Igualmente deberán recibir con la misma periodicidad anual información sobre la distribución de la plantilla por sexos en cada grupo y nivel de complemento de destino, así como sobre las promociones internas desagregadas entre funcionarios y funcionarias*”.

*desglosarse por sexo, sector económico, tiempo de trabajo (a tiempo completo o parcial), control económico (propiedad pública/privada) y edad, y se calcularán sobre una base anual. Asimismo, los Estados miembros deben facilitar a la Comisión datos sobre el número y los tipos de casos de discriminación salarial*<sup>129</sup>. Información que, hoy por hoy en España, no es tan completa, por lo que los sujetos competentes tendrán, si se quiere cumplir con las prescripciones europeas, que realizar un esfuerzo adicional.

Sin abandonar este bloque de medidas, hay que recordar y subrayar que tanto en España como en Europa, la intervención de los órganos jurisdiccionales es escasa debido al reducido número de demandas de esta naturaleza<sup>129</sup>; incluso, en términos cuantitativos, es inferior a otras opciones como la comunicación a su jefe/a<sup>130</sup>. Los motivos de ello se pueden cifrar en los siguientes. En primer lugar, en el propio desconocimiento por parte de las trabajadoras afectadas de que están cobrando menos que sus compañeros hombres por trabajos iguales o trabajos de igual valor. Este óbice puede relativizarse si, en efecto, se consigue que las medidas de publicidad y transparencia se hagan realidad. En segundo lugar, no debe olvidarse la existencia de un miedo, más agudizado en los momentos de crisis y precariedad, a acudir a los órganos jurisdiccionales por las posibles consecuencias para su desarrollo profesional; y ello pese al “*derecho a la indemnidad propio de la tutela antidiscriminatoria*”<sup>131</sup> –art. 24 de la Directiva 2006/54–. En tercer lugar, por la falta, con demasiada frecuencia, de una tutela jurisdiccional con la contundencia suficiente para neutralizar, aunque sea casuísticamente, la brecha retributiva<sup>132</sup>. Y en cuarto y último lugar, por las propias exigencias y trabas procesales<sup>133</sup>; principalmente, en materia de legitimación y de prueba, que son sobre las que actúan las correspondientes medidas.

Las propuestas comunitarias en materia de legitimación van orientadas a concedérsela a “*las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con*

<sup>129</sup> Según el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54, se trata de una realidad extendida en toda Europa; aunque, con dos excepciones, Reino Unido e Irlanda. Es más, continúa este Informe, “*cuando se presentan... se prolongan durante mucho tiempo*”, y son demasiados los “*obstáculos para acceder a la justicia: largos y costosos procedimientos judiciales, plazos...y acceso limitado a la información necesaria para reclamar la igualdad salarial*”.

<sup>130</sup> La Comisión Europea ha preguntado qué harían los europeos ante el conocimiento de que eran víctimas de discriminación retributiva; y las respuestas fueron: el 31% de los hombres y el 48% de las mujeres, se lo comunicarían a su jefe; el 35% tanto de hombres como de mujeres se lo dirían a sus compañeros; el 22% de los hombres y el 30% de las mujeres contactaría con los sindicatos; y el 8% de los hombres y el 15% de las mujeres buscaría ayuda legal -www.europa.eu (31 de agosto de 2018)-.

<sup>131</sup> Pons Parera, “*La igualdad retributiva y garantías contra la discriminación por razón de género: una aproximación constitucional*”, “*Un futuro...*”, opus., cit., p. 37.

<sup>132</sup> Hay que destacar la Sentencia 246/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 14 de febrero de 2018 -un detallado comentario en www.eduardorojotorrecilla.es de 24 de marzo de 2018 (30 de agosto de 2018)-, que puede y debe convertirse en un precedente en una doble dirección. Para las trabajadoras discriminadas, ya que supone una puerta abierta a la efectividad de este tipo de reclamaciones judiciales. De ahí que no estaría de más que sirviese de pistoletazo de salida a una campaña de actuación por parte de los sujetos competentes y responsables en la materia, con la que disuadir, por un lado, a los empleadores de comportamientos de este tipo, y, de otro, a las mujeres para perder el miedo al acceso, por este motivo, ante los órganos jurisdiccionales. Para los propios órganos jurisdiccionales, puesto que esta resolución contribuye, muy positivamente, a adoptar una línea clara de intervención en el problema de la brecha retributiva en varios aspectos: a) la declaración de discriminación (FJ3), b) la canalización a través del procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (FJ3), c) la inversión de la carga de la prueba y, muy especialmente, los indicios a aportar por la parte demandante (FJ5), d) el contenido de la sentencia (FJ6) y e) la automaticidad, siempre previa petición, de la indemnización (FJ7; de acuerdo con este, la constatación de la vulneración del derecho fundamental “*conlleva necesariamente la existencia de, al menos, unos daños morales para la trabajadora que ha sufrido dicha vulneración, daño moral que no exige la cumplida acreditación de unos determinados y concretos daños y perjuicios, sino que se producen automáticamente y que serán fijados en su cuantía prudencialmente por el tribunal de instancia siempre y cuando hayan sido reclamados por la actora en su demanda*”).

<sup>133</sup> Óbices procesales que no se manifiestan exclusivamente en la jurisdicción social; de ahí que el art. 6 de la PLIR modifique, igualmente, determinados contenidos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; fundamentalmente: a) capacidad procesal a los organismos de igualdad -art. 18 LJCA-, b) legitimación, además de a estos organismos, al “*sujeto que, aún sin pertenecer al colectivo en el que mayoritariamente se produce la desventaja*

los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva” –art. 17.2 de la Directiva 2006/54–; es más, fuera de esta pero como parte del Informe de aplicación de la misma, se pretende que estas asociaciones y organismos, además de participar como sujetos activos en los procedimientos<sup>134</sup>, ofrezcan asesoramiento y apoyo técnico a fin de aligerar las cargas del procedimiento<sup>135</sup>.

En este tema de la legitimación procesal, la PLIR modifica tres procedimientos de la Ley de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS) para así dar cumplimiento a la propuesta comunitaria. En concreto, se modifica el procedimiento de conflictos colectivos concediendo legitimación activa, cuando versen sobre discriminación por razón de sexo -dentro de la que, como es obvio, se incluye la retributiva- a los organismos de igualdad, con un criterio territorial, así como se incluye, entre los sujetos que pueden personarse, a las asociaciones estatales de igualdad. Se desconoce el motivo de la limitación a las estatales cuando la norma permite, a los restantes sujetos, cualquiera que sea su ámbito, su participación, siempre y cuando éste sea igual o más amplio que el del conflicto. Igualmente, el procedimiento de impugnación de convenios incorporando, entre los legitimados, en casos de ilegalidad, a las asociaciones estatales de igualdad y, en los casos de lesividad, “no se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, salvo en el caso de que la reclamación judicial verse sobre una incorrecta valoración de puestos de trabajo que pudiera ser constitutiva de discriminación por razón de sexo”. Por último, el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, en el que se añade al art. 177 de la LJS que, “en los procesos por discriminación indirecta tendrá legitimación el sujeto que, aun sin pertenecer al colectivo en el que mayoritariamente se produce la desventaja particular, esté afectado por el acto cuestionado. En los procesos de discriminación indirecta por razón de sexo tendrán legitimación el” correspondiente organismo de igualdad.

La prueba se presenta especialmente compleja en su doble expresión: indicios e inversión de la carga de la prueba. Es doctrina aceptada unánimemente que el demandante, presunta víctima de la discriminación retributiva, tiene que alegar una prueba de indicios, que fundamente su pretensión. Prueba que, siguiendo al TJUE, supone “que la demandante debía probar al menos la percepción de una retribución inferior a la de su

---

particular, esté afectado por el acto discriminatorio”, discriminación indirecta -art. 19.1.a) LJCA-, c) ante una discriminación retributiva por razón de sexo “procederá en su caso la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, incluidos los daños morales” -arts. 31.2 y 71 LJCA-, d) en los supuestos de discriminación indirecta por razón de sexo, el expediente deberá acompañarse de un informe del organismo de igualdad, que “versará sobre la suficiencia de la prueba estadística presentada para evidenciar la existencia de indicios de discriminación indirecta y sobre las posibles justificaciones objetivas y razonables que podrían enervar la existencia de discriminación. En caso de que se alegara incorrecta valoración de los puestos de trabajo el informe deberá pronunciarse acerca de la adecuación o inadecuación de la misma. El informe deberá emitirse en el plazo de 30 días” -arts. 48 y 116.2 de la LJCA-, e) “en materia de discriminación retributiva la ausencia de remisión de la totalidad de la ampliación del expediente solicitado será prueba suficiente de lo alegado en el escrito de demanda” -art. 55 LJCA- e f) inversión de la carga de la prueba -art. 60 LJCA-.

<sup>134</sup> En esta dirección, el art. 7.2 de la Proposición Igualdad afirma que “en los procesos sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho estarán legitimados los organismos estatales y autonómicos en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”.

<sup>135</sup> Exactamente, se reclama, en este Informe, “el papel activo de los organismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y los sindicatos en la prestación de asistencia independiente a las víctimas de discriminación [lo que] les ayudaría a acceder a la justicia y garantizar la eficacia del marco jurídico relativo a la igualdad salarial”; es más, “la representación de trabajadores individuales también puede ser ejercida por los sindicatos y las ONG”.

*compañero y la realización de un trabajo de igual valor*<sup>136</sup>. Tarea, en muchas ocasiones, demasiado compleja —y ello, pese a que el Considerando 30 de la Directiva 2006/54, indica simplemente que “*cuando a primera vista haya un caso de discriminación*”—; de ahí que se hace imprescindible arbitrar medidas, que faciliten estos indicios<sup>137</sup>. Con esta voluntad, la PLIR modifica parcialmente los arts. 77 y 96 de la LJS. En el primero, incluyendo, entre los documentos que pueden servir a la demanda, las “*nóminas [e] informes sobre retribución facilitados a los representantes de los trabajadores*”. Con independencia de que estos informes existirán cuando se apruebe, si se aprueba en sus términos, esta Proposición, lo cierto es que se trata de unos documentos de gran valía a la hora de aportar indicios de discriminación retributiva. Por lo demás, se mantiene intacto el precepto legal y, por hacerse, permite alguna crítica. En concreto, que recae sobre la presunta víctima de la discriminación retributiva el coste de la actividad y, partiéndose de que es la mujer y que tiene una remuneración menor, ello agrava su dificultad para reclamar judicialmente. Por tanto, se puede convertir en una medida disuasoria. Ello sólo puede salvarse instituyendo un asesoramiento técnico, gratuito y, principalmente, público permisivo de la constatación, valoración e interpretación de los datos. Asesoramiento que, sin duda, debería recaer en los organismos de igualdad. Mientras que al art. 96 añade un nuevo párrafo en virtud del cual, “*en caso de que se alegue discriminación indirecta por razón de sexo los indicios de discriminación serán aquellos de los que derive que las personas de un sexo determinado se encuentran en una situación fáctica de desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, para lo cual podrán utilizarse datos y procedimientos estadísticos*”.

Con respecto a la prueba de indicios, un clásico instrumento ha sido las estadísticas que, sin embargo, generan dudas en relación con el colectivo perjudicado, en desventaja o, simplemente, discriminado. Para “*el TJUE..[se debe] tomar la totalidad de los trabajadores...de cada género y dentro de éste, calcular el porcentaje de hombres que son perjudicados y favorecidos por la medida y el porcentaje de mujeres que están perjudicadas y favorecidas por la medida*”; ahora bien, de esos datos se puede desprender que el perjuicio para las mujeres es “*considerablemente mayor*” o “*menos importante*”, “*conceptos jurídicamente indeterminados*”, por lo que el órgano europeo delega en los nacionales la apreciación<sup>138</sup>. O, lo que es igual, la posibilidad, según criterios jurisdiccionales, de admitir o no esta prueba de indicios. Una medida clave, que puede enervar este problema es la contenida, aunque es cierto que se limita al procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, en la PLIR, cuando añade al art. 179 de la LJS un párrafo quinto; según el cual, “*en los procesos en que se alegue discriminación indirecta por razón de sexo en la resolución por la que se admita la demanda se recabará informe del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades o de los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas si el conflicto no superara el ámbito de la comunidad autónoma y esta tuviera atribuidas competencias en materia de ejecución de la legislación laboral. A tal efecto deberá remitírsele copia de demanda y documentos que la acompañen. El informe versará*

<sup>136</sup> Asunto Brunnhofer (2001); “*la diligencia probatoria exigida a las demandantes en los casos de discriminación salarial no es desdeñable, entrañando una dificultad considerable habida cuenta de que ni pueden acceder a los datos salariales de sus compañeros y de que, a falta de una valoración de puesto de trabajo transparente y objetiva, es la demandante la que ha de proceder a tal calificación valorativa y probatoria*”, García Lombardía, “*El papel de la Inspección de Trabajo...*”, opus., cit., p. 950.

<sup>137</sup> Según la Exposición de Motivos de la PLIR, “*resulta necesaria la acción del legislativo a efecto de facilitar la prueba de indicios*” en el sentido de que “*los indicios de discriminación retributiva no tienen necesariamente que seguir criterios de identificación estadística estricta, sino que debiera bastar con que se presentara cualquier tipo de indicios que evidenciarán simplemente esta desventaja particular*”.

<sup>138</sup> Crespi, “*El principio comunitario de no discriminación...*”, opus., cit., pp. 20 y 21.

sobre la suficiencia de la prueba estadística presentada para evidenciar la existencia de indicios de discriminación indirecta y sobre las posibles justificaciones objetivas y razonables que podrían enervar la existencia de discriminación. En caso de que se alegara incorrecta valoración de los puestos de trabajo el informe deberá pronunciarse acerca de la adecuación o inadecuación de la misma. El informe deberá emitirse en el plazo de treinta días”. Tanto el plazo como el contenido del informe son adecuados e idóneos.

Junto a estas propuestas, hay que resaltar el papel que puede jugar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativizando la prueba de indicios, ya sea iniciando de oficio el procedimiento, ya sea remitiendo el correspondiente informe contemplado en el art. 95 de la LJS<sup>139</sup>. Y ello, sin duda, está en la base de la reforma, por el art. 5 de la PLIR, del art. 148 de la LJS<sup>140</sup>.

Admitidos los oportunos indicios, se produce la inversión de la carga de la prueba<sup>141</sup>; de tal modo que, como afirma la Exposición de Motivos de la PLIR, el “*empresario o [la] empresaria [deberá] aportar la correspondiente justificación objetiva, razonable y proporcionada*” –art. 96.1 de la LJS–. Una justificación que, en la *praxis*, se traduce en una enorme casuística<sup>142</sup>, que va a dificultar la elaboración de unos criterios comunes y generales. Sobre este particular, sólo se manifiesta la PLIR, cuando en su modificación del art. 96 de la LJS, afirma que “*en las demandas por discriminación indirecta de carácter retributivo por razón de sexo la justificación objetiva y razonable consistirá en la prueba de que es correcta la valoración de puestos de trabajo*”. Se supone que dicha corrección se aportará con la utilización de los conocidos métodos analíticos. De ahí que lo ideal, siguiendo esta propuesta, es, como se ha defendido, que los mismos se hagan obligatorios.

## 2.4. Medidas coercitivas

Las medidas coercitivas tienen como denominador común obligar al infractor, de un lado, al cumplimiento, y, de otro, a disuadirlo, en el presente o en el futuro, de comportamientos, en nuestro caso, de discriminación retributiva y, al mismo tiempo, reestablecer a la víctima del perjuicio sufrido. Estas medidas conllevan, por un lado, costes económicos, y, por otro, la necesidad de control; pero, ninguna de sus manifestaciones, hoy en día, son de la suficiente entidad e intensidad como para conseguir sus objetivos. De ahí, probablemente, que en el PAUE se proponga mejorar “*las sanciones e indemnizaciones a las víctimas*” fijando, tras su estudio, unos mínimos para sendos aspectos, lo que parece, más que necesario, si, como dice el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54, en la generalidad de los Estados miembros, existe una “*ausencia de sanciones efectivas y compensaciones suficientes*”<sup>143</sup>. Por este motivo, las medidas nacionales también deberían

<sup>139</sup> García Lombardía, “*El papel de la Inspección de Trabajo...*”, opus., cit., pp. 954 y 955.

<sup>140</sup> En las correspondientes actas se incluirá, a efectos de indemnización, “*la diferencia retributiva a la que tuviera derecho si la discriminación fuera de carácter retributivo*”, y se añade al art. 149, entre los requisitos de la demanda, que deberá hacerse constar “*la diferencia retributiva correspondiente*”.

<sup>141</sup> El art. 19 de la Directiva 2006/54 -así como su Considerando 30, y ambos acogiendo la doctrina del TJUE- afirma que corresponde “*a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato...sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante*”.

<sup>142</sup> El TJUE no ha considerado argumentos empresariales legítimos los siguientes: Asunto Roks de 24 de febrero de 1994 (C-343/92) -“*situación de las finanzas públicas*”-; Asunto Kenny de 28 de febrero de 2013 (C-427/11) -“*el interés por mantener unas buenas relaciones laborales*”- o Asunto Brunnhofer -“*la mejor calidad del trabajo prestado por el hombre*”-; mientras que sí se admiten, entre otros argumentos, la experiencia en cuanto que “*es objetivamente relevante para desempeñar mejor el concreto puesto de trabajo*” -Asunto Danfoss de 17 de octubre de 1989 (C-109/88)-, Crespi, “*El principio comunitario de no discriminación...*”, opus., cit., p. 22.

<sup>143</sup> UGT, *La brecha salarial...*, opus., cit., p. 5.

orientarse a cubrir esta parcela; o sea, a aumentar las sanciones y las indemnizaciones, así como a pagar las diferencias retributivas. Es verdad que el montante para la empresa discriminatoria puede ser importante; incluso, a algunas empresas podría conducir las a su desaparición. Ahora bien, la solución no debe pasar nunca por disminuir o eliminar algunas de estas cuantías pues, en tal caso, se estaría permitiendo y legitimando la propia discriminación; ni tan siquiera debiera permitirse que el empleador acuda a vías subrepticias, como por ejemplo los arts. 41 y 82.3 del ET, para evadir su responsabilidad económica.

Con respecto a las sanciones, el principal objetivo es aumentar sus cuantías; de modo “*los Estados miembros deben establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva*” –Considerando 35 de la Directiva 2006/54–. El RDL 6/19 se limita en materia de sanciones a modificar el art. 7.13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS) con la finalidad de incorporar, como parte de la infracción, no sólo el incumplimiento del plan de igualdad sino también, lo que es absolutamente lógico, sus medidas que, en este caso, serían las derivadas de la auditoría salarial. Sin embargo, hubiese sido deseable una intervención más contundente<sup>144</sup> modificando la cuantía del art. 8.12, puesto que ello sí puede ayudar, de manera considerable, a relativizar el problema de la brecha retributiva.

Nunca debe perderse de vista que esta brecha retributiva supone para su víctima haber cobrado menos durante un período de tiempo, que puede ser bastante dilatado. Por ello, el empleador tiene, necesariamente, que abonar las diferencias retributivas. Es decir, las nacidas de la correspondiente comparación<sup>145</sup> por un trabajo igual o por un trabajo de igual valor. En esta dirección, la única novedad del RDL 6/19 consiste en añadir un párrafo tercero al art. 9 del ET en virtud del cual “*en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor*”<sup>146</sup>.

Por su parte, la indemnización tiene que resarcir a la víctima de todos los daños ocasionados o, como establece el art. 18 de la Directiva 2006/54, que recoge la doctrina

<sup>144</sup> La PLITOMH incorpora cuatro infracciones nuevas, en coherencia con sus exigencias formales, las referidas al libro-registro salarial y a la inclusión de las auditorías como parte de los planes de igualdad; y, en consecuencia, cuantifica las sanciones. El art. 3 de la PLITOMH modifica la LISOS tipificando como infracción grave “*el incumplimiento del deber de información a los trabajadores del libro-registro salarial de la empresa*” -art. 7.3.bis-, “*no disponer la empresa del libro registro salarial*” -art. 7.12.bis- y “*no cumplir con las obligaciones que en materia de planes de igualdad y auditorías salariales establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación*” -art. 7.13-; mientras que como infracción muy grave, “*no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, incluida la auditoría salarial, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando exista la obligación de realizarlos según lo establecido en el apartado 2 del artículo 46.bis de esta Ley*” -art. 8.17-; e introduce la letra g) en el art. 40, de modo que estas nuevas infracciones son sancionadas con las siguientes cuantías: “*las infracciones graves del artículo 7.3.bis, 7.12.bis y 7.13 se sancionarán con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 0.11% al 0.30% de la masa salarial de la empresa; en su grado medio, con multa del 0.31% al 0.50% de la masa salarial de la empresa; y en su grado máximo con multa del 0.51% al 0.70% de la masa salarial de la empresa*” y “*la infracción muy grave del artículo 8.17 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 0.71% al 0.90% de la masa salarial de la empresa; en su grado medio, con multa del 0.91% al 1.10% de la masa salarial de la empresa; y en su grado máximo, con multa del 1.11% al 1.30% de la masa salarial de la empresa*”. Mientras que el art. 9 de la PLIR realiza una escasa intervención en la LISOS; ésta se reduce a suprimir el art. 6.2, y a añadir al art. 7, como párrafo 14, la consideración como infracción grave, “*no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios o no utilizar el modelo de recibo de salarios aplicable, oficial o pactado, en los términos establecidos en el artículo 29*” del ET.

<sup>145</sup> Normalmente se aplica “*el principio de nivelación al alza, que consiste en retribuir, a partir de[1 momento en que se declara la nulidad], al sujeto o grupo discriminado igual que a quienes se tomaban como término de comparación. Tal como se resolvió en el caso Nimz*”, Crespi, “*El principio comunitario de no discriminación...*”, opus., cit., p. 26.

<sup>146</sup> Supone recoger la propuesta contenida en el art. 2 de la PLITOMH. Por su parte, el art. 1 de la PLIR modifica este precepto estatutario en los siguientes términos: “*el pronunciamiento judicial deberá reconocer al trabajador/a la retribución que le hubiera correspondido al individuo o colectivo con el que se hubiera realizado la comparación*

del TJUE, “*los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori...*”. Desgraciadamente, ésta no parece ser la tónica, puesto que lo normal es que se cuantifique la indemnización con el simple abono de la diferencia retributiva<sup>147</sup>. Ello supone desatender el daño moral sufrido por la víctima.

Por último, las medidas de control, las cuales se pueden focalizar en la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Sin embargo, como ha denunciado la OIT, “*en la mayoría de los países la inspección del trabajo no hace mucho en la práctica para promover y proteger el derecho a la igualdad de remuneración*” cuando, sin embargo, tiene un enorme potencial para el desarrollo de esta actividad<sup>148</sup>. Esta Organización enumera una serie de actuaciones<sup>149</sup> que, de ser llevadas a cabo por la Inspección, podrían, como mínimo, reducir la brecha retributiva.

En este momento, hay que acudir al PDTD, que concede una gran importancia a la perspectiva de género; hasta el extremo que tiene una visión transversal de la misma. Es cierto que este Plan contempla una serie de medidas -algunas claramente inspiradas o tomadas de las propuestas por la OIT- pero referidas, en términos generales, a la discriminación por razón de género; y casi ninguna relativa específicamente a la materia retributiva. Ahora bien, no debe entenderse ni como un obstáculo, ni como un problema, puesto que la segunda queda subsumida en la primera. Tales medidas van dirigidas, principalmente, a la especialización y formación<sup>150</sup> en materia de igualdad así como a crear una unidad de lucha contra la discriminación –“*especialmente la retributiva*”–, al cruce de datos, al control de legalidad de los convenios y, por supuesto, al aumento de las actuaciones<sup>151</sup>. Al mismo tiempo que se prevén convenios de colaboración con otras entidades y organismos a fin de facilitar la intervención de la Inspección<sup>152</sup>.

Ahora bien, no cabe ser especialmente optimista en la valoración de este Plan Director, puesto que en 2009, ya se realizó una campaña de la Inspección de Trabajo y

*en la que se constató la existencia de discriminación*”. Esta última, en esta misma línea, incorpora al art. 182.1.d) de la LJS que “*en caso de que la nulidad fuera consecuencia de una discriminación retributiva por razón de sexo, e independientemente de la indemnización que procediera conforme al artículo 183, el pronunciamiento judicial deberá reconocer al trabajador la retribución que le hubiera correspondido al individuo o colectivo con el que se hubiera realizado la comparación en la que se constató la existencia de discriminación*”.

<sup>147</sup> Según el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54, “*en la mayoría de los casos el importe de la compensación equivale a los ingresos perdidos debido a la diferencia de salario entre el demandante y el sujeto de comparación. En algunos Estados miembros, también se incluye el daño inmaterial sufrido. El marco jurídico nacional en materia de sanciones difiere significativamente de un Estado miembro a otro*”.

<sup>148</sup> *Igualdad...*, opus., cit., pp. 105 y 106.

<sup>149</sup> *Igualdad...*, opus., cit., p. 107.

<sup>150</sup> Medida muy importante pues, como ya indicara el Consejo Económico y Social en 2003, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “*no siempre dispone de formación específica en materia de igualdad entre hombres y mujeres, lo que constituye una dificultad añadida a su actuación en este campo*”, Informe sobre la negociación colectiva..., opus., cit., pp. 35 y 36.

<sup>151</sup> Exactamente, las siguientes medidas: 16 -creación de la unidad de lucha contra la discriminación-, 17 -Inspectores especializados en materia de igualdad y no discriminación-, 21 -cruce de datos-, 22 -aumentar el número de actuaciones-, 23 -control de legalidad de los convenios colectivos en relación con cláusulas discriminatorias, para lo que se creará un protocolo-, 24 -especialización y formación de los inspectores- y 51 -“*aprobación de nuevas instrucciones y criterios operativos, que tengan en cuenta la perspectiva de género, sobre actuaciones inspectoras en relación con los contratos a tiempo parcial, realización de horas extraordinarias y condiciones de seguridad y salud de trabajadores y trabajadoras con contratos temporales, así como la atención de denuncias en relación con las condiciones de seguridad y salud en la relación laboral especial de empleados y empleadas de hogar*”.

<sup>152</sup> Lo que es coherente con la Recomendación sobre transparencia; según la cual “*los Estados miembros deberán garantizar una mayor cooperación y coordinación entre los organismos nacionales de fomento de la igualdad*

Seguridad Social, en esta ocasión específica sobre discriminación salarial; y los resultados no fueron particularmente relevantes, ni significativos<sup>153</sup>, lo que, sin duda, fue fruto de que, como reconoce el actual Plan, la Inspección “*en el ejercicio de sus competencias realiza actuaciones en una empresa en particular, resultando difícil la detección de supuestos de brecha salarial en ese ámbito, que es donde se circunscribe la actuación inspectora y donde se obtienen los resultados. Además, se debe tener en cuenta, que no toda diferencia salarial está basada en causas discriminatorias, siendo en estos casos en los que actúa la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*”<sup>154</sup>, a lo que añade que la naturaleza multidimensional de la brecha retributiva impide a la Inspección de Trabajo “*corregir los elementos estructurales de la sociedad que participan de [su] existencia*”; ahora bien, cuando se detecten habrá que exigir “*las responsabilidades pertinentes*”.

### 3. CONCLUSIONES

El estudio de la brecha retributiva se ha focalizado, desde siempre, en el contexto del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que es, en parte, un error, ya que esta rama del ordenamiento jurídico, a lo sumo, es un instrumento más para combatir este problema, que sólo puede solventarse con medidas de muy distinta naturaleza, puesto que, como reconoce la Exposición de Motivos de la PLIR, “*la eliminación de la brecha salarial requiere claramente la aplicación de medidas de toda naturaleza porque son múltiples los factores que intervienen*”. Por consiguiente, no basta con detectar y enjuiciar supuestos de discriminación, directa o indirecta, vinculados a la brecha retributiva; no es suficiente instrumentar medidas de publicidad, transparencia e información; no resulta, ni tan siquiera necesario, elaborar complejos métodos de valoración de puestos de trabajo, cuando todos estos elementos son diseñados por personas, educadas, formadas y desarrolladas en un contexto machista y patriarcal. Y hasta que ello no cambie, la brecha retributiva y, con ella, la discriminación de la mujer seguirá siendo, desgraciadamente, una realidad con nefastas consecuencias. Primera, que es una expresión intolerable e insostenible de discriminación. Segunda, que impide a las mujeres un proyecto de vida en todos los ámbitos y, desde luego, en su decisión, cuando se adopta, de ser madres<sup>155</sup> y, a la postre, en el número de hijos. Tercera, que es causa y consecuencia de precariedad laboral y, por ello, incluso, les condiciona su decisión de mantenerse en activo<sup>156</sup>. Y cuarta, que

---

y los organismos nacionales con funciones de inspección en el mercado de trabajo”. De ahí, igualmente, que las proposiciones de ley incidan en esta materia. Así, el art. 4 de la PLITOMH añade al art. 16.4 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social el siguiente párrafo, los organismos de igualdad “*colaborarán plenamente con la Oficina Nacional de Lucha contra la discriminación por razón de sexo en el empleo y la ocupación, y le prestarán el apoyo y el asesoramiento técnico necesario*”. Y, de forma mucho más escueta, el art. 8 de la PLIR, que reduce las medidas a la colaboración y a las unidades especializadas pero sin realizar un desarrollo particular.

<sup>153</sup> El objetivo fue la “*comprobación de la existencia de discriminación salarial, directa o indirecta, debido al reconocimiento a los trabajadores hombres de complementos salariales voluntarios, que no [iniesen] reconocidos en convenios colectivos, y que no [fuesen] reconocidos a las mujeres de las mismas categorías o grupos profesionales, sin que exista justificación para ello*”. Se acotó material, territorial y temporalmente pero, pese a ello, no llegaron a realizarse todas las inspecciones previstas; de las 3.000, sólo 241, de las cuales, sólo 12 empresas incurrieron en discriminación, Ministerio de Igualdad, *La brecha salarial...*, opus., cit., pp. 156 y ss. Nada más lejano de la realidad.

<sup>154</sup> En el mismo sentido, García Lombardía, “*El papel de la Inspección de Trabajo...*”, opus., cit., p. 932.

<sup>155</sup> Los datos ponen de manifiesto que la tasa de ocupación disminuye como consecuencia de la decisión de las mujeres de ser madres -aumentando, en caso contrario-, Red DIE, *Palancas para el cambio...*, opus., cit., p. 4; CCOO, *La brecha salarial...*, opus., cit., p. 10 y Millán-Vázquez de la Torre, Santos Pita y Pérez Naranjo, “*Análisis del mercado laboral femenino en España...*”, opus., cit., pp. 221 y 222.

<sup>156</sup> Según la OIT, “*cuando las mujeres ganan menos dinero que sus colegas varones, es menos probable que se produzca un reparto equilibrado de las tareas y responsabilidades del hogar y familiares, por lo que muchas mujeres deciden dejar el empleo*”, *Igualdad...*, opus., cit., p. 9.



conduce a la mujer, en muchas más ocasiones que al hombre, a la pobreza<sup>157</sup>; no sólo durante su vida laboral sino también, por razones obvias, durante su jubilación<sup>158</sup>. Estas consecuencias son más que suficientes para justificar una intervención, como se viene reclamando desde el principio de este trabajo, férrea, incisiva y contundente de todos los sujetos implicados, con la que eliminar esta brecha retributiva que toma causa, de un lado, en el sexo y, sobre todo, en la construcción social del género; y, de otro, no hay que olvidarlo nunca, en sus beneficios económicos para la clase empresarial. No intervenir supone perpetuar la injusticia social y jurídica de la discriminación retributiva<sup>159</sup>.

La secuencia lógica de esta intervención pasa, ineluctablemente, por educación, formación y sensibilización para continuar con medidas laborales -sin las primeras, estas últimas no tienen normalmente utilidad- favorecedoras de la igualdad real. Medidas laborales que, en nuestro país, se han focalizado, principal aunque no exclusivamente, en el RDL 6/19 -aunque sin perder de vista las diferentes proposiciones de ley-, fruto de las recomendaciones comunitarias, que, pese a sus deficiencias y ausencias, debe entenderse, y este es su valor, como una puerta parcialmente abierta a la lucha contra la discriminación retributiva.

<sup>157</sup> Las mujeres conforman, en gran medida, el colectivo de trabajadores pobres, puesto que “*los porcentajes de mujeres [con] salarios ínfimos, no han bajado en seis años del 65%*”; en concreto, “*1.285.160 mujeres percibieron como máximo 648.60 euros brutos mensuales..., el 69.37% de la población salariada con esos ingresos*”, UGT, *La brecha salarial...*, opus., cit., pp. 8, 10 y 39. Por la doctrina, Calvo Gallego, “*Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación*”, *Temas Laborales*, nº 134, 2016, p. 92. De ahí que, como dice la Comisión Europea, “*la eliminación de la brecha salarial entre hombres y mujeres contribuiría a reducir los niveles de pobreza y a aumentar los ingresos que reciben las mujeres a lo largo de su vida*”, *Cómo combatir la brecha salarial...*, opus., cit., p. 8. Sin embargo, la pobreza de la mujer ha sido, como es previsible, menospreciada al considerarse, desde los patrones patriarcales de familia -sobre esta configuración de la familia, Pons Parera, “*La igualdad retributiva...*”, opus., cit., p. 13-, que las aportaciones de la mujer son un simple complemento o una renta secundaria a la economía familiar. Esto ha sido puesto de manifiesto, a nivel institucional, por la OIT, *Igualdad...*, opus., cit., p. 3, y, a nivel doctrinal y entre otros, por García Serrano y Toharia, “*Empleo y pobreza*”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 75, 2008, p. 166; por Marx y Nolan, “*Trabajadores pobres*”, *Papeles de Economía Española*, nº 135, 2013, p. 106; por Millán-Vázquez de la Torre, Santos Pita y Pérez Naranjo, “*Análisis del mercado laboral femenino...*”, opus., cit., p. 212; e “*incluso como dinero para gastos extra*”, por Sánchez, Trinidad, Recio y Torns, “*La brecha salarial...*”, opus., cit., p. 6. Esta idea es, desgraciadamente, una realidad contrastada por los datos aportados por la Comisión Europea; según los cuales, el 43% de los europeos piensan que “*the most important role of a man is to earn money*”. Es cierto que son los países del este los más favorables a esta afirmación, estando en el extremo opuesto, Suecia -10%-, Dinamarca -17%-, Holanda -18%-, Finlandia -26%- y España -27%-, -www.europa.eu (31 de agosto de 2018)-.

<sup>158</sup> A nivel europeo, Comisión Europea, *Cómo combatir la brecha salarial...*, opus., cit., p. 2. Esta desigualdad, sin duda, va en contra del Punto 15 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que exige “*women and men shall have equal opportunities to acquire pension rights*”.

<sup>159</sup> Como afirma la OIT, “*la igualdad de remuneración es un derecho humano reconocido al que tienen derecho todos los hombres y mujeres*”, *Igualdad...*, opus., cit., p. 2.

# **LOS NUEVOS MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

**M<sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES**

*TU de la UCO*

## **SUMARIO:**

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. DISCRIMINACIÓN POR EDAD**
- 3. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD**
- 4. DISCRIMIANCIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL**
- 5. DISCRIMINACIÓN POR RELIGIÓN O CONVICCIONES**
- 6. DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO**

## 1. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Amsterdam de 1997 supuso una ampliación de las competencias de la Comunidad y del principio de igualdad más allá de la tradicional visión de igualdad entre los sexos. Abarcaría ahora en su art. 13 a otros colectivos discriminados, concretamente, por causas vinculadas al origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual. Este avance pasa a ser confirmado por la Carta de Derechos Fundamentales del 2000, de la que destaca en su Título III referido a la <<Igualdad>>, la prohibición de discriminación por las causas reseñadas en el art. 21.1, y por las dos Directivas antidiscriminatorias del 2000, la 2000/43, 29-6, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la 2000/78, de 27-11, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La trasposición de ambas Directivas se realizó en nuestro Ordenamiento en términos de mínimos a través de una única norma, la Ley 63/2003, de 30-12, MFAOS. Posteriormente, con el Tratado de Lisboa se profundiza en la lucha contra las discriminaciones y, sobre todo, en la consolidación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, de lo que es principal exponente el art. 6 (vid. también arts. 2 y 3 TUE), por el que la Unión asume la Carta de Derechos Fundamentales, a la que por primera vez le reconoce el valor de Tratado. Con ello no se modifica el alcance de las competencias conferidas por el artículo 19 TFUE –antiguo art. 13 TFUE- ni la interpretación de dicho precepto. Pero sí que convertirá a la Carta en un elemento de interpretación esencial para el TJUE y en una garantía de la eficacia del Derecho Comunitario antidiscriminatorio al erigir su prohibición de discriminación en expresión de un principio general del Derecho de la Unión Europea, que llevará en conjunción con su concreción en las referidas Directivas a la plena eficacia de sus efectos frente a los particulares<sup>1</sup>.

## 2. DISCRIMINACIÓN POR EDAD

El art. 6.1 Directiva 2000/78 (y Considerando vigésimo quinto), introduce la posibilidad de excepción de la prohibición de trato desfavorable por razón de edad, cuando para ello exista una finalidad legítima de política social<sup>2</sup>. Recoge expresamente, sin ánimo exhaustivo –tampoco lo son los medios–, los objetivos de la política de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional<sup>3</sup>. Los únicos condicionantes de dicha

<sup>1</sup>Véase una exposición crítica respecto de su configuración como principio y no como derecho en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, Documentación Laboral, nº 113, 2018, págs. 31 y ss. Por las sentencias del TJUE, entre otras: STJCE Mangold, 22-11-2005, STJUE Caso Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, de 9 marzo 2017, asunto C-406/15; SJUE Caso Dansk Industri (DI) contra Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen, de 14 abril 2016, asunto C-441/14; STJUE Caso Vasil Ivanov Georgiev contra Sofia, filial Plovdiv, de 18 noviembre 2010, asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09, STJUE Caso Rijksdienst voor Pensioenen contra Elisabeth Brouwer. Sentencia de 29 julio 2010, asunto C-577/08; STJUE Caso Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH and Co. KG.. Sentencia de 19 enero 2010, asunto C-555/07; STJUE Caso Domnica Petersen contra Lippe. Sentencia de 12 enero 2010, asunto C-341/08. Finalmente, es de destacar que la STJUE Caso Vera Egenberger contra Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, de 17 abril 2018, asunto C-414/16, afirma que tanto el art. 21 como el 47 de la Carta son suficientes por sí solos y no es preciso que sean desarrollados por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal.

<sup>2</sup> STJC Caso The Queen y otros contra Secretary of Stete for Business, Enterprise and Regulatory Reform, de 5 marzo 2009, asunto C-388/07 [aps. 58 a 65]; STJUE Caso Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG, de 13 septiembre 2011, asunto C-447/09.

<sup>3</sup> Por amplios que sean, esos objetivos legítimos del art. 6.1 no incluyen la seguridad aérea (STJUE Caso Reinhard Prigge y otros. Pero el listado del art. 6, tanto en los objetivos como en los medios lo es, únicamente, a título orientativo (por todas: STJC Caso The Queen y otros).

diferencia de trato por razón de edad, ya sea directa o indirectamente apreciable, aparte de la consabida legitimidad del fin, son la adecuación y necesidad de los medios empleados para dicho objetivo. Como puede imaginarse, el grueso de litigiosidad en el seno del TJUE se ha centrado en su interpretación y aplicación, y, secundariamente, en otra de sus excepciones, ésta de carácter restrictivo y común a todas las causas de discriminación de la Directiva, cual es la calificación ocupacional de buena fe.

## 2.1. Diferencias en la retribución por razón de edad

Todo comenzó con la sentencia Hütter<sup>4</sup>, que resuelve sobre un caso en que el cómputo de la experiencia laboral se limitaba exclusivamente a la adquirida a partir de los 18 años, a efectos de la clasificación en el escalafón profesional y, consiguientemente, en la remuneración. De la sentencia Hütter –también de la Mangold<sup>5</sup>– se deduce la licitud de reservar determinadas condiciones de contratación, destinadas a favorecer la inserción de los jóvenes –o de desempleados de edad avanzada, respectivamente<sup>6</sup>–. Ahora bien, pese a la legitimidad de los objetivos, el TJCE –Hütter– rechaza que los medios sean los adecuados porque al aplicarse durante toda la relación laboral y no en función del momento de la contratación para favorecer la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo y, además, aplicarse a todos los trabajadores con independencia de la edad al tiempo de su contratación, realmente lo que resulta determinante es la edad de adquisición de la experiencia y no la experiencia en sí, que es lo que verdaderamente se persigue remunerar con ello. Por idénticas razones no cabe tener en consideración la edad a la que se adquirió la formación o el ingreso en el cuerpo o empresa; si se quiere premiar la experiencia debe tomarse en consideración la antigüedad, y no la edad del trabajador<sup>7</sup>.

La necesaria adaptación a la doctrina Hütter por parte de los Ordenamientos internos que admitían diferencias en el escalafón en función de la edad, suscitaba dos grandes dudas. Una, si la desaparición de la discriminación tendría que suponer la extensión del régimen más beneficioso a los previamente desfavorecidos; otra, caso de admitirse la desaparición de aquélla ventaja, si podrían salvaguardarse los derechos adquiridos por los individuos anteriormente beneficiados sin detrimento de la prohibición de discriminación.

<sup>4</sup> STJCE Caso David Hütter contra Technische Universität Graz, de 18 junio 2009, asunto C-88/08.

<sup>5</sup> STJCE Caso Mangold, de 22-11-2005, asunto C-144/04: pese a ser el objetivo de inserción lícito respecto de un colectivo con dificultades en la ocupación, es desproporcionado admitir sin límite alguno de duración o prórroga, condición, y sin consideración de la situación individual del trabajador en relación al tiempo que lleve desempleado ni del mercado de trabajo, la contratación temporal de los trabajadores mayores de 52 años, privándoles así de su expectativa o derecho a la estabilidad en el empleo durante gran parte de su carrera. Véase también la STJUE Abercrombie, 19 de julio de 2017, C-143/16).

<sup>6</sup> Entre esas condiciones especiales destinadas a favorecer a los jóvenes, véase: STJUE Caso J.J. de Lange contra Staatssecretaris van Financiën, de 10 noviembre 2016, asunto C-548/15.

<sup>7</sup> STJUE caso Hennigs y Mai, de 8-9-2011, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10 (EU:C:2011:560). STJUE Caso Thomas Specht y Otros y otros contra Land Berlin y otros, de 19 junio 2014, asuntos acumulados C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12; STJUE Caso Daniel Unland contra Land Berlin, de 9 septiembre 2015, asunto C-20/13 (Escalafón de los jueces en función de la edad). Tampoco puede establecerse un régimen diferente de preaviso en el despido que se incrementa en función de la antigüedad del trabajador adquirida a partir de la edad de 25 años con objeto de favorecer la contratación juvenil; no es adecuado pues no se computan con independencia de la edad del despido y afecta de forma desigual a los trabajadores jóvenes (STJUE Caso Seda Kükükdeveci contra Swedex GmbH and Co. KG, de 19 enero 2010, asunto C-555/07).

En cambio, sí es legítimo computar sólo la experiencia laboral anterior adquirida en la empresa o en el mismo sector de actividad (Caso Georg Stollwitzer). Por otra parte, si se ha admitido, en atención a la legítima finalidad de homogeneización, y la adecuación y necesidad de los medios, que a efectos del cálculo de la pensión en los regímenes profesionales de la SS se tengan en consideración exclusivamente la formación escolar adquirida sólo a partir de los 18 años (STJUE Caso Georg Felber contra Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur, de 21 enero 2015, asunto C-529/13), y la exclusión de los períodos de experiencia profesional anteriores a la referida edad en virtud del art. 6.2 Directiva 2000/78 (STJUE Caso Franz Lesar contra Beim Vorstand der Telekom Austria AG eingerichtetes Personalamt, de 16 junio 2016, asunto C-159/15).

Respecto de la primera cuestión, el TJUE ha declarado la libertad del EM para elegir los medios o soluciones adecuadas al objetivo de eliminar la discriminación declarada. Consiguientemente, pueden extender al grupo desfavorecido o, por el contrario, eliminar la ventaja para ambos colectivos (sentencias Georg Stollwitzer<sup>8</sup> y ÖBB Personenverkehr<sup>9</sup>). Tan sólo se mantendrá necesariamente el derecho al referido beneficio, en tanto el EM no adopte medidas para la eliminación de la discriminación<sup>10</sup>. Respecto de la segunda, el TJUE admite que en orden a la protección de la confianza legítima y de los derechos adquiridos de los beneficiados, que puedan arbitrarse mecanismos de salvaguarda transitorios que eviten el impacto negativo para el colectivo favorecido. Como se observa, estas soluciones a la postre mantienen durante dicho período transitorio la diferencia de trato entre ambos colectivos lo que nos lleva, nuevamente, a la necesaria identificación de los límites<sup>11</sup>. Límites que quedarán sometidos, otra vez, a la consideración de los condicionamientos del art. 6 Directiva 2000/78 y a los que también estará obligada la negociación colectiva<sup>12</sup>. Lo que no cabe es que la modificación del escalafón se reduzca al colectivo desfavorecido perpetuando así de manera definitiva la discriminación<sup>13</sup>.

En España las diferenciaciones salariales en función de la edad como medida promocional del empleo joven, quedaron en principio descartadas con la STC 31/1984, de 7 de marzo, F. 11, pues, se consideró, entrarían en contradicción con la prohibición de discriminación por razón de edad del art. 14 de la CE y el art. 35.1 CE. No obstante, en mi opinión, tras el art. 6.1 Directiva 2000/78, las posibilidades de diferenciación en función de la edad vinculadas a la política de empleo están mucho más abiertas. Así, **vista la doctrina del TJUE**, parece que hipotéticamente cabría aceptar que, bajo determinadas circunstancias, la edad del trabajador pueda ser una razón de diversificación en las condiciones de trabajo o de contratación previstas en el convenio colectivo, con objeto de facilitar la inserción del colectivo vulnerable en el mercado de trabajo, siempre y cuando los medios fuesen adecuados y no excediesen de lo necesario. La adecuación exigiría la consideración de su edad sólo en el momento de la contratación, y la proporcionalidad o necesidad a su limitación temporal, no extensible a toda la vida de la relación. Sin embargo, la STS. 24 noviembre 2015, rec. 304/2014, declara la nulidad de una cláusula convencional vinculada a razones de política social que establecía un nivel retributivo inferior durante tres años para los trabajadores menores de 35 años que fuesen contratados bajo la vigencia del convenio colectivo. La sentencia rechaza radicalmente que el criterio diferencial pueda ser el de la edad en el momento del ingreso en la empresa y esgrime,

<sup>8</sup> SJUE Caso Georg Stollwitzer contra ÖBB Personenverkehr AG, de 14 marzo 2018, asunto C-482/16, ECLI:EU:C:2018:180.

<sup>9</sup> STJUE Caso ÖBB Personenverkehr AG contra Gotthard Starjakob, de 28 enero 2015, asunto C-417/13.

<sup>10</sup> Casos Georg Stollwitzer y ÖBB Personenverkehr.

<sup>11</sup> Caso Georg Stollwitzer, que, precisamente, viene a atender las consecuencias de la STJUE Caso ÖBB Personenverkehr AG contra Gotthard Starjakob, asunto C-417/13, que rechazó, según vemos en texto seguidamente, la fórmula de adaptación a la doctrina de la sentencia Hütter seguida por el EM.

<sup>12</sup> También en este sentido, respecto de la jubilación forzosa, por ejemplo: STJUE Caso Gisela Rosenblatt contra Oellerking Gebäudereinigungsges, mbH. Sentencia de 12 octubre 2010, asunto C-45/09; STJUE Caso Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG, asunto C-447/09.

Constituye un objetivo legítimo el de **proteger los derechos adquiridos y las expectativas legítimas** relativas a la futura evolución de la retribución y tanto más cuando éste sea producto de un acuerdo colectivo que por definición equilibra los intereses de los diferentes grupos de trabajadores [STJUE caso Hennigs y Mai, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10]. No lo es, en cambio, el **aumento de las cargas financieras y en las posibles dificultades administrativas. Véanse diferentes supuestos en:** STJUE Caso Daniel Bowman contra Pensionsversicherungsanstalt, de 21 diciembre 2016, asunto C-539/15; STJUE Caso Thomas Specht y otros contra Land Berlin y otros, asuntos acumulados C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12; STJUE caso Hennigs y Mai, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10; STJUE Caso Daniel Unland contra Land Berlin, asunto C-20/13.

<sup>13</sup> -STJUE Caso ÖBB Personenverkehr AG contra Gotthard Starjakob, asunto C-417/13; STJUE Caso Leopold Schmitzer contra Bundesministerin für Inneres, de 11 noviembre 2014, asunto C-530/13.

entre otras razones<sup>14</sup>, la doctrina TJUE, concretamente, las SSTJUE Unland, C-20/13 y Specht y otros, C-501/12. Como crítica, cabría apuntar que éstas no tienen mucho que ver con el caso, puesto que se refieren a supuestos de adaptación del escalafón a la doctrina Hütter y, para más señas, el caso español pretendía una retribución inferior –sólo– durante los tres primeros años de trabajo en la empresa.

## 2.2 Diferencias en la extinción del contrato: la jubilación forzosa, la calificación ocupacional de buena fe y el despido

### 2.2.1. La jubilación forzosa

En el ámbito de la jubilación forzosa es cita obligada la **sentencia Palacios de la Villa** (2007)<sup>15</sup>, que sienta las bases doctrinales del TJCE al respecto. A la vista de las restantes sentencias del TJUE sobre estas extinciones automáticas por razón de la edad, cabría destacar conclusivamente que<sup>16</sup>:

- a) La Directiva limita su ámbito a la extinción o al despido y sus efectos vinculados a la edad de jubilación, no así a la determinación de la edad de jubilación que puedan establecer los EM (vid. Considerando 14).
- b) Si bien la jubilación forzosa supone un trato diverso y peyorativo por razones que atienden directamente a la edad del trabajador, ésta puede ser utilizada por los EM como una medida legítima de política de empleo, dada la amplia libertad de que gozan los EM en la configuración tanto de los objetivos como de los medios, siempre y cuando cumpla los ya consabidos requisitos de adecuación y necesidad.
- c) No es necesario que la norma en cuestión haga una vinculación expresa entre ésta y el objetivo de política de empleo que pretende alcanzarse, sino que se podrá deducir del contexto (Palacios de la Villa, The Queen y otros, y Rosenblatt)<sup>17</sup>.
- d) Pese a que la sentencia Palacios Villa no hace indicación ni impone condición alguna sobre los efectos reales que pueda tener la aplicación de la medida en cada caso, según aclaran otras sentencias del TJUE, esa labor de verificación de objetivos, adecuación y proporcionalidad en los medios le corresponderá al juez nacional<sup>18</sup>. Al respecto, no bastan las meras generalizaciones acerca de los objetivos o de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional (The Queen). Ahora bien, el TJUE niega que la prueba tenga que tener un alto grado de precisión, dado el amplio margen que le reconoce el art. 6 Directiva a los EM, de manera que pueden basarse en previsiones, como tales inexactas y con un cierto grado de incertidumbre, o en decisiones de carácter político que tampoco permiten dar un resultado anticipado<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Como son los términos excesivamente vagos de los condicionamientos y justificación de la medida y la inadecuación de la medida a la finalidad pretendida de fomento de la contratación juvenil en tanto en realidad se haría en detrimento de la contratación en general.

<sup>15</sup> STJCE Caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S.A., de 16 octubre 2007, C-411/05.

<sup>16</sup> Las conclusiones que no identifican sentencia son extraídas de Palacios de la Villa.

<sup>17</sup> STJCE Caso Félix.

<sup>18</sup> STJC Caso The Queen y otros, asunto C-388/07; STJUE Caso Gisela Rosenblatt, asunto C-45/09.

<sup>19</sup> STJUE Caso Gerhard Fuchs y otros contra Land Hessen. Sentencia de 21 julio 2011, asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10.

- e) Las consideraciones de carácter presupuestario no pueden constituir por sí solas un objetivo legítimo ex art. 6.1 Directiva 2000/78, como tampoco aquéllas que no persigan un interés general sino meramente individual, como puedan ser los costes o la competitividad (Fuchs).
- f) Constituyen objetivos legítimos de política social la promoción de la contratación, el reparto del trabajo entre las generaciones, la inserción profesional de los jóvenes trabajadores, la homogeneización de las edades de jubilación en la función pública, la mejora del servicio, el establecimiento de una estructura de edades equilibrada, optimizar la gestión del personal planificando las jubilaciones, evitar los litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y ofrecer un servicio de calidad (Fuchs).
- g) Ahora bien, aun reconociéndose la legitimidad del objetivo, no puede considerarse adecuado introducir una jubilación forzosa que reduzca abruptamente la edad de jubilación del colectivo (de 70 a 63)<sup>20</sup>.
- h) Una normativa sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado, si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma **congruente y sistemática**<sup>21</sup>.
- i) En relación a la adecuación y necesidad de aquélla para los legítimos objetivos perseguidos de reparto del empleo, el TJUE considera que no se produce un daño desproporcionado a los jubilados forzosos en la medida en que los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación, como la prevista en la **Disp. Transitoria de la L.14/2005 ET**, que se fija en un nivel que no puede considerarse inadecuado (consta que le correspondía el 100% de su base de cotización de 2.347,78 euros)<sup>22</sup>. Tampoco excede de lo necesario cuando el jubilado tiene derecho a una pensión en un **nivel que no puede considerarse inadecuado** (ej. 72% de su último salario), y, además puede trabajar libremente en el mercado de trabajo o, bajo condiciones excepcionales postergar esa extinción automática<sup>23</sup> incluso aun cuando sea bajo la estricta condición de que la contratación sea exclusivamente temporal<sup>24</sup>.
- j) En relación a la cuantía de la pensión, también se ha considerado que las cláusulas de jubilación forzosa son adecuadas y no van más allá de lo necesario cuando se establece una limitación adicional destinada a exigir que ésta sea voluntaria si van a aplicarse antes de la edad normal de jubilación<sup>25</sup>. Sin embargo no afecta a la necesidad o proporcionalidad de la medida el hecho de que la cuantía sea o

<sup>20</sup> STJUE Caso Comisión Europea contra Hungría, de 6 noviembre 2012, asunto C-286/12. En cambio, véase: STC. núm. 100/1989, de 5 junio; STC. 99/1987, de 11 de junio de 1987; STEDH Caso Francisco Aracil Sempere contra España, decisión de 4 septiembre 1996 y STEDH Caso L.T.R. y otros contra España, decisión de 30 noviembre 1995.

<sup>21</sup> Por ejemplo: STJUE Caso Gerhard Fuchs y otros, asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10; STJUE Caso Vasil Ivanov Georgiev, asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09.

<sup>22</sup> STJCE Caso Félix Palacios de la Villa, C-411/05.

<sup>23</sup> STJUE Caso Gerhard Fuchs y otros, asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10.

STJUE Caso Vasil Ivanov Georgiev, asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09, sobre jubilación forzosa de los catedráticos universitarios. La edad de jubilación del profesorado universitario no está vinculada a la autonomía universitaria (SSTC. 99/1987, de 11 de junio de 1987 y núm. 44/2016 de 14 marzo).

<sup>24</sup> STJUE Caso Vasil Ivanov Georgiev, asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09; STJUE Caso Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen, de 28 febrero 2018, asunto C-46/17, ECLI:EU:C:2018:131. Otra cuestión es que la sucesiva contratación temporal, sin límite alguno, se pretenda con trabajadores mayores de 52 años y sin más consideración que la edad, en cuyo caso, es desproporcionada (STJCE Caso Mangold, de 22-11-2005, asunto C-144/04).

<sup>25</sup> STJUE Caso Gisela Rosenblatt, asunto C-45/09.

no realmente suficiente, a tenor de que el trabajador puede seguir, si así lo estima conveniente, realizando una actividad profesional<sup>26</sup>.

La STCE Palacios de la Villa, según hemos anticipado, declaró la adecuación de la Dip. Transitoria de la L14/2005, de 1 de julio. La reforma de la Disp. Adic. 10ª por la L. 14/2005 se hizo con el principal objeto de “rescatar” la jubilación forzosa y reducir la inseguridad jurídica que propició su derogación<sup>27</sup>. Pero su nueva redacción respondía al objetivo de adecuarla a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, y, especialmente, a lo establecido en su art. 6.1 (Exp. Motivos L. 14/2005) que, según se recogía en su EM, exige una vinculación entre la jubilación forzosa y las medidas de política de empleo previstas en el CC<sup>28</sup>. En tanto la nueva Disp. Adic. 10ª exigía constancia expresa de dicho vínculo, la Disp. Transitoria de la L. 14/2005 no la requería para los CC vigentes a la fecha de su entrada en vigor. Y ambas limitaban la jubilación forzosa a la edad ordinaria de jubilación. Verdaderamente, lo que se necesitaba era contener o, si se prefiere, forzar a la corrección de la doctrina judicial y jurisprudencia de los Tribunales ordinarios. Cierto es que desde la perspectiva comunitaria no es necesario identificar expresamente en la norma ese vínculo entre la medida y su objetivo. Pero ésto no puede confundirse, como parece que así fue tanto por parte del Tribunal Constitucional<sup>29</sup> como, más claramente, por el Tribunal Supremo<sup>30</sup>, con que no sea necesario que efectivamente ese vínculo exista; debe existir aun deducible sólo contextualmente. En esta línea, y en consideración de la interpretación del TJCE en la sentencia Palacios de la Villa, se sitúa también la última jurisprudencia<sup>31</sup> en relación a la interpretación de esa Disp. Transitoria, respecto de la que también es exigible, como siempre ha sido o ha debido ser, la conexión

<sup>26</sup> STJUE Caso Gisela Rosenblatt, asunto C-45/09.

<sup>27</sup> He aquí el otro gran problema en relación a la Disp. Adic. 5ª ET/80 y posterior Disp. Adic. 10ª ET, respecto a si es necesario que la Ley habilite al convenio colectivo para regular las cláusulas de jubilación forzosa. Véanse en particular: SSTC 58/1985, de 30 de abril de 1985, 280/2006 de 9 octubre y 341/2006 de 11 diciembre; 8/2015, de 22 de enero de 2015. En ellas, el TC deja sin apoyo dogmático a la jurisprudencia sentada SSTS 9-3-2004 (RJ. 2004/841 y 873) y aquéllas que les siguieron, y que sostuvieron en unificación de doctrina la necesaria habilitación legal de la negociación colectiva a tales efectos e, implícitamente, zanja el debate en torno a los efectos de la Disposición Transitoria de la Ley 14/2005 en relación a los efectos de una validación retroactiva de lo que inicialmente era nulo (véase, por todos: MORENO DE TORO, C., “La prestación de jubilación y sus vicisitudes”, *Laborum*, Murcia, 2006, págs. 63 y ss.). En este sentido: SEMPERE NAVARRO, V., “Jubilación forzosa de trabajadores en el sector público”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.8/2009 parte Tribuna, BIB 2009/1795. No obstante, el TS sigue reproduciendo tal doctrina en sentencias recientes (STS. 2 febrero 2016, rec. 1624/2014).

<sup>28</sup> POQUET CATALÁ, R., “Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa”, *Temas Laborales*, núm. 128/2015, pág. 269 (y que asume un sector de la doctrina de los TSJ).

<sup>29</sup> Puede apreciarse una evolución en la doctrina del Tribunal Constitucional, que tras exigir que no haya amortización de puesto de trabajo (STC núm. 280/2006, 9 de octubre), aun sin ser necesario que la vinculación de la medida a la política social sea expresa (SSTC. 22/81, de 2 de julio, 95/85, de 29 de julio y 111/1985, de 11 de octubre a 136/85) va matizando sus posiciones hasta alcanzar una suerte de presunción de la vinculación de la medida con la política de empleo como si fuese la consecuencia natural de la jubilación forzosa al conectarlo con meros compromisos de contratación indefinida, disminución de la temporalidad, etc (SSTC 95/85 Y 341/2006, de 11-12). En relación a la proporcionalidad de la medida, el Tribunal Constitucional sólo exige que se garantice que el trabajador haya completado los períodos de carencia para acceder a la pensión de jubilación (STC. 22/81, de 2 de julio) y que proceda la percepción de pensión de jubilación, aun cuando no esté garantizada una determinada cuantía, nivel, completar la carrera de cotización y, ni tan siquiera, alcanzar la edad ordinaria de jubilación, pudiendo ser esta anticipada (STC 280/2006, de 9 de octubre).

<sup>30</sup> Véanse, por ejemplo: SÁEZ LARA, C., “La jubilación forzosa: Las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia constitucional y ordinaria”, *REDT*, nº 25, 1986, págs. 115 y ss; MORENO DE TORO, C., “La prestación de jubilación y sus vicisitudes”, cit, págs. 45 y ss). Recoge la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo: STS. 2 febrero 2016, rec. 1624/2014. La fractura comienza a hacerse evidente a partir de las SSTS. 27-10-1987, RJ. 7210 y 7211, que niegan que la no amortización de puestos de trabajo sea una condición para la jubilación forzosa pactada por convenio colectivo; y eclosiona con las SSTS. 27-12-1993, RJ 10011, 8-3-2000 -rcud 2436/99 -; y 14-7-2000 -rcud 3428/99, que asumen como único requisito para la validez de aquélla que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente pensión de jubilación.

<sup>31</sup> Se inicia con las SSTS. de 22 diciembre 2008 -rcud 856/2007 y 3460/2006; y es seguida por otras muchas: SSTS. 2 febrero 2016, rec. 1624/2014; 4 febrero 2015, rec. 233/2014; de 17 junio 2014, rec. 1441/2013.



con los objetivos de la política de empleo, como de los requisitos introducidos por la Disp. Adic. 10<sup>a</sup>/2005 y que puede resumirse como sigue:

- a) La enumeración de motivos que el precepto hace [«mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, las nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo»] no es cerrada sino simplemente ejemplificativa;
- b) En todo caso, dada la evolución legal y jurisprudencial, no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el cesado<sup>32</sup>, sino que ha de serlo en el sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que realmente se concreta –pese a la redundancia de la norma– en tres exclusivos apartados: a) estabilidad en el empleo [conversión de los contratos temporales en indefinidos]; b) sostenimiento del empleo [contratación de nuevos trabajadores]; c) incremento en la calidad del empleo [fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc, que repercutan en bondad del empleo].
- c) Por objetivos «coherentes» con la política de empleo, no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera, ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sino que entre el sacrificio individual del jubilado forzoso y los beneficios colectivos de la política de empleo debe mediar una relación de equilibrio y proporcionalidad;
- d) La norma exige un expreso enlace entre cese y metas explicitadas. Esa expresa «vinculación» no necesariamente habrá de ubicarse en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino que puede hacerse al regular las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto; pero siempre de forma inequívoca y relacionada. Ahora bien, no hace falta la mención explícita de que la medida favorecedora del empleo que implanta el Convenio tiene por fin facilitar la jubilación forzosa, sino que basta con que en distintos lugares del Convenio se regulen medidas que favorezcan la estabilidad del empleo, su fomento, incremento y calidad<sup>33</sup>.

Visto esto, no cabe pretender una jubilación sobre la base de una cláusula que no cumpla tales requisitos<sup>34</sup>, como tampoco en un contexto de reducción de plantilla y rejuvenecimiento de ésta bajo el convenio colectivo que resulta de aplicación<sup>35</sup>. Ahora

<sup>32</sup> Ahora bien, << la no amortización de la plaza, el cubrirla con un nuevo empleado y en definitiva el mantenimiento del número de empleados de la empresa constituye una manifestación indiscutible de una política de empleo que en los tiempos que corremos, responde y satisface las exigencias de la citada Adicional Décima,>> y tanto más, cuando el convenio colectivo recoja otras medidas de mejora de la calidad del empleo (SSTS. de 21 diciembre 2012, rec. 3439/2011 y 3925/2011 y 25 octubre 2013, rec. 3309/2012, 29 octubre 2013, rec. 25/2013 y 17 junio 2014, rec. 1441/2013). Estas sentencias, con base en que se trata de otro Convenio ya adaptado a la L. 14/2005, rectifican doctrina de otras anteriores sobre la jubilación forzosa –en su mayoría también en AENA– que exigían al convenio una vinculación clara y expresa entre el cese y la medida compensatoria incluso en el contexto de Organismos Públicos condicionados por los PGE y por la Oferta Pública de Empleo [en SSTS. de 22 de diciembre de 2008, rec. 856/2007 –AENA– y 3460/2006 –INSERSO–, entre otras reiterado en las sentencias de 12 de mayo de 2009 (Recud. 2153/2007), 10 noviembre 2009, rec. 2514/2008 y de 11 de julio de 2012 (Recud. 4157/2011)], para pasar a declarar que basta con que el convenio establezca medidas favorecedoras del empleo, sin necesidad de que conste vínculo expreso. Véase: SEMPERE NAVARRO, V, “Jubilación forzosa de trabajadores en el sector público”, Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2009 parte Tribuna, BIB 2009/1795.

<sup>33</sup> Véase nota precedente.

<sup>34</sup> STS. 2 febrero 2016, rec. 1624/2014.

<sup>35</sup> STS. 4 febrero 2015, rec. 233/2014.

bien, en mi opinión, la calificación de la extinción por una pretendida jubilación forzosa derivada de una cláusula convencional que no cumple los referidos requisitos, debería merecer la calificación de nulidad, resultando desconcertante que el Tribunal Supremo lo califique, en cambio, de improcedente y no nulo<sup>36</sup>.

En segundo lugar, en mi opinión también se aprecia claramente un conflicto entre la doctrina del TC y la posterior del TJUE que hemos descrito: El TC admitió una jubilación forzosa anticipada (STC 280/2006). También los Tribunales ordinarios admitieron en su momento y antes de su rectificación legal, jubilaciones forzosas a edades inferiores a la ordinaria con independencia del menoscabo económico que se le produjese<sup>37</sup> y, en el común de los casos, sin consideración alguna del porcentaje que le correspondiera<sup>38</sup>. Por el contrario, el TJUE en principio parece que este supuesto de jubilación forzosa anticipada lo rechaza por desproporcionado. La reforma de 2005, partiendo de algo que ya se suponía, que es el carácter contributivo de la pensión, identifica expresamente como edad la “ordinaria de jubilación y recoge también explícitamente la exigencia del período mínimo de cotización, así como de la posibilidad de una garantía convencional superior a aquél. Posteriormente se sigue avanzando en esta dirección, también con la idea de contener las jubilaciones forzosas, con **la disposición adicional 36 de la Ley 27/2011**, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que modifica la Disp. Adic. 10ª ET, para establecer la garantía de un mínimo del 80% de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, lo que vino a significar tanto una garantía de la proporcionalidad de los sacrificios de los jubilados forzosos, como la reducción de los potenciales destinatarios al implicar una carrera de cotización de al menos 25 años<sup>39</sup>. Finalmente, en la última etapa por el momento, la Disp. Final 4ª L 3/2012 eliminó la posibilidad de negociación de las cláusulas de jubilación forzosa.

### 2.2.2. La calificación ocupacional de buena fe

La edad también ha sido objeto de atención por parte del TJUE desde la perspectiva de la calificación ocupacional de buena fe del art. 4.1 Directiva 2000/78 (vid. también art. 2.5 y Considerandos 18 y 19). En este caso puede dar lugar a una jubilación forzosa, pero motivada por la naturaleza específica del trabajo y no por razones de política de empleo. De hecho el TJUE abiertamente llega a afirmar que por amplios que sean, esos

<sup>36</sup> En los supuestos más recientes analizados parece responder al petitum hecho de que los propios actores, como en el caso STS. 2 febrero 2016, rec. 1624/2014 y STS. 4 febrero 2015, rec. 233/2014. Vid: STS. 14 enero 2014, rec. 823/2013. Sin embargo, en la STS. 31 enero 2006, rec. 656/2004, abiertamente se rechaza la nulidad y se declara la improcedencia del despido por pretenderse la jubilación forzosa a partir de una cláusula convencional nula por carecer de la habilitación legal necesaria, con lo que el despido carece de causa legal, pero no entraña violación de derecho fundamental alguno. A la vista de la extensión que la sentencia le dedica tanto al mantenimiento de las cláusulas vigentes a la entrada de la norma derogatoria de la Disp. Ad. 10ª conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como también y sobre todo la posterior Disp. Transitoria Única que convalidaría retroactivamente las nulas concertadas tras la desaparición de una habilitación legal cuya necesidad se desconocía, desde luego puede parecer chocante reconocer como discriminatorio por razón de edad un despido que casi por azar cae fuera de tan escaso margen. Pero la jubilación forzosa fundada sobre la base de una cláusula que no cumpla los requisitos básicos de los que venimos hablando, o que sea contraria a la política de empleo diseñada por el Estado, no puede sino considerarse discriminatoria por razón de edad y, consiguientemente, un despido nulo.

<sup>37</sup> Se muestra favorable a dicha reducción cuando no ocasione una reducción en el cálculo de la pensión por tratarse de trabajos de especial dureza (MORENO DE TORO, C, cit, pág. 55).

<sup>38</sup> Incluso el Tribunal Supremo en alguna ocasión flexibilizó el requisito de poder acceder a la pensión de jubilación y permitió la jubilación forzosa de un trabajador que no cumplía el requisito de carencia mínima al permitir el establecimiento de mejoras voluntarias para lucrar la pensión de jubilación (STS. 7-11-1994. SEMPERE NAVARRO, A.V./MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE/GÓMEZ CABALLERO, P, “Apuntes sobre la jubilación forzosa”, Cuadernos de Aranzadi Social, 2006, pág. 41).

<sup>39</sup> POQUET CATALÁ, R, “Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa”, Temas Laborales, núm. 128/2015, pág. 258.

objetivos legítimos del art. 6.1 no incluyen la seguridad aérea<sup>40</sup>. Padece, por consiguiente, un cierto desajuste la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre jubilación forzosa de los controladores aéreos, pues pese haberla enfocado fundamentalmente en lo que podríamos considerar el ámbito de la calificación ocupacional de buena fe, acepta y justifica aquella con fundamento legal en la Disp. Adic.10<sup>a</sup> ET y en el art. 6.1 Directiva 2000/78<sup>41</sup> y con cita, por lo demás, en apoyo de sus argumentos de las SSTJCE **Petersen**, referida a la limitación de la habilitación legal para el ejercicio concertado de la profesión de dentista fundamentada sobre el art. 2.5 Directiva; **Wolf**, respecto de la edad máxima para acceder al cuerpo de Bomberos a partir del art. 4 Directiva; y la **Georgiev** (respecto de la jubilación forzosa de los catedráticos a los 68 y la continuación de la actividad de éstos a partir de los 65 años sólo a través de contratos temporales, ex art. 6.1, sin referencia alguna, en ningún momento, a criterios vinculados a la naturaleza de la actividad puestos en relación con la edad). La correcta diferenciación entre el art. 4 y 6.1 de la Directiva no es una cuestión menor, pues mientras que el art. 6.1 observa las excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad desde una perspectiva abierta y con unos condicionantes precisos, las fundadas en los arts. 2.5 y 4 Directiva exigen, por el contrario, una interpretación restrictiva y sometida a condicionantes muy diferentes de los de la política de empleo según veremos más adelante. Desde luego que en tal caso la jubilación forzosa es posible en tales condiciones, bien por imperativo legal bien convencional, pero en este caso la constitucionalidad de la medida no se encuentra en la doctrina sobre jubilación forzosa, sino en los mismos fundamentos constitucionales que avalan el art. 35.2 RDLeg. 3/2015, 23-10, TRLE.

### 2.2.3. *El despido*

Tampoco la edad cercana a la jubilación puede ser con carácter general una justificación para el establecimiento de unas **condiciones del despido** peyorativas respecto de las del resto de los trabajadores. Por consiguiente, el hecho de tener una determinada edad cercana a la jubilación y poder acceder a dicha pensión no justifica que pueda excluirse a estos trabajadores del derecho a la indemnización por despido<sup>42</sup>, presumiendo que la mayoría de ellos se jubilará en esas condiciones, y forzándoles a jubilarse anticipadamente y aceptar una pensión inferior -aún con garantía de suficiencia-, a la que les correspondería de seguir trabajando, y sufrir así un perjuicio no justificado por desproporcionado<sup>43</sup>. Esta doctrina ha sido matizada con posterioridad, pues el TJUE ha **declarado la adecuación de la medida al objetivo si no hay tal perjuicio y menoscabo intenso de sus intereses por ser la edad de referencia la común** para pasar a percibir

<sup>40</sup> STJUE Caso Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG, de 13 septiembre 2011, asunto C-447/09: en ella rechaza la jubilación forzosa de los pilotos de líneas aéreas que, conforme a acuerdo con los interlocutores sociales por convenio colectivo, se rebaja en 5 años respecto de la fijada por la normativa nacional e internacional (de 65 a 60); el objetivo de seguridad pública y protección de la salud previsto en el art. 2.5 de la Directiva justifica una excepción al principio de no discriminación que tiene que ser interpretado restrictivamente, con lo que si ya se entiende garantizada con la limitación impuesta de 65 años y con la mera restricción de la actividad a partir de los 60, con lo que las extinciones contractuales a dicha edad no son necesarias para la consecución de dicho objetivo. Por consiguiente, también desde la perspectiva del art. 4.1 constituye un requisito desproporcionado.

<sup>41</sup> SSTs. 3 mayo 2011, rec. 3594/2010 -la más desarrollada-; 11 abril 2011, 1600/2010; 1 junio 2011, 554/2010; 30 junio 2011, rec. 3716/2010. Véase al respecto: GARCÍA GIL, B, "Controlador aéreo; extinción del contrato por voluntad del trabajador, jubilación forzosa y libertad sindical", Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. num.27/20114/2011 parte Presentación, 2011\1036.

<sup>42</sup> SJUE Caso Dansk Industri (DI) contra Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen, de 14 abril 2016, asunto C-441/14.

<sup>43</sup> STJUE Caso Ingeniorforeningen i Danmark contra Region Syddanmark, de 12 octubre 2010, asunto C-499/08 (63 años, siendo la edad mínima de acceso a la pensión de 60 años).

la pensión de jubilación y ser la indemnización de escasa entidad<sup>44</sup>. Matices que también se aprecian en el momento en que el TJUE ha admitido que el **plan social pueda dar un tratamiento diferente** en función de la edad, de manera que puede reducirse la indemnización que corresponda de forma general, a un colectivo de trabajadores **cuyas desventajas económicas son menores o pueden verse atenuadas por poder acceder a una pensión de jubilación anticipada (63 años)**<sup>45</sup>. Pero lo que no cabe, por exceder de lo necesario, es que el referente para determinar esa indemnización se fije, no en la edad común mínima para acceder a la jubilación, sino en la mínima específica fijada por razón de discapacidad grave; en tal caso debe apreciarse una discriminación por razón de la discapacidad en tanto no está justificada por razones objetivas ajenas a tal discriminación. Por otra parte, tal razonamiento comprometería la eficacia de las disposiciones nacionales que establecen dicha ventaja, cuya razón de ser es, en general, tener en cuenta las dificultades y los riesgos particulares que encuentran los trabajadores afectados por una discapacidad grave. Además se produce un perjuicio desproporcionado a estas personas en tanto no se atiende, precisamente, a las mayores dificultades de reincorporación al mercado de trabajo que tienen como el hecho de que ese riesgo se incrementa a medida que se aproximan a la edad de jubilación<sup>46</sup>.

En España también se han planteado problemas relativos a una posible discriminación por razón de edad en los despidos. Y, nuevamente, se aprecia que la edad es un factor de discriminación que con relativa frecuencia y facilidad es obviado a partir de las consideraciones vinculadas a la política de empleo. El caso más benévolo para los trabajadores maduros es el que resuelve la STS. núm. 872/2017 de 14 noviembre, núm. 872/2017 de 14 noviembre, rec. 17/2017, pues admite una selección en función del criterio de la edad que da permanencia a los mayores de 50 años, por ser conforme con las previsiones de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, al resultar más vulnerable este colectivo. Ciertamente, las garantías introducidas en el art. 51.9 y 11 ET así como en la Disp. Adic. 16ª Ley 27/2011<sup>47</sup>, están encaminadas a constreñir el uso de la jubilación anticipada como mecanismo de regulación de empleo por las empresas (Exp. Motivos)<sup>48</sup>. También art. 51.5 ET establece la posibilidad de prioridad de permanencia, entre otros, para los *<<mayores de determinada edad>>*. Pero curiosamente, esa mayor protección de los trabajadores mayores de 50 años se ha convertido en un argumento de peso para que nuestros Tribunales, incluido el Constitucional, acepten el cumplimiento de dicha edad como criterio de selección de los trabajadores en los despidos colectivos<sup>49</sup>. Entre esas

<sup>44</sup> Termina de perfilar su doctrina, con la oportunidad de retomar el tema en la STJUE Caso Ingeniørforeningen i Danmark contra Teknik, de 26 febrero 2015, asunto C-515/13.

<sup>45</sup> STJUE Caso Johann Odar contra Baxter Deutschland GmbH, de 6 diciembre 2012, asunto C-152/11.

<sup>46</sup> STJUE Caso Johann Odar, asunto C-152/11.

<sup>47</sup> En esta línea, y puesto que el propio legislador se hace eco de esa posibilidad de establecer preferencias de permanencia para los mayores de una determinada edad en el art. 51.5 ET: TSJ Galicia núm. 6672/2016 de 29 noviembre, rec. 3290/2016.

<sup>48</sup> ROQUETA BUJ, “La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 156. Véase la STC. núm. 61/2018 de 7 junio, que se hace eco del debate parlamentario de convalidación del RDL. 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

<sup>49</sup> El referente más importante de esta postura lo ofrece la STC núm. 66/2015 de 13 abril, rec. 3875/2013, en un supuesto en que resultaron afectados por el despido todos los trabajadores de 55 o más años, en concreto 35 trabajadores de un total de 211 despedidos, a los que se les gestionó el convenio especial con la Seguridad Social. La sentencia acepta la razonabilidad de la justificación fundada en el menor perjuicio que se hace a estos trabajadores dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años. También: STSJ. Comunidad Valenciana 12-12-2013, rec 1735/2013; STSJ. Madrid 5-12-2014, rec 504/2014. Por la doctrina, en cambio, no hay duda sobre la licitud de las prejubilaciones voluntarias incentivadas, no así en los supuestos en que se impone el cese utilizando como criterio la edad: ROQUETA BUJ, R, cit., págs. 153 y 154.

justificaciones, incluso se han admitido las puramente económicas<sup>50</sup>. Es más, al descender el TC sobre cuáles deban ser las compensaciones que deban recibir los mayores de 50 años para descartar la desproporción de su sacrificio, las identifica claramente con las exigidas por la legislación laboral en el art. 51.9 ET. Numerosas sentencias de nuestros Tribunales ordinarios han seguido y precedido esta doctrina que atiende a la protección social de los mayores de 50 ó 55 años (el subsidio para mayores de 55 años) para aprobar la proporcionalidad del sacrificio de los trabajadores despedidos, tanto en el marco de la selección<sup>51</sup>, como en el de la reducción de la indemnización en un marco de opción entre ésta o la jubilación o prejubilación<sup>52</sup>.

Desde la perspectiva de la doctrina del TJUE considero que estas soluciones son dudosamente aceptables a la luz de la Directiva 2000/78. Desde luego, la valoración de los costes que pueda suponer para la empresa la continuación de las relaciones de los trabajadores maduros no es una razón que por sí sola tenga cabida en el art. 6.1 Directiva 2000/70, en tanto aquél responde a intereses generales y no a particulares empresariales. En cuanto a la proporcionalidad del perjuicio, cabría reflexionar entre las diferencias apreciables entre nuestra doctrina y la del TJUE. En primer lugar, para la aceptación de una indemnización inferior el TJUE ha barajado en todo momento una edad que permite el acceso a la pensión de jubilación<sup>53</sup>. Ese, obviamente, no es el caso de los trabajadores mayores de 50 años. En segundo lugar, se ha descartado toda opción indemnizatoria que penalice la permanencia en el mercado de trabajo antes de alcanzar la edad común de jubilación y que suponga una compulsión a la jubilación con un perjuicio en sus expectativas de pensión. En tercer lugar, resulta paradójico que el establecimiento de unas garantías para la tutela de un colectivo especialmente vulnerable se conviertan, precisamente, en la justificación para su exclusión. Por consiguiente, nos encontraríamos más cerca de la sentencia Odar que de todas las demás.

### 2.3. El acceso al empleo: la calificación ocupacional de buena fe

Como hemos anticipado, la edad puede llegar a erigirse en **un legítimo requisito profesional. Así lo reconoce el art. 4.1 Directiva 78/2000**, que debe interpretarse restrictivamente (vid Considerando 23), según el cual, una diferencia de trato basada en cualquiera de las causas de discriminación de la Directiva 78/2000 <<... *no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado*>>. En este campo de la calificación profesional de buena fe, los casos españoles examinados por el TJUE han tenido un papel muy relevante en la generación de su doctrina. Se trata de las sentencias sobre los casos Vital Pérez<sup>54</sup>

<sup>50</sup> En el caso de la STC 66/2015, rechaza que los costes tengan suficiente envergadura para justificar la selección y aprecia que su consideración provoca efectos desproporcionados en relación con el perjuicio que la situación de desempleo supone para los trabajadores afectados. Pero sí aceptan el criterio económico y los mayores costos que supone el mantenimiento de los trabajadores mayores de 50 años y el deseo de preservación durante el tiempo de las plantillas, e incluso los inferiores salarios que puedan tener los trabajadores más jóvenes: STSJ. Madrid 9-5-2011, rec. 1228/2009; STSJ. Comunidad Valenciana 12-12-2013, rec. 1735/2013; STSJ. País Vasco, rec. 1877/2012.

<sup>51</sup> Por todas: STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 136/2017 de 19 enero, rec. 371/2016; núm. 3339/2016 de 1 diciembre, rec. 3386/2015; núm. 2391/2016, de 22 septiembre, rec. 2609/2015; núm. 1454/2016, de 25 mayo, rec. 1586/2015; núm. 1453/2016 de 25 mayo.

<sup>52</sup> SAN núm. 143/2016 de 23-9, rec. 146/2016, que reproduce a la STSJ Navarra 9-06-2016, rec. 221/16.

<sup>53</sup> Por ello parece acertada la STSJ C. Valenciana núm. 1498/2017, de 6 junio, rec. 731/2017.

<sup>54</sup> STJUE Caso Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo, de 13-11-2014, asunto C-416/13.

y Salaberria Sorondo<sup>55</sup>, ambas sobre edades máximas para el acceso a los cuerpos de seguridad del Estado, policía local (30 años) y Ertzaintza (35 años) respectivamente, y con soluciones discrepantes. Parte el TJUE de que la posesión de capacidades físicas específicas es una característica relacionada con la edad. Por consiguiente, y dado que algunas de las actividades que debe realizar un policía local exigen una especial aptitud física, puede considerarse que poseer aquéllas es un requisito esencial y determinante. Ahora bien, no puede considerarse proporcionado establecer el requisito de edad de acceso a los 30 años para el acceso al cuerpo de la policía local pues esas especiales exigencias físicas, ni son tan intensas como las de otros cuerpos, ni está descartado que puedan alcanzarse a edades diferentes, como muestra que existe una disparidad manifiesta entre CCAA para la determinación del límite de edad. Por consiguiente, esa necesidad de competencia física puede ser atendida suficientemente de un modo menos restrictivo, como de hecho establece la propia convocatoria, a través de las pruebas físicas de ingreso en la academia. Por el contrario, si es acorde con el Derecho Comunitario en el sentido de que es proporcionado (adecuado y necesario al objetivo legítimo perseguido) el límite máximo de 30 años para el cuerpo de bomberos (Wolf)<sup>56</sup>, o, como en el caso español mencionado, de 35 años para el acceso al cuerpo de la Ertzaintza; las funciones esenciales de tales agentes sí exigen tener una aptitud física específica y constituye un objetivo legítimo del art. 4.1 Directiva (vid. Considerando 18) el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía y los medios son proporcionados.

En mi opinión, es discutible que el Tribunal Supremo haya asumido en todos los casos correctamente la doctrina comunitaria, particularmente tras la sentencia Salaberria, que ha sido utilizada para legitimar postulados muy similares a los abandonados tras –o incluso antes de– la Vital Pérez. El caso más dudoso de los examinados, lo ofrece la STS. (cont-adm), núm. 1431/2017 de 25 septiembre, rec. 2637/2015, que admite como justificada y proporcionada la edad de 33 años como límite de acceso al cuerpo de la policía local, equiparando plenamente su doctrina rectificadora sobre acceso a los 30 años en la Escala de Guardias y Cabos de la Guardia Civil<sup>57</sup>, y aplicando –como aquélla– expresamente la doctrina Salaberria y no la Vital Pérez, que se correspondería mejor con su casuística, obviamente. Por otra parte, no parece que deba equipararse a la policía local no ya con la Ertzaintza, sino con la Guardia Civil, que es un Cuerpo de carácter militar (vid. Considerando 19). De hecho, en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado injustificado el límite de 30 años para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía, tanto en su Escala Básica como en su Escala Ejecutiva<sup>58</sup>. Es más, en mi opinión, la Sentencia Vital Pérez ya dejó en entredicho, por ejemplo, la STC 29/2012, de 1 de marzo de 2012, respecto de la limitación para la convocatoria de acceso por sistema de movilidad a otro Ayuntamiento en el cuerpo de policía local de aquéllos a los que faltasen diez o menos de diez años para el pase a la segunda actividad (55 años). En la misma, se considera legítima tal limitación por las especiales características del puesto

<sup>55</sup> STJUE Caso Gorka Salaberria Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias, de 15 noviembre 2016, asunto C-258/15.

<sup>56</sup> STJUE Caso Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main, de 12 enero 2010, asunto C-229/08.

<sup>57</sup> Esta doctrina es una rectificación de la precedente tras Salaberria (STS. (c-a), núm. 627/2017 de 5 abril, rec. 1709/2015).

<sup>58</sup> Por todas: SST. 21 de marzo de 2011 (recurso 626/2009), 17 de octubre de 2011 y 18 de abril de 2012 (casación 3485/2011, respecto de ingreso en la escala básica del cuerpo de la policía nacional). Por la doctrina, véase: FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Los límites máximos de edad como requisito de acceso a la función pública desde la perspectiva del derecho europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13)”, Revista Española de Derecho Europeo num.53/2015 parte Jurisprudencia, Westlaw, BIB 2015\391.

al que se accede y, sobre todo, por estimarse que la recepción de un funcionario de similares condiciones supondría automáticamente un perjuicio para el municipio tanto en la organización del servicio como en relación a la carga económica que impondría al Municipio receptor. Finalmente, nada hay que objetar sobre su doctrina respecto de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, en que las declaraciones de vulneración del art. 14 CE se refieren a cuerpos o escalafones en los que sus cometidos no requieren de una aptitud física especial<sup>59</sup>, no así en los de tropa. En cambio, respecto del común los cuerpos de fuerzas de seguridad del Estado o Militares el Tribunal Supremo viene admitiendo unos límites de edad de 30 años o muy cercanos a ésta, y, en los últimos años con fundamento en el caso Salaberría<sup>60</sup>.

Pero repárese, más allá de este campo restringido a tales profesiones particularmente exigentes desde un punto de vista físico, las restricciones de edad en el acceso a una concreta actividad son observadas tanto por el TJUE como por nuestro TC de una forma muy restrictiva. En este contexto es necesario hacer referencia nuevamente, a la **sentencia Petersen (2010)**<sup>61</sup>, pues aun cuando no se refiere al acceso sino al límite de la posibilidad de conservación de la condición de dentista concertado a partir de los 68 años, lo cierto es que la motivación del EM se basa en parte en la preservación de la salud de los pacientes, lo que remite a la capacitación del médico. Desde esta perspectiva, se considera la edad de 68 años lo suficientemente avanzada como para poder poner límite al ejercicio de la profesión de dentista. Ahora bien, la valoración del carácter necesario de la medida exige la congruencia o consistencia sistemática de la norma, de manera que las excepciones que tenga previstas no sean contrarias a dicho objetivo. Pues bien, la referida edad no puede considerarse esencial para la protección de la salud pública toda vez que si el límite de edad controvertido en el litigio principal tiene por objeto la protección de la salud de los pacientes desde el punto de vista de la competencia de los facultativos, no tiene sentido que la prohibición se limite a las actividades concertadas.

Pues bien, algo similar ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional en relación a diversas leyes por las que las CCAA prohibían a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años participar en el procedimiento para la autorización de una oficina de farmacia, aun cuando sí se admite la caducidad de la autorización una vez se alcancen los 70 años<sup>62</sup>. Años atrás, si bien en un marco constreñido por el principio de igualdad al tratarse del acceso a la función pública, también declaró la inconstitucionalidad de poner límites generales e indiferenciadamente para el acceso todos los puestos de la Administración local en relación a un mínimo de años próximo a la jubilación forzosa<sup>63</sup>. Y, admitió, en cambio, dicho límite para el acceso a concretos puestos de la Administración -cargo de Interventor en los municipios de régimen especial de Barcelona y Madrid-, no con

---

<sup>59</sup> STS. 9 de mayo de 2014 (recurso 529/2012), respecto de los 31 años exigidos para el ingreso directo en los Cuerpos de las Fuerzas Armadas en los de Intendencia, Jurídico Militar y de Intervención En similar sentido STS de 6 de mayo de 2015 (rec. 474/2013) respecto de la exigencia de la misma edad máxima --treinta y un años-- para el ingreso en el Cuerpo Militar de Sanidad. También 1 febrero 2016, rec. 969/2013 y 24 noviembre 2015, rec. 3269/2014 --respecto del límite de 30 años para el acceso a las pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes de formación para ingreso en la Escala Facultativa Superior de la Guardia Civil--.

<sup>60</sup> Vid., sobre el acceso a la escala de oficiales desde la de suboficiales, legitimando la exigencia de tener como máximo 31 años: STS. de 28 enero 2016, rec. 480/2014. También la STS. núm. 627/2017 de 5 abril, rec. 1709/2015, respecto de la aceptación del límite de acceso a los 30 años de la Guardia Civil. Esta sentencia, en atención a la sentencia Salaberría, modifica doctrina precedente similar a la de la policía nacional que consideraba injustificado el límite en 30 años para acceder la Escala Facultativa Superior, aplicando la doctrina sobre acceso a la policía nacional [STS. 1 de febrero 2016, rec. 969/2011 y 24 de noviembre de 2015, rec. 3269/2014].

<sup>61</sup> STJUE Caso Domnica Petersen contra Lippe, de 12 enero 2010, asunto C-341/08.

<sup>62</sup> SSTC 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 117/2011, de 4 de julio, y 161/2011, de 19 de octubre, y 78/2012, de 16 de abril STC núm. 41/2015, de 2 marzo.

<sup>63</sup> STC núm. 37/2004, de 11 marzo.

fundamento en una presunción de incapacidad del funcionario motivada por su edad, pues contextualmente sería incongruente, pero sí por la específica complejidad del trabajo, que requeriría de un largo acoplamiento por parte del funcionario que si está cercano a la edad de jubilación –y por tanto comúnmente con mayores méritos- apenas le daría tiempo de conocer sus peculiaridades<sup>64</sup>.

### 3. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

Hasta la fecha, no son muchas las sentencias del TJUE sobre la discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de la Directiva 2000/78. Sin embargo, su trascendencia para nuestro Ordenamiento es, en mi opinión, indudable. Y no sólo porque tres de nueve se refieran a casos españoles, la Chacón Navas y Daouidi, ambas sobre despido discriminatorio, y finalmente Ruiz Conejero, que tiene como guión central el art. art. 52.d ET. Sino, fundamentalmente, porque de su conjunto se desprende una doctrina que en su evolución ha evidenciado la necesidad, al menos, de un cambio jurisprudencial. Tanto es así, que la **sentencia Coleman (2008)**<sup>65</sup> puede considerarse una sentencia realmente importante, de esas que hacen época, en la medida en que aborda y construye por primera vez el concepto de **discriminación por vinculación o asociación**. En la misma, el TJCE afirma que del art. 13 TCE y de los art. 2.1, 2 y 3, y art. 3 de la Directiva 2000/78, se desprende que el principio de igualdad de trato en lo que atañe al empleo y al trabajo no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de todos los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma y, entre ellos, por supuesto, el de la discapacidad. Pues bien, habida cuenta de la identidad de su formulación, cabe decir exactamente lo mismo respecto de los motivos de origen racial o étnico de la Directiva 2000/43, como veremos más adelante. En el Ordenamiento español la discriminación por asociación en el ámbito de la discapacidad se encuentra definida en el art. 2.e) LGDPD, conceptuándose como una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad del art. 63.

#### 3.1. El concepto de discapacidad

La determinación del **concepto comunitario de “discapacidad”**<sup>66</sup> es otra de las grandes cuestiones abordadas por el TJUE. Definición que ante el vacío de la Directiva, ha sufrido una evolución en el seno del Tribunal, de manera que cronológicamente puede observarse un salto cualitativo motivado por la aprobación de la Convención de la ONU por parte de la Unión, mediante Decisión 2010/48, de 26 de noviembre de 2009. A partir de ese momento, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, gozando de primacía sobre las disposiciones de Derecho derivado, con lo que se impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dicho acuerdo. Como consecuencia de ello, a partir de la sentencia Danmark (2013)<sup>67</sup> el

<sup>64</sup> STC núm. 75/1983, de 3 agosto. La exigencia de una determinada edad no estaría justificada por la naturaleza del trabajo y sería incongruente con el hecho de que se limite a los referidos municipios y sólo al acceso y no al desempeño mismo de la actividad de los ya nombrados, que podrían continuar su actividad hasta la jubilación.

<sup>65</sup> STJCE Coleman contra Attridge Law, de 17 julio 2008, asunto C-303/06.

<sup>66</sup> El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 supone un concepto comunitario de la discapacidad, que permita una interpretación autónoma y uniforme de la misma [STJCE Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A., de 11 julio 2006, asunto C-13/05].

<sup>67</sup> STJUE Caso HK Danmark y otros, de 11 abril 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. El concepto de discapacidad en el ámbito de la Directiva 2000/78 se aborda por primera vez en la sentencia Chacón Navas [STJCE Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A., de 11 julio 2006, asunto C-13/05], que fue, además, la primera



TJUE asume el concepto de discapacidad del artículo 1, 2º párr, de esta Convención que dispone que son personas con discapacidad aquellas **«que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»**. Integrado con las demás precisiones realizadas por el TJUE, puede resumirse el concepto comunitario de discapacidad de la siguiente forma:

- a) Enfermedad y discapacidad no son lo mismo y no cabe **<<la equiparación pura y simple>>** de ambas como tampoco la aplicación analógica<sup>68</sup>. La discriminación por enfermedad no está incluida en el ámbito de la Directiva. Por consiguiente, **<<una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad>>**<sup>69</sup>.
- b) **<<para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de <<discapacidad>>, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración>>**<sup>70</sup>.
- c) **una enfermedad, ya sea curable o incurable, puede ser el origen, dar paso a su vez a una situación de discapacidad** en el sentido de la Directiva 2000/78 en la medida en que se cumplan los requisitos conceptuales de ésta<sup>71</sup>. También puede tener su origen en un accidente, ya sea común o de trabajo, sin que para ello sea obstáculo que las consecuencias sean consideradas en principio como reversibles<sup>72</sup>.
- c) una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional, sino un obstáculo para aquélla<sup>73</sup>.

---

sentencia sobre este motivo específico de discriminación. En consecuencia, elabora su primer ensayo de definición de la discapacidad, de manera que **<< En este contexto, debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.>>**. En la sentencia Danmark no hay diferencias relevantes respecto del concepto de discapacidad que se ensayó en la sentencia Chacón Navas. Sin embargo, los matices o la doctrina complementaria que se introducen respecto de aquélla son tan importantes que potencialmente revierten completamente la situación de los trabajadores enfermos. Sostiene, como hizo en aquél momento poniendo el acento en ello, que la enfermedad en sí, no es una causa de discriminación protegida. Sin embargo, avanza y mucho sobre esa otra idea que también latía subrepticamente en aquélla, y es que una enfermedad, ya sea curable o incurable, puede dar paso a su vez a una situación de discapacidad. Al respecto, véase: MOLINA NAVARRETE, C, “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo. Una interpretación correctora a la luz del “caso Ring”, Temas Laborales, nº 130/2015, págs. 135 y ss.

<sup>68</sup> STJCE Chacón Navas, asunto C-13/05; STJUE Caso Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL), de 18 diciembre 2014, asunto C-354/13.

<sup>69</sup> STJCE Chacón Navas, asunto C-13/05.

<sup>70</sup> STJCE Chacón Navas, asunto C-13/05. También conforme a la definición de la Convención es claro, como deduce el TJUE, que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo» [STJUE Caso HK Danmark y otros, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11].

<sup>71</sup> STJUE Caso HK Danmark y otros, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. La obesidad no está incluida en las causas de discriminación del los arts.10 y 19 TFUE o de la Carta, ni en la Directiva, sin embargo, puede alcanzar a provocar una discapacidad, cuando dicha obesidad acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, de larga duración, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores en particular a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional [STJUE Caso Fag og Arbejde (FOA), asunto C-354/13].

<sup>72</sup> STJUE Caso Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros, de 1 diciembre 2016, asunto C-395/15

<sup>73</sup> STJUE Caso HK Danmark y otros, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11; STJUE Caso Fag og Arbejde (FOA), asunto C-354/13.

- d) la definición del concepto de «discapacidad» en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas y dicho concepto no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad<sup>74</sup>.
- e) a efectos de la aplicación de la Directiva no es decisivo el hecho de que se le haya reconocido una discapacidad antes del despido, de manera que aun teniendo aquélla reconocida será necesario observar si es discapacidad a efectos de la Directiva<sup>75</sup>.
- f) El requisito de que la limitación sea <<*duradera*>> debe ser interpretado de una forma autónoma y uniforme para toda la Unión. Sin embargo, el TJUE no define qué deba entenderse por <<*duradera*>>, pues corresponde al órgano judicial del EM pues se trata de una cuestión <<*ante todo, de carácter fáctico*>>. Dicho esto, el Tribunal Europeo sí da algunas pautas para dicha interpretación y constatación<sup>76</sup>:
- g) El hecho de que el sujeto en cuestión se encuentre en situación de incapacidad «temporal», con arreglo al Derecho español, de duración incierta, no significa por sí sólo ni su exclusión ni, a la inversa, la necesaria calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.
- El carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio.
  - La importancia que el legislador de la Unión atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período.
  - Entre los indicios que permiten considerar que una limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado **no presente una perspectiva bien delimitada** en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda **prolongarse significativamente** antes del restablecimiento de dicha persona.
  - En la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales que permitan hacer un pronóstico acerca del eventual restablecimiento —completo o no— del afectado o información

<sup>74</sup> STJUE Caso Fag og Arbejde (FOA), asunto C-354/13.

<sup>75</sup> STJUE Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroservicios Auxiliares, S.A. y Ministerio Fiscal, de 18 enero 2018, asunto C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17.

<sup>76</sup> STJUE Caso Mohamed Daouidi, asunto C-395/15. La **sentencia Daouidi** se refiere a un caso español de **despido por incapacidad temporal** de aproximadamente 53 días, motivada por dislocación de codo de ayudante de cocina y derivada de accidente de trabajo. Finalmente, el TJUE descarta que se haya acreditado que el supuesto de autos pueda integrarse en un supuesto de discapacidad pues no se aporta ningún pronóstico sobre su posible recuperación o las secuelas que previsiblemente padezca. Y recuerda las limitaciones del Derecho Comunitario, demarcado por su propio ámbito material y, por tanto, en el ámbito de la discriminación, exclusivamente a las expresamente reconocidas.

sobre las eventuales secuelas o consecuencias que tendrá dicho accidente en el cumplimiento de las tareas para las que fue contratado<sup>77</sup>.

Verdaderamente, el TJUE se remite a un concepto funcional de discapacidad, sea cual sea su origen (enfermedad, curable o incurable, accidente, o de nacimiento) e incluso aun mediando una responsabilidad por parte del que sufre la discapacidad. Dicho concepto funcional parece descansar sobre la existencia de una limitación objetivamente apreciable, y por un tiempo suficientemente prologado. En mi opinión, ese carácter duradero se observaría claramente en incapacidades permanentes, como también potencialmente en las IT de pronóstico incierto o negativo. Pero también podría alcanzar, si bien con más incertidumbres, a las IT de larga duración, o de duración superior a la media en curación respecto de la enfermedad o lesión de que se trate, como respecto de aquéllas crónicas o, en general y por ejemplo, de las que se esperan recidivas o son necesarios seguimientos y control. Por otra parte, en ningún momento se hace referencia por parte del Tribunal a la entidad de la limitación, lo que avoca a un concepto amplio que imponga también ampliamente el deber de adaptación del trabajo al trabajador.

Pues bien, tanto el Tribunal Constitucional (STC. núm. 62/2008, de 26 mayo, rec. 3912/2005) como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sostienen que un **despido que tiene por causa la enfermedad** del trabajador no es un despido contrario al art. 14 CE, en tanto la enfermedad no es una causa de discriminación recogida en él ni puede considerarse incluida en su cláusula genérica. Tan sólo podría calificarse como discriminatorio aquél que tenga por causa una enfermedad que conlleve o provoque una segregación social, lo que ni tan siquiera se aprecia cuando la IT sea la única causa del despido y se realice, por lo demás, de manera estandarizada –e incluso simultánea- en la empresa respecto de los trabajadores que se encuentren en la misma situación de baja si el móvil de los despidos es *<<la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador>>*<sup>78</sup>. Pese a las expectativas que hayan podido suscitar las SSTJUE, y en particular a partir de la sentencia Danmark, lo cierto es que en los últimos años el Tribunal Supremo mantiene su doctrina que, de hecho en parte, se ha visto reforzada por las tesis del TJUE<sup>79</sup>; enfermedad y discapacidad no son lo mismo, y aquélla no está amparada por prohibición alguna de discriminación en el Derecho Comunitario<sup>80</sup>. Es más, el Tribunal Supremo, al menos por el momento,

<sup>77</sup> Por el contrario, en opinión del abogado general: *<<En cambio, contrariamente a lo que indica el juzgado remitente, la apreciación del empresario de que el Sr. Daouidi se ausentó durante un tiempo lo suficientemente largo para que se estimase necesario prescindir de él, no puede determinar el carácter duradero de la limitación. En efecto, la discapacidad es un concepto objetivo y, por tanto, la apreciación subjetiva del empresario acerca de si la imposibilidad para trabajar del demandante en el litigio principal fue lo suficientemente larga carece de pertinencia>>*.

<sup>78</sup> Por todas: SSTs. 27 enero 2009, rec. 602/2008; 22 septiembre 2008, rec. 3591/2006 –no alcanza el mes de baja en el momento del despido-; 13 febrero 2008, rec. 4739/2006 –tras bajas intermitentes es despedida en baja de más de 9 meses por AT-; de 22 enero 2008, rec. 3995/2006; de 18 diciembre 2007, rec. 4194/2006 –baja durante 9 meses, aproximadamente 7 al tiempo del despido-; 11 diciembre 2007, rec. 4355/2006 –baja de larga duración de más de 10 meses-; 22 noviembre 2007, rec. 3907/2006. Todas ellas remiten a la doctrina sentada por las SSTs. 29 de enero de 2001, rec. 1566/2000, 23 de septiembre de 2003, rec. 449/2002, 12 de julio de 2004, rec. 4646/2002, rec. 2639-2004. Por la doctrina, véase, por ejemplo: VELASCO PORTERO, T, “El despido del trabajador enfermo: improcedencia o nulidad?”, RGDTS, n° 39, 2014, págs. 143 y ss.

<sup>79</sup> En este sentido, considera que la sentencia Chacón Navas suponía un reconocimiento de la compatibilidad de la jurisprudencia del TS con la Directiva y su trasposición a nuestro ordenamiento: VELASCO PORTERO, T, “El despido del trabajador enfermo: improcedencia o nulidad?”, cit., pág. 150.

<sup>80</sup> STS. num. 366/2016 de 3 mayo (rec. 3348/2014) –respecto de un despido por enfermedad tan sólo 10 días después del accidente de tráfico que le provocó un latigazo vertebral, y siendo despedidas ese mismo día otras cuatro de un total de nueve operarias, que también estaban de baja por enfermedad-. En opinión de un sector doctrinal, la referencia del Tribunal a la corta duración de la IT podría de alguna manera estar sentando las bases del cambio de jurisprudencia necesario [BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I, “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, Trabajo y Derecho, Monográfico 6/2017, pág. 5/10].

parece sostener una interpretación en extremo restrictiva sobre la discapacidad que, al menos en mi opinión, se desvía claramente de la doctrina del TJUE. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia **num. 366/2016 de 3 mayo (rec. 3348/2014)**, establece una distinción entre enfermedad y discapacidad que hunde sus raíces en la transitoriedad de la primera frente al carácter permanente de la segunda<sup>81</sup>. De hecho, el Tribunal Supremo al reproducir su sentencia de de 27 de enero de 2009 , recurso 602/2008 que reiteraba literalmente a su vez -como tantas otras- sus postulados anteriores fijados en la STS 22-11-2007, rec. 3907/2006, llega de alguna manera a identificarla, como expresamente hace en sentencias posteriores, con el estatus reconocido oficialmente de discapacitado, lo cual ha sido expresamente descartado por el TJUE<sup>82</sup>. Bien es cierto que en las sentencias posteriores a la citada de 2007 se ocultó la claridad con que admitió la posibilidad de que la enfermedad alcance a dar lugar a una discapacidad y la distinta orientación que debe darse, en tal caso, al pleito. Así es, en dicha sentencia ya se admitió por el Tribunal Supremo, si bien en términos hipotéticos, que el despido del enfermo con menos de un mes de baja pudiese ser discriminatorio por haber dado paso a una discapacidad, pero siempre, según parece, bajo la condición de que constituyese una limitación permanente vital y laboral. Por consiguiente, para el Tribunal Supremo, poco o nada ha cambiado en nuestro Ordenamiento la doctrina comunitaria<sup>83</sup>. Confirma claramente esta opinión la STS. núm. 306/2018 de 15 marzo, rec 2766/2016, que ha descartado la nulidad del despido disciplinario realizado durante la baja por IT de la trabajadora causada por sufrir un trastorno depresivo grave, y que la empresa **motiva por su bajo rendimiento** debido a las faltas de asistencia derivadas por los más de nueve meses que llevaba de baja. Considera que se trata sólo de enfermedad y no discapacidad en tanto al tiempo del despido no se había agotado duración máxima de la IT y no existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro. En mi opinión, es más que dudoso que sea aceptable no ya esta solución, sino la propia recepción técnica que se hace de la doctrina del TJUE. Y es que llama poderosamente la atención dos importantes datos. El primero, se admite contraste entre una baja por depresión grave EPI recurrente de más de nueve meses que, finalmente, agotó la duración máxima de la IT, con una IT por accidente de trabajo, que en el momento del despido habían transcurrido tan sólo 10 días y que fue la base fáctica de su sentencia núm. 366/2016 de 3 mayo (rec. 3348/2014). Si, según los casos, podría no objetarse nada a la intrascendencia de la duración de la baja, no puede decirse lo mismo de la causa de la misma, pues, conforme a la doctrina del TJUE es necesario que cada caso sea analizado minuciosamente, y por tanto, no bajo el prisma mecanicista que parece desprenderse de la sentencia. Sin embargo, lo que destaca el Tribunal Supremo de similar entre ambas es que la trabajadora despedida se encuentra en IT. Y es que, en segundo lugar, nuevamente el Tribunal Supremo parece ensayar una rígida delimitación entre enfermedad y discapacidad que huye de las tesis del TJUE,

---

<sup>81</sup> Conforme a los pronunciamientos más recientes del Tribunal Supremo, difícilmente una situación de IT va a ser considerada como <<duradera>>, dado lo limitado de su duración y, sobre todo, porque por su propia naturaleza en el común de los casos, y tanto más en los primeros estadios, no va a permitir la identificación de lesiones permanentes.

<sup>82</sup> Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ajusta a la doctrina del TJUE: BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, cit, págs. 4 y 5/10.

<sup>83</sup> Respecto del despido fundado en el art. 54.d) ET por faltas de asistencia, la STS. núm. 700/2017 de 21 septiembre, rec. 782/2016, persiste en la negación de que la enfermedad como tal pueda integrarse dentro de los motivos de discriminación. Por consiguiente, queda descartada en principio la nulidad del despido fundado en faltas de asistencia provocadas por dolencias muy diversas; no cabe apreciar que existe una discapacidad cuando las faltas de asistencia son debidas a dolencias de muy diversa etiología y que no tienen conexión entre sí ni con un tratamiento debido a una dolencia prolongada, como tampoco su equiparación a las intermitentes debidas a cáncer o enfermedad grave que introdujo el legislador por la L 3/2012 de 6 de julio. Más ajustado a la doctrina comunitaria-obiter dicta: SAN num. 180/2014 de 11 noviembre, proc. 251/2014.

pues parece partir de la exigencia de que las lesiones estén totalmente establecidas y, en principio, la baja concluida<sup>84</sup>.

Por lo que se refiere a la correcta trasposición del concepto de discapacidad de la Directiva y consiguiente cumplimiento de la Convención, considero que ésta sólo se podría salvar mediando un esfuerzo de interpretación conforme a aquéllas. La trasposición de la Directiva comunitaria se llevó a cabo junto con las restantes causas de discriminación, por la L 63/2003, de 30-12, que para el caso de la discapacidad supuso la afección de una norma específica, la LISMI (Ley 13/1982, de 7-4, de integración social de los minusválidos, respecto del ámbito del empleo y la ocupación)<sup>85</sup>. Pero, la incidencia de la trasposición se extendió también a otra norma, la Ley 51/2003, 2-12, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), con un ámbito muy diferente de aquél y del de la Directiva<sup>86</sup>, pero con valor de Derecho supletorio respecto del empleo y ocupación (art. 3)<sup>87</sup> y un enfoque también muy diferente basado en el modelo social. Posteriormente, tras la ratificación de España de la Convención—que entró en vigor el 3 de mayo de 2008—el 23 de noviembre de 2007 (BOE 21-4-2008), y, su aprobación por la UE, la adecuación de ambas normas se llevó a cabo por la L. 26/2011, 1-8, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Finalmente, la refundición de ambos textos se realizó por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Pues, aún hoy, en su definición genérica de discapacidad se definen esas deficiencias propias de la discapacidad como “previsiblemente permanentes” (arts. 2.a) y 4.1 LGDPD)<sup>88</sup>. Como puede observarse, ya hay aquí una trascendente diferencia con respecto a la definición de personas con discapacidad de la Convención, pues en su art. 1 se refiere a las deficiencias “a largo plazo”, lo que no cabe equiparse a “permanentes”<sup>89</sup>. Por otra parte, sectores doctrinales han interpretado la definición genérica como necesariamente integrada por el segundo

<sup>84</sup> Cuando dice que <<en la distinción entre “la enfermedad en cuanto tal” y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.>>. También el Tribunal Supremo admite la incorporación de nueva documentación en vía de duplicación o casación cuando se reclama la nulidad del despido durante la IT por discriminación por razón de discapacidad y la declaración de la incapacidad permanente total para su profesión habitual en fecha posterior a haberse dictado la sentencia recurrida [Auto TS. de 15 febrero 2018, rec. 2684/2017].

<sup>85</sup> Incorporándose la noción de igualdad de trato en la finalidad primordial de integración en el mercado ordinario de trabajo (art. 37.1), y los conceptos de igualdad de trato, discriminación directa e indirecta, acciones positivas y ajustes razonables generales de la L. 63/2003 (arts. 37.2, 37.3 y 37 bis).

<sup>86</sup> Telecomunicaciones y sociedad de la información; Espacios públicos urbanizados; infraestructuras y edificación; Transportes; Bienes y servicios a disposición del público; Relaciones con las Administraciones públicas; Administración de justicia; Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico. Con esta norma, por tanto, el legislador español quiere ir más allá de la Directiva comunitaria para abarcar otros ámbitos distintos de los incluidos en la norma comunitaria (CORDERO GORDILLO, V, cit., págs. 58 a 60). También hay que hacer referencia a la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por el que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

<sup>87</sup> No obstante, en relación al concepto de discapacitado del art. 2.1 LIONDAU, la STS. de 21 de marzo de 2007, rec. 3872/2005, negó la aplicación supletoria de este precepto, de manera que la incapacidad permanente, ya sea en los grados de total, absoluta o gran invalidez no equivale automáticamente adquirir a todos los efectos tal condición de minusválidos o discapacitados, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza que ello comporta. En similar sentido, entre otras: SSTS. de 29 septiembre 2008, rec. núm. 2714/2007 y 5 de junio de 2007, rec. núm. 3204/2006].

<sup>88</sup> Otra diferencia es que la L. 26/2011 recogía <<Ello no obstante...>> y a los efectos exclusivos de dicha Ley ... <<Además de lo establecido en el apartado anterior y a todos los efectos>>, ...son discapacitados en un grado igual o superior al 33% las personas que la tengan reconocida al menos en un 33% o una incapacidad total, absoluta o gran invalidez...>>

<sup>89</sup> Por el contrario, no aprecia discrepancia entre ambas definiciones: ESTEBAN LEGARRETA, R, “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RD Legislativo 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, Trabajo y Derecho, monográfico, n° 6/2007, pág. 4/27.

apartado de dicho art. 4 LGDPD, y los consiguientes requisitos del 33% y reconocimiento de la misma<sup>90</sup>, con lo que las discrepancias con la Convención y con la interpretación del TJUE serían palmarias de extenderse a los ámbitos del empleo y la ocupación. No es esa, por consiguiente, la interpretación general que deba prevalecer ni, en particular, en el ámbito del empleo y la ocupación. Pese a todo, también la norma extiende la protección a situaciones en las que no se ha reconocido la discapacidad o son transitorias, cuales son en el ámbito de la igualdad de oportunidades, las medidas de protección de arbitraje y las de judicial frente a la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades (arts. 63 y 64 LGDPD)<sup>91</sup> o a efectos de los servicios de prevención de la discapacidad, los estadios previos a la misma (art. 4.4 LGDPD). Por consiguiente, en el ámbito de la igualdad de oportunidades (art. 4.1 LGDPD) y, consiguientemente, de la prohibición discriminación, también por asociación, acoso o al derecho de los ajustes razonables, la norma expresamente asume una dimensión mucho más amplia que prescinde tanto del carácter permanente como de la incorporación formal al status de discapacidad, y declara tales garantías como supletorias respecto de las previstas en la legislación laboral. Por último, debe resaltarse que la **STJUE Comisión/Italia** (2014)<sup>92</sup>, reitera la definición de discapacidad de la Sentencia HK Danmark para declarar el incumplimiento de Italia en la trasposición del art. 5 de la Directiva y, consiguientemente, la regulación de la obligación de los empresarios de realizar los **ajustes razonables** requeridos por razón de discapacidad. Según se deduce de la citada sentencia, la obligación de realización de los ajustes razonables debe amparar a ese concepto amplio de minusválido y no reducirlo sólo a los discapacitados que tienen un porcentaje de discapacidad reconocido y concreto (superior al 45%). Parece, por consiguiente, que el caso italiano podemos aplicárnoslo como “un aviso a navegantes”.

### 3.2. Los ajustes razonables y el despido discriminatorio

Ya en la sentencia **Chacón Navas** (2006), se apunta subrepticamente a que el cumplimiento de la obligación de realizar los ajustes razonables es un requisito en principio *sine qua non* de la legitimidad del despido por incompetencia, falta de capacidad o disponibilidad. Posteriormente, en mi opinión con claridad, la sentencia Danmark abre paso a la conclusión de que el despido del discapacitado sin adopción de los ajustes razonables que resulten pertinentes es un despido nulo por discriminatorio. Esta conclusión puede apoyarse en el art. 2 de la Convención, que de conformidad con el art. 10.2 CE, debe informar la interpretación de nuestro art. 14 CE, de manera que aquél califica como discriminación por discapacidad <<*todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*>> (vid también arts. 27.1.a) y el i). Y es que, en definitiva, el incumplimiento de dicho deber supone una restricción o negativa –ilícita por ser por definición desproporcionada- sobre la base de la discapacidad que tiene como efecto la obstaculización o el impedimento del goce pleno de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>93</sup>. También encuentra sustento en la definición misma de discriminación indirecta, que exige para la licitud de la medida neutra de impacto negativo

<sup>90</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R, cit, págs.5, 10 y 11/27, que extiende, por lo demás, a la interpretación del concepto de discapacidad del Estatuto de los Trabajadores y de la LGSS, salvo en los supuestos en que ésta última establezca otro porcentaje.

<sup>91</sup> No obstante, también se ha interpretado que la exención lo es sólo del reconocimiento formal, pero no de las condiciones del tutelado que deben ser las de tener de facto esa discapacidad de al menos el 33% o la incapacidad (ESTEBAN LEGARRETA, R, cit, pág.5/27).

<sup>92</sup> C-312/11, de 18 de marzo de 2013.

<sup>93</sup> Así es, la negativa a realizar los ajustes razonables supone en sí misma una discriminación por razón de discapacidad, como muestran también: implícitamente, la Observación General nº 5 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, de 9-12-1994 (CORDERO GORDILLO, V, cit., págs. 23, 68).

una condición específica de adopción de los ajustes razonables, por ser la única forma material de igualación de las condiciones de aquéllos a las de los restantes trabajadores<sup>94</sup>. Una vez cumplida aquélla, si aún persiste esa potencial desventaja particular para los discapacitados –o algún tipo de aquéllos–, se tendrá que justificar, en mi opinión, la común de la finalidad legítima y la adecuación y proporcionalidad de los medios. Pues bien, de los sucesivos pronunciamientos cabe extraer las siguientes conclusiones:

- A) El deber de adopción de los ajustes razonables se refiere a todo tipo de discapacitados y de empresarios<sup>95</sup>, y la legislación de trasposición debe indicar medidas eficaces y prácticas en relación a los diferentes aspectos de la relación de empleo en favor de las personas con discapacidad (STJUE Comisión/Italia C-312/11).
- B) Los <<**ajustes razonables**>> (art. 2.4 de la Convención), tienen que ser materialmente interpretados en sentido amplio, incluyendo, entre otros muchos, dado que el listado del Considerando 20 no es exhaustivo, la reducción del tiempo de trabajo, u otras medidas organizativas como son la adaptación de los horarios, el ritmo, la cadencia en el trabajo y las pausas, organización de locales, promoción, formación etc. (STJUE HK Danmark y otros, C-335/11 y C-337/11; STJUE Comisión/Italia C-312/11).
- C) Los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores, lo que debe ser valorado por el juez nacional en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares y el devenir de los acontecimientos (como ser la posterior adaptación del puesto y contratación de otro trabajador, o las características de la ocupación posterior del discapacitado) y <<*particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda*>> (vigésimo primer considerando) (STJUE Caso HK Danmark y otros, C-335/11 y C-337/11).
- D) <<*la circunstancia de que un empleador no haya adoptado dichas medidas puede tener como efecto, ... que las bajas de un trabajador con discapacidad se atribuyan a una falta del empleador y no a la discapacidad del trabajador*>> (HK Danmark).
- E) El **despido** que tiene por causa un cúmulo de bajas derivadas de enfermedad, como pueda ser en el caso español el despido objetivo del art. 52.d) ET<sup>96</sup>, puede suponer una discriminación indirecta para los trabajadores discapacitados, dado que éstos pueden presentar un número superior de bajas al estar expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, cuando esas bajas que se computan son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de

---

Se trata por lo demás, de un derecho que se puede entender implícitamente reconocido en el art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>94</sup> CORDERO GORDILLO, V, cit., pág. 80.

<sup>95</sup> Téngase presente, aun cuando se trate de medidas de acción positiva frente al despido (art. 7.1) y no de ajustes razonables, pese a ser discrecional la adopción de tales medidas por los EM, una vez que se ejerce esa facultad no es posible establecer diferencias de protección entre trabajadores laborales y funcionarios en relación a la protección de la salud, por verse afectado el principio de igualdad de trato, y verse implicados, en consecuencia, derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión y principios generales de su Derecho (STJUE Caso Petya Milkova contra IZPALNITELN direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, de 9 marzo 2017, asunto C-406/15).

<sup>96</sup> STJUE Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero, asunto C-270/16.

lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente<sup>97</sup>.

- F) En cuanto al **despido** motivado por razones de discapacidad, el TJUE recuerda que según su Considerando 17, <<la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo>><sup>98</sup>.

En cuanto a la trasposición por la L 62/2003, el deber de realización de los ajustes razonables se recogió en el art.37.bis LISMI, dando reflejo a su vinculación al concepto mismo de discriminación indirecta (art. 37.3 LISMI). Por su parte, la LIONDAU configuró la falta de adopción de los ajustes razonables como una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades (arts. 4, 7). Actualmente, en el ámbito del empleo, se reconoce expresamente la vinculación al concepto de discriminación indirecta de la adopción de ajustes razonables (art. 35.4), se ocupa de fijar dicha obligación el art. 40 RDLeg. 1/2013, y califica su incumplimiento como discriminatorio en el art. 63, con lo que por la extensión que hace el art. 64.3 –si bien respecto de las medidas de defensa–, podría quizá, haciendo un esfuerzo interpretativo salvarse la falta de sincronía conceptual

<sup>97</sup> STJUE Caso HK Danmark y otros, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 y STJUE Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero, asunto C-270/16. La primera de las sentencias citadas considera legítimos los objetivos de fomento de la contratación, flexibilidad de mercado de trabajo, en un contexto en que el objetivo de la reducción del preaviso del despido del trabajador discapacitado quee ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, es el de tutelar a éstos trabajadores, en la medida que la reducción del preaviso facilitará que los empleadores no los despidan hasta cubrir esos máximos. Asimismo, considera adecuada la medida por cuanto se persigue un equilibrio de intereses dado que el empleador abona parte de la retribución del trabajador a su exclusivo cargo. Finalmente, será necesario considerar, respecto de la necesidad de la medida, el perjuicio que ocasiona a los discapacitados y, por tanto, las mayores dificultades que suponen para estos trabajadores obtener un nuevo empleo.

En cuanto al **caso español**, siendo la finalidad del art. 54.d) ET la de combatir el absentismo intermitente, dada la carga económica y organizativa que supone para las empresas. el TJUE considera que dicha **finalidad es legítima** (art. 2. 2. b) i), dado que los EM disponen de un amplio margen de apreciación no sólo para primar un determinado objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo. En cuanto al análisis de la adecuación y necesidad, que remite a los órgano jurisdiccional remitente, deberá analizar los costes directos e indirectos de dichas bajas, como juzgar **si efectivamente el art. 52. d) ET responde efectivamente a dicha finalidad**, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas. En relación a la **proporcionalidad** de la medida, le corresponde tomar en consideración el perjuicio que puede ocasionar a los discapacitados y, consiguientemente, si el legislador español no ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad, tanto más en atención al riesgo que para estas personas supone perder un empleo dadas las dificultades que tienen de integración en el mercado de trabajo. Al respecto el TJUE apunta que si bien el artículo 52.d) ET excluye del cómputo determinadas ausencias, las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubren la totalidad de las situaciones de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78. Ahora bien, entre los elementos que han de tomarse en consideración al efectuar la evaluación de la necesidad de la medida debe tenerse en consideración el deber de realizar ajustes razonables por el empresario (art. 40 RD.Leg. 1/2013), en cuanto estas disposiciones pueden prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad, incluida la posible aparición de enfermedades vinculadas a la discapacidad.

<sup>98</sup> STJUE Caso HK Danmark y otros, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. También la calificación ocupacional de buena fe puede determinar la exclusión del discapacitado de un determinado empleo (art. 4.1 Directiva). Así, la diferencia de trato prevista en la Directiva 2006/126 consistente en no concederle un permiso de conducción de vehículos de las categorías C1 y C1E (vehículos pesados) porque la agudeza visual del discapacitado sea insuficiente puede estar objetivamente justificada a la luz de consideraciones imperiosas relacionadas con la seguridad vial, responde efectivamente a un objetivo de interés general, sea necesaria y no constituye una carga desmesurada [STJUE Caso Wolfgang Glatzel contra Freistaat Bayern. Sentencia de 22 mayo 2014, asunto C-356/12]. Otras muestras de la Directiva: la posibilidad de exclusión de aplicación de las disposiciones sobre edad y discapacidad a las Fuerzas Armadas –Considerando 19–, o la especificidad que pueda legitimar una diferencia de trato fundado en la capacidad en relación a las Fuerzas Armadas, servicios de policía, penitenciarios o de socorro –Considerando 18–. En definitiva, con la salvedad de la posible exclusión de las FFAA, las restantes exclusiones deben ser interpretadas restrictivamente (CORDERO GORDILLO, V, cit., pág. 72).



de discapacidad que ya hemos apuntado y considerar extendido el comentado deber al discapacitado funcional de la doctrina del TJUE.

Por lo que se refiere a la valoración de la recepción de esta doctrina por nuestro Tribunal Supremo, topa, según hemos visto, con la dificultad inicial de sus reticencias a asumir ese concepto amplio, nuevo, no estereotipado y funcional de discapacidad que hemos expuesto. No obstante, en una de sus sentencias más recientes sobre discapacidad, concretamente respecto de un **despido por ineptitud sobrevenida**, la STS. num. 194/2018 de 22 febrero, rec. 160/2016, aborda, en mi opinión, en plena coherencia técnica con la doctrina del TJUE, un supuesto de discapacidad en relación a una trabajadora con síndrome de stress postraumático calificado como accidente laboral y sufrido durante años tras un atraco en el banco para el que trabaja. El Tribunal Supremo, parte con apoyo en las SSTJUE de que el despido por ineptitud sobrevenida es también posible respecto del discapacitado, pues aun cuando su consideración como minusválida desde la perspectiva de la Directiva 2000/78 podría estar justificada es lo cierto que la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate. Por consiguiente, la nulidad del despido por discriminación por discapacidad <<vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables>>.

#### 4. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

La necesidad de integrar en el TUE esta causa específica de discriminación<sup>99</sup> se hizo evidente a partir de la sentencia **Grant**, de 17 de febrero de 1998, C-249/96, en la que el TJCE reconoció la desprotección de las discriminaciones fundadas en la orientación sexual dado que, a diferencia de lo que sucedía con la transexualidad<sup>100</sup>, la discriminación por razón de sexo no la abarcaba<sup>101</sup>. Por consiguiente, hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la discriminación fundada en la orientación sexual no estaba amparada por el Derecho Comunitario en tanto excedía de sus competencias. Aún hoy, la capacidad de influencia del Derecho Comunitario en los Ordenamientos internos es limitada. Así, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, y dado que carece de competencia sobre la materia, los Estados Miembros tienen la facultad de restringir el matrimonio a las parejas heterosexuales como también para regular –o no– las parejas de hecho en términos en que no sean equiparables con aquél. Por consiguiente, el punto más débil de su tutela residirá, precisamente, en relación a los derechos vinculados al matrimonio

<sup>99</sup> Respecto de la discriminación por orientación sexual en el Ordenamiento de la Unión Europea, véase: BENAVENTE TORRES, M<sup>PI</sup>, en AAVV –coords. NAVARRO NIETO, F/RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C./GÓMEZ MUÑOZ, J.M.–, “Manual de Derecho Social de la Unión Europea”, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 254 a 256; NAVARRO NIETO, F., “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, n° 130, págs. 127 a 130.

<sup>100</sup> STJCE P.K., Cornwall, de 30 de abril de 1996 (C-13/94, RTJCE 1996/77); STJCE Caso K. B. contra National Health Service Pensions Agency y otros, de 7 enero 2004, asunto C-117/2001; STJCE Caso Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions, de 27 abril 2006, asunto C-423/04. Al respecto, véase: NAVARRO NIETO, F., “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, n° 130, págs. 91 y 93.

<sup>101</sup> También es de destacar la segunda sentencia la S. TJCE 31 mayo 2001, 2001\152 (Suecia contra Consejo de la Unión Europea), que negó en un asunto sobre complemento retributivo por cargas familiares, que las parejas de hecho inscritas como tales conforme a la legislación nacional sean equiparables al matrimonio, sin apreciación de discriminación por razón de la orientación sexual, en tanto que lo realmente importante es la naturaleza del vínculo jurídico que les une.

y, en particular, respecto de los de Seguridad Social, que caen al margen de su ámbito (Considerando 22, que excluye de la Directiva la regulación nacional del estado civil y las prestaciones dependientes de él). Por otra parte, la Directiva supuso un importante impulso a la igualdad, pues aparece en un contexto en el que la posición del TEDH respecto de las uniones entre personas del mismo sexo, asumía que los Estados firmantes podían reservar el matrimonio para las uniones heterosexuales y establecer condiciones, derechos y obligaciones diferentes para las uniones de hecho homosexuales que, además, quedan al margen del derecho al respeto de la vida familiar<sup>102</sup>.

A partir de Directiva y la **sentencia Maruko**, de 1 de abril de 2008<sup>103</sup> el TJCE asume una posición progresivamente cada vez más garantista respecto del colectivo homosexual. Desde esta sentencia se esgrimen por el TJCE dos elementos de contención de las diferencias por razón de la orientación sexual cuyo origen reside en la regulación nacional del estado civil. Por un lado, podríamos decir que exige coherencia, de manera que no cabe hacer distinciones por razón de la orientación sexual cuando el EM, aun limitando el matrimonio a las heterosexuales, haya regulado las parejas de hecho homosexuales confiriéndoles una situación comparable a aquéllas respecto de la prestación de que se trate<sup>104</sup>. Y por otro, << *Si bien el estado civil y las prestaciones que de él dependen son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros, ... en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación*>>. También esta sentencia califica ya la discriminación padecida en el ámbito de la Directiva 2000/78 vinculada a la imposibilidad de contraer matrimonio y con la única alternativa de la unión civil o de hecho, de discriminación directa por razón de la orientación sexual, que como tal discriminación directa no admite prueba de legitimidad. Posteriormente, la **sentencia Römer**, de 10 de mayo de 2011<sup>105</sup>, mantiene la misma línea de la anterior y precisa que a los efectos de determinar por el juez nacional si la pareja estable inscrita se encuentra en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada a los efectos de la pensión de que se trata, debe centrarse en los derechos y obligaciones respectivos de los cónyuges y de las personas que constituyan una pareja estable inscrita, tal como se regulan en el marco de las correspondientes instituciones, que sean pertinentes habida cuenta del objeto y de las condiciones de reconocimiento de la prestación en cuestión.

Esta línea jurisprudencial también tiene su correspondencia –y hasta se anticipa– con la doctrina del TEDH, según la cual se aprecia discriminación fundada en la orientación sexual contraria a los arts. 8 y 14 y 53 del CEDH cuando, conforme a la legislación

<sup>102</sup> La STEDH Mata Estévez c. España, de 10 de mayo de 2001 declaró que los Estados firmantes pueden establecer un régimen distinto para el matrimonio y para las parejas de hecho, y limitar aquél a las relaciones heterosexuales frente a las homosexuales con las consecuencias que ello implica a efectos de pensión de viudedad sin vulnerar el art. 8 y 14 CEDH. Es más, en la sentencia admite un margen de apreciación del Estado tan amplio que alcanza a consagrar un trato diferente a efectos de pensión de viudedad entre las parejas de hecho heterosexuales que no pudieron casarse y las homosexuales. Recoge la doctrina general de la época en la que no considera que las relaciones duraderas entre personas del mismo sexo dependan del derecho al respeto de la vida familiar (art. 8), aun cuando sí lo esté en el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1).

<sup>103</sup> STJCE Caso Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, de 1 abril 2008, asunto C-267/06, sobre prestación complementaria de viudedad.

<sup>104</sup> La evaluación de la equiparación que facultativamente ha construido el EM no lo es de manera global y abstracta sino que lo es sobre la prestación debatida y a realizar por el juez nacional. No obstante, se aprecia una evolución también en el análisis que hace el TJUE respecto de si se tratan o no de situaciones análogas o comparables (GONZÁLEZ DEL REY RODRIGUEZ, I, “Discriminación por razón de la orientación sexual”, en AAVV –dir. GARCÍA MURCIA, J-, “Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 705 a 710).

<sup>105</sup> STJUE Caso Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg, de 10 mayo 2011, asunto C-147/08, respecto de un complemento de pensión de jubilación por cónyuge a cargo.

interna aplicable del Estado de que se trate, voluntariamente se hayan creado derechos adicionales que caigan en la esfera de dicho Convenio; en tal caso, salvo justificación muy restrictiva, no cabe establecer diferencias fundadas en la orientación sexual<sup>106</sup>. Por consiguiente, si se regulan las parejas de hecho heterosexuales, no cabe privar a las homosexuales de la posibilidad de acceder a esta vía alternativa de reconocimiento<sup>107</sup>. Es de destacar que ya en esta etapa el TEDH, aun cuando no impone el matrimonio homosexual abandona expresamente la doctrina Mata Estévez y admite que el derecho a contraer matrimonio quedaría amparado por el art. 12 CEDH y 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales si el Estado firmante lo admitiese y, dada la evolución social de los últimos años respecto de las uniones de personas del mismo sexo << *considera artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de «vida familiar» a los efectos del artículo 8*>>. Además, si los Estados regulan tales parejas de hecho, gozan de un cierto margen de apreciación sin estar obligados a otorgarles el mismo estatus que el matrimonio, aun cuando todo parece indicar que estas no pueden ser sustanciales y que el ámbito más problemático será el de las relaciones paterno/filiales<sup>108</sup>.

La sentencia siguiente, la **Hay**<sup>109</sup>, supone en mi opinión, un importante giro en la doctrina del TJUE porque a partir de este momento la negación del matrimonio homosexual va a derivar, como poco, en una presunción de similitud de aquél con las uniones de hecho homosexuales. En este supuesto, a diferencia de los casos Maruko y Römer, la pareja de hecho no está reservada para las uniones de mismo sexo, si bien sí lo está el matrimonio. Pues bien, el TJUE califica directamente<sup>110</sup>, sin remisión al juez nacional, como discriminación directa la reserva para el matrimonio del derecho a ventajas en la remuneración o de condiciones de trabajo (en el caso en particular se trataba de permisos y prima por matrimonio), cuando en dicho Estado miembro el matrimonio sólo es posible entre personas de distinto sexo. Y esa similitud o analogía al matrimonio deriva, precisamente, de que la pareja de hecho era la única alternativa de unión legal de que disponían las parejas del mismo sexo, con lo que respecto de éste colectivo, sí son situaciones comparables. Repárese, una similitud que podría negarse quizá a las parejas heterosexuales. También en relación al TEDH nos encontramos en una tercera etapa en la que ya abiertamente se reconoce la necesidad y obligación de regular las uniones de hecho homosexuales<sup>111</sup>, sin posibilidad de que ante dicho vacío y la imposibilidad de matrimonio se equipare a éstas a las uniones de hecho heterosexuales no regularizadas<sup>112</sup>. En este estadio, si bien se mantiene que su estatus no tiene que ser idéntico al del matrimonio y pese a que puede apreciarse que el TEDH trata de eludir forzar la identidad, por ejemplo,

<sup>106</sup> S. TEDH 22 enero 2008, 2008/4 (E.B. contra Francia) –si pueden adoptar los solteros, pueden adoptar también los solteros homosexuales-; S. TEDH 24 julio 2003, TEDH 2003/50 (Karner) –subrogación en contrato de alquiler de la vivienda-.

<sup>107</sup> STEDH asunto Vallianatos y otros, 7 de noviembre de 2013.

<sup>108</sup> STEDH Caso Schalk and Kopf contra Austria, de 24 junio 2010.

<sup>109</sup> STJUE Caso Frédéric Hay contra Maritime et des Deux-Sèvres, de 12 diciembre 2013, asunto C- 267/12.

<sup>110</sup> GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I, cit., págs. 707 y 708, valora especialmente el significado de esta sentencia considera el autor, además, que los derechos debatidos tienen una dudosa comparabilidad en relación a su funcionalidad. Sin embargo, en mi opinión, la similitud en permisos y primas es real, en tanto socialmente tiene un significado similar al matrimonio para quien tiene vedada esa alternativa.

<sup>111</sup> Como ha sentenciado el TEDH, so pena de vulneración del art. 8 CEDH, no cabe obviar la obligación de realizar al menos una regulación alternativa al matrimonio para las parejas de hecho homosexuales que como familia les otorgue una protección jurídica adecuada [STEDH, caso de Oliari y otros, de 21 de julio de 2015]. A la inversa, no hay discriminación contraria al art. 8 cuando se reservan las uniones de hecho para las parejas homosexuales y se niega a las heterosexuales si gozan estas de una protección alternativa similar –incluidas las relaciones paterno/filiales- en derechos y obligaciones a través del matrimonio [STEDH Caso Ratzenböck y Seydl contra Austria de 26 octubre 2017].

<sup>112</sup> STEDH caso Taddeucci y McCall contra Italia, de 30 junio 2016.

en materia de viudedad, sí parece que hay una tendencia a que sea esencialmente similar<sup>113</sup>, estando vetadas las regulaciones desproporcionadamente distintas<sup>114</sup>.

Pese a lo que pueda parecer, no supone un retroceso la última sentencia del TJUE sobre prestaciones vinculadas al matrimonio y orientación sexual. La **STJUE Parris**<sup>115</sup> es, sencillamente, la consecuencia de las limitaciones del Derecho Comunitario en la materia, y de la doctrina del TEDH antes expuesta y que sólo puede ser explicada en términos políticos –más que de racionalidad jurídica– por pretenderse un “tránsito pacífico” internacional hacia la igualdad. En este pronunciamiento el TJUE declara que no hay vulneración de la Directiva 2000/78 en la normativa nacional que, en el marco de un plan de pensiones de empleo, supedita el derecho de las parejas registradas supervivientes de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se haya celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, mientras que el Derecho nacional no permitía a dicho afiliado celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar ese límite de edad. No existe discriminación directa pues trata a cónyuges y parejas de hecho de forma similar. Por el contrario, lo que sucede es que el Sr. Parris y su pareja no cumplían ese requisito en el sexagésimo cumpleaños de aquél por dos motivos: por un lado, la inexistencia en ese momento en Irlanda, de una ley que reconociera alguna forma de unión civil de una pareja homosexual; por otro lado, de la falta, en el marco de la normativa que regula la prestación de supervivencia controvertida, de disposiciones transitorias. Como se desprende del Considerando 22, los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de prever o no el matrimonio para personas del mismo sexo o una forma alternativa de reconocimiento legal de su relación, así como, en su caso, de establecer la fecha a partir de la cual un matrimonio o una forma alternativa de ese tipo producirá sus efectos. También puede encontrarse un paralelismo entre esta sentencia y la postura del TEDH, ahora concretamente en un caso español. Habida cuenta del margen de apreciación de los Estados firmantes para valorar en que medida situaciones similares merecen un trato diferente, tanto más cuanto están implicados los recursos económicos de un país y, específicamente respecto del matrimonio homosexual (Schalk y Kopf), la STEDH de 14 de junio de 2016 (caso **Aldeguer Tomás c. España**) rechaza que constituya una discriminación por orientación sexual proscrita en el art. 14 CEDH, en relación con el art. 8 CEDH, la no aplicación retroactiva de la Ley 13/2005, de 1 de julio<sup>116</sup>, mediante aplicación analógica de la disp. Adic. Ley 30/1981 (que también desestimó en su momento la STS. de 29 de abril de 2009) para ampliar el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad reconocida exclusivamente al cónyuge viudo en el art. 174.1 LGSS de 1994.

Finalmente, ya en el ámbito del empleo, la **STJUE ACCEPT**<sup>117</sup> ha declarado que el ámbito de la Directiva 2000/78 alcanza a las condiciones de acceso al empleo de los trabajadores, incluidos los criterios de selección expuestos en declaraciones realizadas por una persona que la opinión pública identifica con el principal directivo de la entidad, aun cuando se trate de un club de fútbol profesional cuyo sistema de contratación no se base en una oferta pública ni en una negociación directa tras un proceso de selección de candidatos. En cuanto a la valoración de las pruebas por parte del juez nacional, el TJUE

<sup>113</sup> STEDH caso Chapin y Charpentier contra Francia, de 9 junio 2016, reafirma la inexigencia del matrimonio homosexual y el cierto margen de apreciación de los Estados para dotar de diferencias al régimen de las parejas de hecho, aun cuando destaca que en Francia ya es posible el matrimonio homosexual y que son libres de casarse.

<sup>114</sup> Caso Pajic contra Croacia. Sentencia de 23 febrero 2016.

<sup>115</sup> STJUE Caso David L. Parris contra Trinity College Dublin y Otros, de 24 noviembre 2016, asunto C-443/15.

<sup>116</sup> Resuelve el recurso de inconstitucionalidad la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.

<sup>117</sup> STJUE Caso Asociațta ACCEPT contra Consiliul National pentru Combaterea Discriminari, de 25 abril 2013, asunto C-81/12.

señala varios elementos orientadores: en primer lugar, puede ser tenido en cuenta como indicio el hecho de que, en una situación como aquella el empresario no se distanciara claramente –o sí– de las declaraciones controvertidas; en segundo lugar, no excluye dicha presunción el hecho de que el no emprendiera negociación alguna con vistas a contratar a un deportista presentado como homosexual; finalmente, para desvirtuar la presunción simple cuya existencia puede deducirse del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no es necesario que la parte demandada demuestre que en el pasado se contrató a personas con determinada orientación sexual, pues, en determinadas circunstancias, tal exigencia podría violar el derecho al respeto a la vida privada.

En España la discriminación por razón de la orientación sexual es, conforme a la doctrina del TC, como no podía ser de otra forma ex art. 10.2 CE, una causa proscrita constitucionalmente e integrada en la cláusula abierta del art. 14 CE<sup>118</sup>. Más allá de la mera trasposición de la Directiva por la Ley 62/2003<sup>119</sup> y la introducción de la “condición sexual” entre las causas de discriminación prohibidas del art. 17 ET por la L. 35/2010, la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo así como la adopción por la L. 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la posibilidad de tener hijos biológicos comunes (art. 7.3 L 14/2006, de 26-5, sobre técnicas de reproducción asistida) en gran medida ha liberado a España de los problemas expuestos conectados con la imposibilidad del mismo. Más recientemente, cabe destacar en nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía (BOJA nº 10-1-2018), que como su nombre indica, extiende la protección y medidas frente a la discriminación por orientación sexual así como las previsiones de acción positiva en los diversos campos de su ámbito, a los familiares de las personas LGTBI, y recoge, expresamente y para un ámbito subjetivo más amplio, la discriminación por asociación.

Sin embargo, respecto de etapas precedentes a esa posibilidad de contraer matrimonio por parte de los homosexuales, sí puede decirse que las influencias del TEDH han existido, probablemente de manera determinante, y que no han sido precisamente positivas<sup>120</sup>. La esencia de la doctrina *Hay* extrapolada al ámbito de la Seguridad Social, podría haber cuestionado el establecimiento de un requisito de acceso a la pensión de viudedad de imposible cumplimiento por las parejas de hecho homosexuales<sup>121</sup>. Sin embargo, aun contestadas en el seno del propio Tribunal Constitucional<sup>122</sup>, por el momento han ganado las tesis conservadoras, con la indudable influencia de la doctrina del TEDH<sup>123</sup> y TJUE, de manera que tampoco desde la perspectiva constitucional cabe la imposición del matrimonio homosexual<sup>124</sup> ni, una vez regulado, está impuesto el reconocimiento de efectos retroactivos, como tampoco la absoluta equiparación ni en condiciones ni en

<sup>118</sup> Por todas: SSTC num. 41/2006 de 13 febrero –despido por motivo de la orientación sexual–, 92/2014, de 10 de junio y 41/2013, de 14 de febrero.

<sup>119</sup> Véase una crítica en: CABEZA PEREIRO, J/LOUSADA AROCHENA, J.F, cit., págs. 110 a 116.

<sup>120</sup> Ya la STC. núm. 222/1994 de 11 de julio de 1994 desestimó la solicitud de los efectos equivalentes del matrimonio a la convivencia *more uxorio* de dos homosexuales, con respecto a la pensión de viudedad, basándose en la jurisprudencia TEDH sobre el art. 12 CEDH.

<sup>121</sup> No obstante, no es inconstitucional último inciso del primer párrafo del art. 174.3LGSS, en la redacción dada por el artículo 5.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (ATC num. 167/2017 de 12 diciembre, cuestión de inconstitucionalidad 3791/2017).

<sup>122</sup> Véase el Voto Particular a la STC. num. 92/2014, de 10 junio, respecto de la cuestión de inconstitucionalidad del requisito de matrimonio para acceder a la pensión de viudedad.

<sup>123</sup> Por ejemplo, veáanse STEDH de 14 de junio de 2016 (caso Aldeguer Tomás c. España) y Mata Estévez c. España, de 10 de mayo de 2001.

<sup>124</sup> STC 198/2012, de 6 de noviembre.

derechos –aun cuando sobre ésto se aprecia una tendencia a la tutela homogénea– de las parejas de hecho al matrimonio ni tan siquiera, respecto de los homosexuales, en los períodos en que no tenían la posibilidad de casarse respecto de la prestación de viudedad<sup>125</sup>. Y, eso sí, una vez regulado el matrimonio homosexual, o extendida la referida prestación a las parejas de hecho (Ley 40/2007, de 4 de diciembre), no cabe establecer distinción alguna por razón de la orientación sexual, ni abierta ni oculta, ni directa ni indirecta. En esta línea, si bien fundado en una vulneración del principio de igualdad ante la Ley, se declaró inconstitucional de la disposición adicional tercera, apartado c), de la referida Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que preveía como requisito para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes de la entrada en vigor de esa Ley (1 de enero de 2008), el “que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos en común”, por se una condición, aparte de ajena a la finalidad de la prestación, de muy difícil o imposible cumplimiento –por motivos biológicos y jurídicos– en tales fechas para las parejas homosexuales<sup>126</sup>.

## 5. DISCRIMINACIÓN POR RELIGIÓN O CONVICCIONES

El art. 19 TFU y la Directiva 2000/78 (Considerandos 11, 12, 23, 26 y 29, arts. 1, 2.b), y 4.2 Directiva 2000/78) se refieren a “religión o convicciones”<sup>127</sup>. Nos encontramos, por tanto, en el campo de la libertad ideológica o de pensamiento (arts. 14 y 16 CE), en el que a la religión se le concede una dimensión específica por su particular relevancia

<sup>125</sup> No cabe apreciar una vulneración del derecho a la no discriminación por orientación sexual en virtud del art. 14 CE (segundo inciso) provocada por el art. 174.1 LGSS de 1994, en su redacción de 1998 (art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), que reconoce la pensión de viudedad exclusivamente al cónyuge superviviente, y a pesar de la imposibilidad legal de contraer matrimonio homosexual con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio [ SSTC 92/2014, de 10 de junio, FFJJ 5 y 6; 93/2014, de 12 de junio, FFJJ 2 y 3; 98/2014, de 23 de junio, FFJJ 2 y 3; 115/2014, de 8 de julio, FFJJ 2 y 3; 116/2014, de 8 de julio, FFJJ 3 y 4; 124/2014, de 21 de julio, FFJJ 3 y 4; 157/2014, de 6 de octubre, FJ 2]. A la vista de la doctrina expuesta, considera manifiestamente infundada la Cuestión de inconstitucionalidad planteada: Auto TC. num. 129/2016 de 21 junio, Cuestión de Inconstitucionalidad 3789/2015, respecto del art. 20.2 a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones (LISD), por posible vulneración de los arts. 14 y 31.1 CE al prever una reducción de la base imponible al cónyuge viudo, excluyendo a los convivientes supervivientes de una pareja de hecho homosexual [en contra, Voto Particular de los Ilmos J.A. Xiol Ríos, A. Asua Batarrita y F. Valdés Dal-Ré]. Por la doctrina, véase: QUINTERO LIMA, G., “La pensión de viudedad de parejas homosexuales. (A propósito de la – discrepante- aplicación analógica de la Disp. Adic. 10ª de la Ley 30/1981 por los juzgados de lo social tras la Ley 13/2005, de 1 de julio”, Aranzadi Revista Doctrinal, Vol. 3, Nº. 2 (May), 2010, págs. 57 y ss.. El Tribunal Constitucional ya había declarado la constitucionalidad de la exclusión legal tácita de las parejas de hecho en el ámbito de las pensiones de viudedad de la Seguridad Social, por ser tal exclusión fruto del amplio margen de configuración del legislador ante realidades constitucionalmente no equivalentes ( SSTC 184/1990; 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991 y 77/1991; 29/1992, 66/1994, 180/2001; y actualmente, las SSTC 92/2014, 93/2014, 98/2014, 115/2014, 116/2014, 124/2014 y 157/2014 ). Por el contrario, es discriminatoria la exclusión legal tácita del conviviente superviviente en el ámbito de la subrogación mortis causa en contratos de arrendamiento urbano (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre; 6/1993, de 18 de enero; y 47/1993, de 8 de febrero).

<sup>126</sup> SSTC 41/2013, de 14 de febrero, rec. 8970/2008, 55/2013, de 11 de marzo, rec. 6163/2010 y 77/2013, de 8 de abril, rec. 5030/2011, Auto núm. 79/2013 de 9 abril). Respecto de la prestación de viudedad de Clases Pasivas, en idéntico sentido respecto de la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, que establece idéntico requisito para acceder a la pensión de viudedad por el régimen de clases pasivas del Estado: STC. núm. 81/2016 de 25 abril).

<sup>127</sup> El derecho al respeto de la libertad de pensamiento, conciencia y religión está consagrado en el art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los mismos términos que el art. 9 del CEDH. Por su parte, la prohibición de discriminación por tales motivos de religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, también se recoge en el art. 21 de la Carta y el art. 14 del CEDH. Igualmente la Carta Social Europea recoge en su Considerando 3º la garantía de no discriminación en el goce de los derechos sociales los motivos de religión y opinión política.

individual y social<sup>128</sup>, y ambas, religión y convicciones, merecen también un tratamiento particularmente respetuoso en relación al estatuto reconocido por las legislaciones internas a sus organizaciones (iglesias, asociaciones y comunidades religiosas u organizaciones filosóficas y no confesionales) y la calificación ocupacional de buena fe (art. 17 TFUE y Considerando 24, y art. 4.2 Directiva 2000/78).

Por el momento, el TJUE tan sólo se ha ocupado de la discriminación por razones religiosas con fundamento en la Directiva 2000/78<sup>129</sup>, y son de momento tres las sentencias que abordan la discriminación por motivos de religión. De tales pronunciamientos puede extraerse, por el momento, las siguientes líneas fundamentales en la doctrina del TJUE:

- A) A efectos de la Directiva 2000/78, y de conformidad con su Considerando 1, los arts. 10 y 52.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y el art. 9 CEDH al que se remiten ambos, por “religión” debe entenderse una acepción amplia, de modo que cubre tanto el *forum internum*, como el *forum externum*, es decir, la manifestación pública de la fe religiosa (**G4S/Achbita**<sup>130</sup> y **Bougnaoui/Micropole SA**<sup>131</sup>). Por otra parte, la libertad religiosa también ampara a quién no profesa confesión alguna (**Egenberger**<sup>132</sup>).
- B) Una norma interna de la empresa que impone de forma general e indiferenciada una neutralidad indumentaria que se opone al uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas no supone una discriminación directa por motivos religiosos (G4S). Considero que lo decisivo no es que esté recogido en una norma interna escrita, sino que se trate de una norma que efectivamente es de cumplimiento general, conocida y de consecuencias previsible, y no surgida o aplicada *ex professo* para una concreta opción religiosa o de convicciones<sup>133</sup>. Por otra parte, el TJUE se refiere a esa posibilidad de limitación en los puestos de trabajo y circunstancias de trato con el público. También el TEDH, que exige una ponderación de los intereses y derechos, parece restringir, de momento y en principio, salvo que concurran otros motivos como puedan ser los de proteger la salud y la seguridad de los clientes o el propio trabajador<sup>134</sup>, esas limitaciones al trato con el público y a la imagen corporativa de la empresa (Eweida).
- C) No está descartado que la prohibición antes expuesta pueda suponer una discriminación indirecta para los miembros de una determinada religión o

<sup>128</sup> GARCÍA MURCIA, J/RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Discriminación por motivos de religión y convicciones personales”, en AAVV –dir. J. García Murcia-, “Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 593 y 554. Sobre el tema, véase: APARICIO ALDANA, R.K., “Derechos a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia en las relaciones jurídico laborales”, Cuadernos de Aranzadi Social, Aranzadi, Pamplona, 2017.

<sup>129</sup> Otra sentencia se ocupó del descanso dominical (sentencia de 12-11-1996, asunto C-84/94) para corregir el art. 5.2 de la Directiva sobre tiempo de trabajo de 1993 (vi. GARCÍA MURCIA, J/RODRÍGUEZ CARDO, I.A., cit., págs. 607 y 608). Respecto al tema, véase también: DURÁN BERNARDINO, M., “El derecho a la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 45, mayo-agosto 2017

<sup>130</sup> STJUE Caso Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV, de 14 marzo 2017, asunto C-157/15.

<sup>131</sup> STJUE Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contra Micropole SA, de 14 marzo 2017, asunto C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204.

<sup>132</sup> STJUE Caso Vera Egenberger contra Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV., de 17 abril 2018, asunto C-414/16.

<sup>133</sup> STEDH Caso Eweida y otros, de 15 de enero de 2013.

<sup>134</sup> STEDH Chaplin de 15 de enero de 2013. También puede imponerse esta restricción –el supuesto se da, más concretamente, sobre el velo islámico– en el ámbito de los servicios públicos, en atención al principio de laicidad del Estado y neutralidad de su Administración, haciendo prevalecer los derechos de los demás, la igualdad de trato de los pacientes y el funcionamiento del servicio sobre las manifestaciones de las creencias religiosas, y sin necesidad de que concurran razones de “seguridad pública” o de protección del orden ” que figuran en el art. 9.2º párr. del Convenio

convicción. No obstante, conectado con el derecho de libertad de empresa (art. 16 de la Carta) debe considerarse como finalidad legítima la voluntad de la empresa de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. Además, se consideraría un medio adecuado para lograr esa finalidad siempre y cuando dicho régimen de neutralidad se persiga realmente de forma congruente, sistemática y estrictamente necesaria en la medida en que sólo afecte a los trabajadores que tienen contacto con los clientes (**G4S** y **Boungaoui**).

- D) De momento, se deduce que no hay una obligación de ajustes necesarios concebidos como una carga adicional de las empresas. No obstante, la existencia de alternativas menos gravosas para el trabajador pueden ser valoradas a efectos de apreciar si se ha ido más allá de lo necesario o proporcionalidad de la medida (**G4S**)<sup>135</sup>.
- E) En defecto de una norma interna que imponga la neutralidad en el seno de la empresa, las preferencias manifestadas por un cliente respecto del uso de signos visibles religiosos o de convicción, en tanto consideraciones subjetivas, no son un requisito esencial y determinante del art. 4.1 Directiva 2000/78. De hecho, sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante en tanto exige que sea 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 (**Boungaoui**).
- F) En cuanto al art. 4.2 Directiva 2000/78, de él se desprende que en orden a preservar el equilibrio entre la autonomía de las iglesias y organizaciones éticas y el principio de no discriminación, éstas pueden fijar una calificación ocupacional de buena fe específica y propia relativa a la ética de estas organizaciones, que puede ser controlada en la observancia de sus requisitos por la autoridad judicial<sup>136</sup> con independencia de la fecha en que fueron instauradas tales prácticas (antes o después de la Directiva), sin que tampoco el art. 17 TFUE pueda desvirtuar esta conclusión (Considerando 24 Directiva y Declaración nº 11 adjunta al Acta Final del Tratado de Amsterdam). (**Egenberger**).
- G) Más concretamente (**Egenberger**), respecto de esa calificación ocupacional de buena fe, la religión o las convicciones pueden, en su caso, constituir tal exigencia profesional por la «naturaleza» de las actividades de que se trate o por el «contexto» en que se desarrollen. Esto exige la existencia comprobable objetivamente de un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate, bien por la naturaleza de esta actividad, por ejemplo, cuando implica participar en la determinación de la ética de la Iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación, o bien de las circunstancias en que debe desarrollarse dicha actividad, como la necesidad de

[STEDH Caso S.A.S. contra Francia, de 1 julio 2014]. También es legítima la prohibición del velo integral islámico en espacios públicos [SSTEDH Caso S.A.S contra Francia 1-7-2014 y Belcacemi y Oussar contra Bélgica de 11-7-2017].

<sup>135</sup> Así se deduce de los casos Eweida y Chapin, pero no abarca la posibilidad del trabajador a negarse a realizar una determinada tarea objeto de su contrato cuando su postura suponga una discriminación de otro colectivo como pueda ser el homosexual, dada la finalidad legítima de la empresa o autoridad, y su amplio margen de apreciación cuando se trata del equilibrio de derechos del Convenio contrapuestos [Casos Ladele y señor McFarlane, todos de la STEDH de de 15 de enero de 2013].

<sup>136</sup> Afirma también el control judicial, el amplio margen de ponderación de los intereses en conflicto por los Estados, y su sometimiento al requisito de proporcionalidad [STEDH de de 15 de enero de 2013].



garantizar una representación fidedigna de la Iglesia o de la organización a efectos externos. Además, este requisito profesional debe ser esencial, legítimo, justificado y proporcional respecto de la ética de la Iglesia o de la organización, aun sin poder juzgar dicha ética, lo que significa que no puede amparar consideraciones ajenas a dicha ética o al derecho a la autonomía de esa iglesia o de esa organización<sup>137</sup>.

En España hemos tenido algunos ejemplos de este género, entre los que destacan los conflictos suscitados por los despidos de los profesores de religión motivados por el requisito de idoneidad que corresponde otorgar a la Iglesia Católica, y que se puede perder por razones vinculadas a la vida privada y familiar del docente<sup>138</sup>, o, bien, a la expresión pública de sus críticas y opiniones contrarias a los postulados de la Iglesia Católica. Ambas son plenamente encuadrables tanto por su objeto como por la solución dada por los Tribunales, en la calificación ocupacional<sup>139</sup> y/o del deber de lealtad<sup>140</sup> previstos en el art. 4.2 Directiva.

## 6. DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO

Si el concepto de raza quizá puede ser biológicamente determinado, desde una perspectiva jurídica el de etnia parece requerir de un mayor esfuerzo conceptual aun cuando debe ser considerada como una forma de discriminación racial<sup>141</sup>. El TJUE, ha declarado que el concepto de “origen étnico” responde a la idea de que los grupos sociales se identifican en especial, y sin carácter exhaustivo, por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida. Y un ejemplo de ello puede ser la comunidad gitana (CHEZ). Verdaderamente, un origen étnico no puede determinarse por un único criterio, sino que, por el contrario, debe basarse en un conjunto de circunstancias, algunas de las cuales son de naturaleza objetiva y otras de naturaleza subjetiva. Cabría señalar que, en principio, no es lo mismo etnia que nacionalidad o país de nacimiento, y que no cabe presumir que en un país haya una sola etnia ni el origen étnico, con lo que no están directa o indisolublemente ligados (Jyske Finans, 2017)<sup>142</sup>. En este sentido, el TJUE ha afirmado que para que se pueda apreciar una discriminación indirecta por motivos de origen étnico sería necesario acreditar que una etnia específica resulta perjudicada, sin que sea constatable de manera abstracta y global sino de un modo específico, y no lo es cuando el trato desfavorable se refiere a

<sup>137</sup> STEDH, sentencia de 12 de junio de 2014, Fernández Martínez c. España.

<sup>138</sup> Por todas: SSTC. 38, 80 y 90/2007 y 140/2014. En cambio, da el contrapunto a esta doctrina la STC. 51/2011, de 14-4, respecto de despido de profesora de religión por casarse con divorciado. Posteriormente, esta misma profesora, tras once años pleiteando para lograr su readmisión, es tutelada por despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad [STS. num. 876/2016 de 20 octubre, rec. 1278/2015]. Al respecto, véase, por ejemplo: ALAMEDA CASTILLO, M<sup>ª</sup>T, “De nuevo sobre los profesores de religión en centros públicos, libertad religiosa y prueba indiciaria: esta vez un intento fallido”, Revista Información Laboral, núm. 2/2015; PANIZO ROMO DE ARCE, A, “Relación laboral y discriminación religiosa”, REDT, nº 177/2015. Precisamente, la a

<sup>139</sup> STEDH Caso Travas contra Croacia, de 4 octubre 2016: no conculca el CEDH el despido de profesora de religión católica tras contraer matrimonio homosexual.

<sup>140</sup> STEDH Caso Fernández Martínez contra España, de 12 junio 2014, no contraviene el CEDH el despido de sacerdote casado civilmente que hace pública su condición y sus críticas a la iglesia sobre celibato sacerdotal y otras cuestiones. Este asunto fue también objeto, previamente, de la STC. 128/2007.

<sup>141</sup> Vid. Considerando 3 2000/43, y art. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada el 21 de diciembre de 1965. STJUE Caso CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia, de 16 julio 2015, asunto C-83/14.

<sup>142</sup> STJUE Caso Jyske Finans A/S contra Ligebehandlingsnævnet, de 6 abril 2017, asunto C-668/15. Tampoco puede hablarse de discriminación por etnia en la denegación del derecho a pensión de viudedad por no ser cónyuge al haberse celebrado el matrimonio por el rito islámico sin verificación posterior de que se cumplen los requisitos legales para acceder al matrimonio para su registro (STC. núm. 194/2014 de 1 diciembre).

todos los ciudadanos que no hayan nacido en la UE o en la AELC (Finans). No obstante, y a la vista de que el TJUE en una sentencia precedente (Galina Meister, 2012) no ha discutido la aplicación de la Directiva 2000/43 a una mujer de “origen ruso”, puede de momento afirmarse que el concepto de etnia es difuso, y tampoco queda descartado que casuísticamente se equiparare a nacionalidad cuando ésta se refiera a ciudadanos de un concreto país ajeno a la UE<sup>143</sup>.

Desde la perspectiva de esta causa de discriminación se han aplicado conceptos ya abordados, como es el de discriminación por asociación sentencia CHEZ (2015)<sup>144</sup> que se aprecia y califica como discriminación directa si sufre un trato desfavorable por residir en un barrio de mayoría de etnia gitana si fue precisamente en función de esa mayoría gitana de la población por lo que se adoptó la medida perjudicial; los contadores de la luz se pusieron a una altura considerablemente superior a la normal como modo de prevención de manipulaciones y de las conexiones ilícitas, pero también impidiendo la consulta y verificación del consumo por parte del usuario y provocando una situación estigmatizante y vejatoria. En este caso, puesto que la afección estaba determinada por el barrio de residencia de una mayoría étnica, el término de comparación para esta discriminación directa lo determinaría todos los usuarios finales de electricidad a los que un mismo distribuidor suministra ésta dentro de una entidad urbana, con independencia del barrio en el que residan<sup>145</sup>.

En relación a la problemática del acceso al empleo y el valor de las declaraciones públicas del empleador sobre su voluntad de no contratar a ningún trabajador de determinado origen racial o étnico, la sentencia Feryn (2008)<sup>146</sup>, ya declaró –y como hemos visto servirá de precedente– que constituyen en sí mismas y a tenor del efecto útil de la Directiva y del hecho de que pueden desanimar a los posibles candidatos, una discriminación directa, sin que aquélla exija en ningún momento la existencia de un concreto perjudicado o denunciante identificable que alegue la discriminación. Por otra parte, en sí mismas, pueden ser consideradas suficientes para basar la presunción de la política discriminatoria de la entidad que representa<sup>147</sup>. Ahora bien, por lo general las discriminaciones en el acceso al empleo son muy difíciles de probar, a lo que no ayuda que la Directiva no haya previsto un derecho específico de información respecto de los hechos que puedan constituir la discriminación, como pueda ser si el proceso de selección

<sup>143</sup> STJUE Caso Galina Meister contra Speech Design Carrier Systems GmbH, de 19 abril 2012, asunto C-415/10.

<sup>144</sup> STJUE Caso CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia, de 16 julio 2015, asunto C-83/14. Previamente, esta práctica fue también objeto de consideración de la STJUE Caso Valeri Hariev Belov contra CHEZ Elektro Bgaria AD y otros, de 31 enero 2013, asunto C-394/11, pero sólo respecto de la aclaración del carácter administrativo y no jurisdiccional de la resolución que dictaría la KZD (organismo especializado en prevención de discriminaciones) al respecto, con lo que no puede plantear cuestiones ante el TJUE.

<sup>145</sup> En caso de que se descartase la discriminación directa, constituiría una discriminación indirecta salvo que se justificase objetivamente por la finalidad de garantizar la seguridad de la red y consumo, siempre que no exceda de los límites de lo que es apropiado y necesario para realizar tales objetivos legítimos. Se iría más allá de lo necesario si se apreciara el tribunal remitente comporbara que existen otros medios apropiados y menos restrictivos que permiten lograr esos objetivos, o bien, en defecto de esos otros medios, que esa práctica perjudica en grado desmesurado el interés legítimo de los usuarios finales de electricidad de tener acceso al suministro de electricidad en condiciones que no tengan carácter ofensivo o estigmatizador y que les permitan controlar regularmente su consumo de electricidad.

<sup>146</sup> STJCE Caso Centrum voor gelijkheid van Kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV, de 10 julio 2008, asunto C-54/07.

<sup>147</sup> Además, del art. 7 y su carácter de mínimos (art. 6), no se desprende que el Derecho interno no pueda conceder a las organizaciones que tengan un interés legítimo en que se respete la Directiva, legitimación para denunciar tales hechos. En cuanto a las sanciones también en este caso en que no hay víctima concreta, tienen que ser efectivas, pudiendo consistir, en la condena y su publicidad con los costes a cargo del empleador, en multas coercitivas y conminación a que cese en su política de contratación discriminatoria, como en la concesión de una indemnización al organismo denunciante [STJCE Caso Centrum voor gelijkheid van Kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV, de 10 julio 2008, asunto C-54/07].

terminó con la contratación de un candidato. No obstante, el TEDH ha declarado que Tribunal nacional tendrá que garantizar que la negativa a informar sobre ello no frustre el efecto útil de la Directiva, admitiendo, por ejemplo, pruebas estadísticas o deduciendo la discriminación de la denegación total a suministrar información según sea el contexto<sup>148</sup>.

Por el momento, en España los casos que se han planteado ante los TSJ, TS o TC en el ámbito laboral respecto de esta causa de discriminación han sido escasos y limitados a la etnia gitana, que también ha sido objeto de atención por el TEDH. Según declaró este último, en su sentencia STEDH Muñoz Díaz de 8 de diciembre de 2009<sup>149</sup>, a tenor de la doctrina de actos propios y del previo reconocimiento implícito de la Administración de su vínculo conyugal (pareja de vida con 6 hijos comunes, libro de familia, constancia en cartilla sanitaria como cónyuges...), si hay discriminación por etnia en la denegación de la pensión de viudedad derivada de matrimonio por el rito gitano y su semejanza a otras situaciones también equivalentes a los efectos de buena fe, tanto más teniendo en cuenta que los Estados están obligados a tener en cuenta, debidamente, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales. No obstante, ello no puede interpretarse tampoco en el sentido de que los Estados deban otorgar validez y efectos al matrimonio gitano. De hecho, la STS. num. 58/2018 de 25 enero, a salvo de estos supuestos en que se aprecie la buena fe del afectado, persiste en negarle efectos en relación a la pensión de viudedad por no serle atribuible la cualidad de pareja de hecho registrada ni de matrimonio<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> El caso es el de una trabajadora de origen ruso cuya solicitud fue descartada por dos veces, la primera sin llegar a contratar a nadie, y ambas sin mediar justificación ni entrevista personal y pese a cumplir las exigencias de la oferta [STJUE Caso Galina Meister contra Speech Design Carrier Systems GmbH, de 19 abril 2012, asunto C-415/10].

<sup>149</sup> Véase, extensamente en: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, Revista Doctrinal Aranzadi Social num.18/2010 parte Estudio, versión digital en Aranzadi Westlaw, BIB 2009\2052.

<sup>150</sup> En la misma dirección, por ejemplo: STSJ Andalucía/Sevilla, núm. 3347/2017 de 16 noviembre, rec. 3402/2016.

**IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL  
ESPAÑOLA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE  
JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

**2ª PONENCIA GENERAL. REESTRUCTURACIONES  
EMPRESARIALES Y FLEXIBILIDAD EMPRESARIAL  
ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y  
CONCILIACIÓN CON LA VIDA FAMILIAR**

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

*Profesora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la  
Universidad de Huelva*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EUROPA
2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES EN EL ESTUDIO DEL TIEMPO DE TRABAJO
3. DETERMINACIÓN DEL INICIO DE LA PROTECCIÓN LEGAL
4. EN PARTICULAR LOS PERIODOS DE DESCANSO
5. EN PARTICULAR EL TRABAJO NOCTURNO Y POR TURNOS
6. EXCEPCIONES SEGÚN LA NORMATIVA EUROPEA
7. EN PARTICULAR LOS PERÍODOS PARA ATENDER LAS RESPONSABILIDADES PERSONALES Y FAMILIARES Y SU CONCURRENCIA CON OTROS PERMISOS RECONOCIDOS A TRABAJADORES Y TRABAJADORAS
8. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EUROPA

La sociedad actual se encuentra presidida por nuevas formas de trabajo, por una mayor demanda de flexibilidad en el ejercicio de los poderes del Empresario/a<sup>1</sup>, también con una mayor participación de las mujeres en todo lo público<sup>2</sup>, una sociedad en la que se busca una mayor calidad de vida y trabajo. A toda esta situación, tenemos que responder con nuevas normas más actualizadas y acordes a las nuevas realidades del trabajo, lo que también implica peligros como el aumento del tiempo dedicado al trabajo y sus posibles repercusiones en la salud y la seguridad de los trabajadores. Nuestra propia norma suprema, en el artículo 40.2, así lo pone de manifiesto destacando como la actuación de los poderes públicos debe garantizar el “descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas”<sup>3</sup>. Por eso debe buscarse una conciliación entre la mayor flexibilidad que el empleador demanda<sup>4</sup> y la protección de la salud laboral<sup>5</sup>.

Sin miedo a equivocarnos podemos decir que el tiempo de trabajo es una materia estratégica en el ámbito de las relaciones laborales, ya que va a afectar a las remuneraciones, a los descansos, a la salud laboral, a la conciliación de las vidas personales y profesionales de las personas que trabajan, etc. Para analizar el impacto que en España tiene la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, debemos partir de la normativa europea que es la que interpreta este Tribunal en sus resoluciones (autos y sentencias a los efectos de nuestro trabajo) junto con la normativa nacional, en este caso española. Debemos apuntar desde el principio de este trabajo que el alto nivel de detalle de la regulación

<sup>1</sup> Sobre este aspecto puede consultarse a RODRIGUEZ-PIÑERO M., VALDÉS DAL-RE F., y CASAS BAAMONDE E. “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (DL 16/2013, 20 de diciembre)”. Relaciones Laborales nº 2, 2014. MONEREO PÉREZ J.L., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo”. Comares, Granada, 2009. FERRADANS CARADAMES, C., “La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a la crisis de empleo”. Temas Laborales nº 107, 2010. Pág. 233 y siguientes. LEE SANGHEON, DEIRDRE McCANN JON CMESSENGER J. “Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa” Informes OIT: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

<sup>2</sup> PERÁN QUESADA, S. “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española” en AA.VV. PERÁN QUESADA S (DIR). La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes. Comares, Granada 2014.

<sup>3</sup> Puede consultarse LÓPEZ BALAGUER, M., “La ordenación del tiempo de trabajo”, en AA.VV. El modelo Social de la Constitución española de 1978. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 413.

<sup>4</sup> IGARTUA MIRÓ, M. T., Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario. Tirant lo Blanch, 2018.

<sup>5</sup> Este es uno de los diferentes elementos recogidos en la amplia consulta sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales que inició la Comisión Europea en 2016 con las instituciones de la UE, los Estados miembros, los interlocutores sociales, la sociedad civil y los ciudadanos. La necesidad de garantizar un entorno de trabajo saludable y seguro ocupa un lugar central en la propuesta de la Comisión de un Pilar Europeo de Derechos Sociales. Una amplia consulta realizada sobre el primer esbozo del pilar confirmó la importancia de disponer de unas modalidades de tiempo de trabajo que estén adaptadas a las nuevas formas de trabajo y que preserven la salud y la seguridad de los trabajadores. La necesidad de que el marco jurídico y los convenios colectivos entre los interlocutores sociales apoyen el equilibrio entre vida privada y vida laboral y la autonomía en la gestión del tiempo y los acuerdos laborales fueron otros temas recurrentes que figuraban en las respuestas. [...] Además, en la consulta sobre el Pilar Europeo se abordó en muchas ocasiones la necesidad de un mejor cumplimiento y aplicación del acervo existente. Muchas partes interesadas señalaron asimismo la necesidad de mejorar el conocimiento de los derechos sociales existentes y de facilitar la puesta en práctica a nivel nacional. Este es el motivo por el que la Comisión presenta dos documentos: la Comunicación Interpretativa y el Informe de Aplicación previsto en el artículo 24 de la Directiva sobre tiempo de trabajo. El primero tiene como objetivo incrementar la seguridad y la claridad jurídica, mientras que el segundo analiza la situación en lo que respecta a la transposición de la Directiva. Ambos documentos comparten el objetivo de permitir que los Estados miembros aseguren una mejor aplicación de la Directiva con el fin de garantizar que proporcionen unos mejores resultados para los ciudadanos, las empresas y las autoridades públicas. Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), publicada en el DOCE de 24 de mayo de 2017. C- 165. Pág.. 4.

europea en la materia que analizamos, especialmente en determinados aspectos, nos lleva a realizar un examen de la jurisprudencia europea igualmente detallado, porque son muchos los aspectos que aparecen regulados a nivel europeo y muchos los aspectos que se trasladan a la regulación nacional.

Dicha normativa europea, está constituida por la Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de 1993<sup>6</sup>, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que fue modificada en primer lugar por la Directiva 2000/34/CE para incluir algunos sectores y actividades excluidos inicialmente de dicha Directiva del año 1993. En concreto, el transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, la navegación interior, la pesca marítima, otras actividades marítimas<sup>7</sup> y las actividades de los médicos en período de formación que quedaban excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/CE. La idea central de esta primera reforma fue que la salud y la seguridad de los trabajadores deben protegerse en el lugar de trabajo no por pertenecer a un sector o dedicarse a una actividad concreta, sino por ser trabajadores<sup>8</sup>.

La segunda modificación llevada a cabo respecto de la Directiva del año 1993, se produce con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, que tiene el mismo título que su antecesora (relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo).

Estas Directivas europeas se aprueban en el marco de la competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros, de manera que desde Europa se aprueba una norma de mínimos que sirve como umbral para la regulación nacional de la materia de que se trate. Esto es posible porque el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>9</sup>, prevé en su Título XI dedicado a la Política Social, concretamente en los artículos 151 a 161, las materias en las cuales existe esa competencia compartida y la forma de regularlas. El primero de los preceptos señalados, el artículo 151 señala que “La Unión y los Estados miembros, [...] tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.

Para la consecución de estos objetivos, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos (artículo 153): a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166; i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el

<sup>6</sup> RABANAL CASTRO P., La Directiva 93/104/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo. Actualidad laboral, Nº 2, 2000, págs. 403-425.

<sup>7</sup> SANCHEZ TRIGUEROS C., La ordenación del tiempo de trabajo en el sector marítimo-pesquero: mar, trabajo y seguridad social. Ponencias presentadas en el curso de la Universidad Internacional del Mar celebrado en San Pedro del Pinatar, del 15 al 19 de septiembre de 2004. 2004, págs., 103 a 137.

<sup>8</sup> Así se pone de manifiesto en los Considerandos de la Directiva del año 2000.

<sup>9</sup> DO C 202 de 7.6.2016.

trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; y k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c).

Y todo ello puede llevarse a cabo a través de normas de Derecho Derivado, principalmente Reglamentos y Directivas que “coordinen” los ordenamientos nacionales, y que eviten establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. En esta norma además del contenido mínimo, en nuestro caso sobre la ordenación del tiempo de trabajo, deberá indicarse la fecha máxima de transposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales. Siendo ésta la base legal competencial para aprobar las tres Directivas que sobre ordenación del tiempo de trabajo se han dispuesto en el seno de la Unión Europea, pasamos al examen de la Directiva actualmente vigente, si bien debemos aclarar que en el estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo hemos partido de la primera norma europea citada, lo que provoca que tengamos una abundante jurisprudencia (sentencias y autos) que analizar, razón que nos ha llevado finalmente a la necesidad de acotar lo que es realmente inabarcable para este estudio. Habiendo obtenido como resultado de la búsqueda en los principales recopilatorios y bases de datos, más de un centenar de resoluciones judiciales, nos hemos visto obligados a exponer las más importantes a nuestro entender.

El objetivo fundamental de la regulación sobre tiempo de trabajo es establecer derechos individuales para las personas trabajadoras, da cumplimiento además a una de las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce como parte del Derecho primario de la Unión Europea el derecho de todo trabajador a “trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad” y a “la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

Estamos por tanto, ante una norma de disposiciones mínimas en cuanto a la seguridad y salud<sup>10</sup>, por lo que en ella influye la ordenación del tiempo de trabajo, lo que va a suponer que se deba regular sobre los siguientes aspectos<sup>11</sup>:

- períodos de descanso diario, pausas,
- descanso semanal, duración máxima de trabajo semanal,
- vacaciones anuales,
- trabajo nocturno,
- trabajo por turnos,
- ritmo de trabajo.
- tiempo concedido para la conciliación de la vida profesional y personal (excedencias, reducciones de jornada, permiso de paternidad, permiso de maternidad, de riesgo por embarazo, de riesgo por lactancia).

---

<sup>10</sup> Así lo pone también de manifiesto la abundante doctrina científica publicada al respecto. Puede consultarse a RASO DELGUE J., “Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI”. En AA.VV. PERAN QUESADA S (DIR), La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Op. cit.

<sup>11</sup> Puede consultarse TRILLO PÁRRAGA, F. “Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones”. Bomarzo, Albacete, 2016.

## 2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES EN EL ESTUDIO DEL TIEMPO DE TRABAJO

La jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia Europeo es fundamental para garantizar la correcta aplicación de la Directiva, ya que los malentendidos o la falta de conocimiento acerca de la jurisprudencia más reciente pueden provocar, a su vez, problemas de cumplimiento y reclamaciones o litigios evitables<sup>12</sup>, tanto en el sector público como privado, incluidos los relacionados con acontecimientos que, por definición, no son previsible, como puede ser la extinción de incendios o los servicios de protección civil.

El primer concepto que debemos definir y analizar para conocer el ámbito de aplicación personal de la norma europea es el de “trabajador”. Realmente el concepto de “trabajador” no se define en la propia Directiva. El documento que acompañaba a la propuesta de Directiva sobre el tiempo de trabajo de 1993<sup>13</sup> sugería que se aplicaría la definición de la Directiva 89/391/CEE<sup>14</sup>, es decir, “cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar”. Sin embargo, el Tribunal rechazó esta sugerencia alegando que la propia Directiva sobre el tiempo de trabajo no contiene ninguna referencia a esa disposición de la Directiva 89/391/CEE. También excluyó la aplicación de una definición según resulta de las legislaciones o las prácticas nacionales<sup>15</sup>. Consideraba el Tribunal que este concepto no podía ser objeto de una interpretación variable según la legislación de los Estados miembros, sino que tenía un alcance autónomo y propio en el ordenamiento europeo. Además el Tribunal declaró que el concepto de trabajador no debía interpretarse de forma restrictiva<sup>16</sup> por lo que concluyó que a los efectos del ordenamiento jurídico europeo el concepto de trabajador “debe definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas. Pues bien, la característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra

---

<sup>12</sup> Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), op. cit. En este documento además se señala que “*La presente Comunicación se ha elaborado después de una serie de intentos fallidos por parte de las instituciones de la UE de reexaminar la Directiva entre 2004 y 2009, y es también la culminación de un proceso detallado de reexamen que se ha llevado a cabo durante los últimos siete años. Este proceso de reexamen incluyó una consulta en dos fases a los interlocutores sociales de la UE en 2010, así como una consulta pública y varios estudios externos llevados a cabo durante el período 2014-2015. Durante el período 2010-2012 se suspendió el reexamen habida cuenta de las negociaciones entre los interlocutores sociales intersectoriales, que tenían por objeto rediseñar de manera equilibrada el marco jurídico en lo que respecta al tiempo de trabajo, y que no llegaron a ningún acuerdo. En 2013, la Comisión resumió el proceso de reexamen, lo que incluía una consulta pública, varios estudios externos y la evaluación de las opciones de seguimiento. Teniendo en cuenta todos los elementos que alimentaron este proceso, una de las conclusiones del reexamen de la Comisión es que la Directiva sobre el tiempo de trabajo sigue siendo un instrumento relevante. Los diferentes procesos de consulta también mostraron que muchas partes interesadas eran conscientes de la dificultad de alcanzar un acuerdo sobre una Directiva revisada que pudiera satisfacer todas las posiciones de las partes y que permitiera un resultado equilibrado. Sin embargo, el reexamen confirma la existencia de desafíos muy específicos en lo que respecta a la aplicación de la Directiva debido a la evolución constante de las modalidades de acuerdos laborales. No puede negarse que la aplicación de la Directiva sobre el tiempo de trabajo reviste complejidad debido a la falta de claridad de algunas de sus disposiciones, lo que incluye las excepciones, el volumen de la jurisprudencia ya existente y la interacción del texto con los cambios que se están produciendo en el mundo laboral*”.

<sup>13</sup> Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, 20 de septiembre de 1990, COM (90)317 final — SYN 295, pág. 3.

<sup>14</sup> Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183 de 29.6.1989, p. 1).

<sup>15</sup> Sentencia en el asunto C-428/09 de 14 de octubre de 2010, apartado 27.

<sup>16</sup> Auto en el asunto C- 519/09 de 7 de abril de 2011, apartado 21.



y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”<sup>17</sup>.

El Tribunal europeo apuntó a los elementos siguientes como posibles indicadores de la cualificación del “trabajador”: si la persona actúa bajo la dirección de su empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo, si la persona no participa en los riesgos comerciales del empresario y si está integrada en la empresa durante el período de la relación laboral<sup>18</sup>.

Una vez delimitado el concepto de trabajador, con las matizaciones que analizaremos a lo largo de este trabajo, resulta de interés analizar el concepto de descanso, piedra angular en la materia que estudiamos. La primera de las normas a estudiar, la Directiva del año 1993, establece en sus considerandos<sup>19</sup> que “el concepto de descanso debe expresarse en unidades de tiempo, es decir, días, horas o fracciones de los mismos”. Además en su artículo 2º define lo que debe entenderse por tiempo de trabajo, resultando ser “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Además en ese artículo 2º de esta norma, se incluyen otras definiciones de interés para nuestro estudio:

- A) período de descanso: es todo período que no sea tiempo de trabajo. Utilizando la interpretación *a sensu contrario* para definirlo, ya que el concepto de tiempo de trabajo se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos<sup>20</sup>,
- B) descanso adecuado: serían los períodos regulares de descanso, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, se produzcan lesiones en el trabajador, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo,
- C) período nocturno: sería todo período no inferior a 7 horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas,
- D) trabajador nocturno: a) por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente, y b) por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate: 1) por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o 2) por convenios

---

<sup>17</sup> Sentencia en el asunto C-428/09, op. cit. apartado 28, 29 y 30. De este modo, el Tribunal vinculó la interpretación del concepto de “trabajador”, a efectos de la Directiva 2003/88/CE, con la establecida por la jurisprudencia en el contexto de la libre circulación de los trabajadores reconocida en el artículo 45 del Tratado. Auto en el asunto C-519/09, apartados. op. cit. 25 y 26.

<sup>18</sup> Sentencia en el asunto C-256/01 de 13 de enero de 2004, apartado 72. Sentencia en el asunto C-3/87 de 14 de diciembre de 1989, apartado 36. Sentencia en el asunto C-22/98, de 16 de septiembre de 1999, apartado 26.

<sup>19</sup> Considerando Número 5.

<sup>20</sup> Sentencia en el asunto C-303/98 de 3 de octubre del año 2000, apartado 47; Sentencia en el asunto C-151/02 de 9 de septiembre de 2003, apartado 48; Auto en el asunto C437/05 de 11 de enero de 2007, apartado 24; Sentencia en el asunto C-14/04. Op. cit. apartado 42, Sentencia en el asunto C-266/14, de 10 de septiembre de 2015, apartado 25.

colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional,

- E) trabajo por turnos: es toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas;
- F) trabajador móvil: es todo trabajador empleado como miembro del personal de transporte de una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior,
- G) trabajo off-shore: es el trabajo realizado principalmente en instalaciones situadas en el mar o a partir de ellas (incluidas las plataformas de perforación), relacionado directa o indirectamente con la exploración, extracción o explotación de recursos minerales, incluidos los hidrocarburos, y la inmersión relacionada con tales actividades, tanto si éstas se realizan desde una instalación situada en el mar como desde un buque,
- H) ritmo de trabajo: la definición que aporta la Directiva es algo genérica pues señala que lo que debe buscar el empresario al organizar el trabajo es que éste tenga un ritmo que tenga en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, para atenuar el trabajo monótono y acompasado, en función del tipo de actividad.<sup>21</sup>

Una vez realizadas las definiciones y aclaraciones anteriores, la Directiva fija los límites mínimos o máximos de los distintos descansos que prevé, así como de los periodos de trabajo o de referencia para calcularlos, resultando que lo que garantiza como derecho mínimo la Directiva es:

- A) descanso diario mínimo: 11 horas consecutivas en un periodo de 24 horas<sup>22</sup>,
- B) pausa en las jornadas de trabajo diario que superen las 6 horas, la duración y condiciones de esta pausa la fijarán los Estados miembros en sus respectivas legislaciones<sup>23</sup>,
- C) descanso semanal mínimo de 24 horas ininterrumpidas, más las 11 horas indicadas entre jornadas diarias, por cada período de 7 días,<sup>24</sup> aunque posteriormente se señala que este periodo de referencia puede llegar a los 14 días en función de la regulación que realicen los Estados miembros,
- D) tiempo de trabajo semanal: 48 horas, incluidas las posibles horas extraordinarias, en un periodo de 7 días, aunque serán los Estados miembros quienes concreten esta unidad de medida en sus respectivos ordenamientos jurídicos, entendiéndose que puede realizarse la transposición por norma legal o convencional, pero dicho periodo de referencia no podrá superar los 4 meses<sup>25</sup>,

---

<sup>21</sup> Artículo 13 de la Directiva del año 1993.

<sup>22</sup> Artículo 3 de la Directiva.

<sup>23</sup> Artículo 4 de la Directiva.

<sup>24</sup> Artículo 5 de la Directiva.

<sup>25</sup> Artículo 6 de la Directiva. Al contrario, esto significa que el tiempo de trabajo «legal» de los trabajadores, es decir, la duración legal de la semana laboral por encima de la cual los empleadores a menudo tienen que pagar horas extraordinarias, no está regulado por la Directiva y se deja a la discreción de los Estados miembros mientras respeten el límite máximo de la duración media de trabajo semanal establecido en el artículo 6 de la Directiva. Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a

- E) vacaciones anuales: al menos 4 semanas, serán retribuidas, y serán igualmente los Estados quienes concreten este derecho, aunque señala la Directiva que este periodo mínimo no puede ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral<sup>26</sup>. Este aspecto será analizado en profundidad en las sentencias que comentaremos a continuación, sólo recalcar que el periodo que no puede compensarse con una cantidad económica son 4 semanas, pudiendo entender que si las vacaciones se extiende a más tiempo sí podría realizarse dicha compensación<sup>27</sup>,
- F) trabajo nocturno: no podrá exceder de 8 horas en un período de 24 horas<sup>28</sup>,

Algo que también realiza la Directiva y que resulta de interés conocer, es el tipo de colectivos de trabajadores que quedan excepcionados<sup>29</sup> de estas reglas antes comentadas, en la mayoría de los casos, porque la protección de su seguridad y salud laboral demanda otra regulación. Según el artículo 14 de la Directiva, ésta no se aplicaría “en la medida en que otros instrumentos comunitarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales”<sup>30</sup> a:

determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), publicada en el DOCE de 24 de mayo de 2017. C- 165. Op. cit, Pág 14. Además hay que añadir que esta directiva prevé que “*Los Estados miembros velarán por que el número de horas semanales de trabajo no supere en ningún caso una media de 58 horas durante los tres primeros años del período transitorio, una media de 56 horas durante los dos años siguientes y una media de 52 horas durante el período, en su caso, restante*”. Artículo 17.5.

<sup>26</sup> La Directiva sobre el tiempo de trabajo no trata el tema de la remuneración, incluidos los niveles salariales y los métodos de remuneración y las distintas retribuciones que pueden establecerse a nivel nacional. Puesto que la Unión Europea no tiene competencia para fijar salarios y remuneraciones, es una competencia exclusiva de los Estados miembros. Asunto C-437/05, op. cit.

<sup>27</sup> Artículo 7 de la Directiva.

<sup>28</sup> Artículo 8 de la Directiva.

<sup>29</sup> El Tribunal ha aclarado que solo permitiría exclusiones en el caso de “acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse” Sentencia en el asunto C-303/98 op. cit. Apartado 41. Lo mismo debe suceder en caso de “catástrofes naturales o tecnológicas, los atentados, accidentes graves u otros eventos de la misma índole, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en las Directivas 89/391 y 93/104”. Auto en el asunto C-52/04, op. cit, apartado 53. La Comisión europea considera que el factor decisivo aquí debería ser la naturaleza de las actividades de los trabajadores al desempeñar “actividades de la función pública destinadas a garantizar el orden y la seguridad públicos”, Sentencia en el asunto C-303/98, op. cit. Apartado 36. En cualquier caso, el Tribunal ha destacado que, incluso cuando la Directiva no se aplica en situaciones excepcionales, exige a “las autoridades competentes que velen para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas “en la medida de lo posible”, Auto en el asunto C-52/04, op. cit. Apartado 56. Sentencia en el asunto C-518/15, de 21 de febrero de 2018, sobre el cuerpo de Bomberos, sus guardias y retribuciones.

<sup>30</sup> Esos otros instrumentos comunitarios son: para los *Trabajadores jóvenes*, la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; Para los trabajadores de la *Aviación civil* la Directiva 2000/79/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers’ Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA). En el caso del *Transporte por carretera* Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera y Reglamento (CE) n.561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.o 3821/85 y (CE) n. 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) n.o 3820/85 del Consejo. En el caso de Ferrocarriles *transfronterizos* Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario . Para el *Transporte fluvial*, la Directiva 2014/112/UE del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la

- A) ejecutivos o personas con poder de decisión autónomo,
- B) trabajadores en régimen familiar,
- C) trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas,
- D) en los casos de trabajo off-shore,
- E) actividades de guardia y vigilancia, ya sea para proteger a bienes o personas<sup>31</sup>,
- F) servicios de asistencia médica en hospitales o similares, también los médicos en formación,
- G) trabajo en los puertos o aeropuertos,
- H) servicios de prensa, radio, televisión, producciones cinematográficas, correos, telecomunicaciones, servicios de ambulancia, bomberos y protección civil,
- I) servicios de producción, transmisión y distribución de gas, agua, electricidad, recogida de basuras, incineración,
- J) industrias cuyo proceso de trabajo no se interrumpa porque así lo aconsejen criterios técnicos,
- K) trabajos de agricultura,
- L) trabajos del sector turístico,
- M) trabajadores del sector del transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior.

Excepto por el mayor alcance de la Directiva del año 2003 y la eliminación de la anterior disposición que establecía que el descanso semanal debería incluir en principio, el domingo, las disposiciones de la actual Directiva aplicable sobre el tiempo de trabajo están redactados, esencialmente, en los mismos términos que los usados en las anteriores Directivas de 1993 y 2000<sup>32</sup>. No podemos perder de vista que todas las versiones de la norma que estamos analizando tienen como objetivo central proteger, a través de la regulación del tiempo de trabajo y de no trabajo, la seguridad y salud de los trabajadores europeos<sup>33</sup>.

---

Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF). De forma similar a la situación de la gente de mar, es necesario referirse al ámbito de aplicación concreto de estas Directivas ya que, incluso en los sectores en cuestión, algunos trabajadores podrían ser excluidos de dicho ámbito y, por tanto, quedarían incluidos en las disposiciones generales de la Directiva sobre el tiempo de trabajo.

<sup>31</sup> La Directiva sobre el tiempo de trabajo es aplicable a las actividades de las fuerzas armadas, la policía y los servicios de protección civil. Es también aplicable a otras actividades específicas de la función pública siempre que se lleven a cabo en circunstancias normales. Así lo ha establecido la Comisión Europea en la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), op. cit. Pág. 11.

<sup>32</sup> No hemos analizado este texto, porque básicamente la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y las actividades excluidos de dicha Directiva (DOCE L 195 de 1 de agosto del año 2000), se limitó a incluir como el propio título indica algunas actividades, pero no se modificó el régimen jurídico de la materia que analizamos.

<sup>33</sup> SAÉNZ LARA C. Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo. Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 130, 2015. Págs.. 243 a 27.

### 3. DETERMINACIÓN DEL INICIO DE LA PROTECCIÓN LEGAL

Desde el punto de vista de la protección legal otorgada a los trabajadores, debe indicarse cuándo comienza la misma según la norma europea, así el artículo 2.1 de la Directiva ha sido interpretado por el Tribunal de justicia hasta el punto de llegar a fijar 3 criterios acumulativos que determinarían si ciertos periodos se consideran o no tiempo de trabajo. El primer criterio es que “el trabajador permanezca en el trabajo”, se trata de un criterio de carácter espacial y se corresponde con el requisito de que el trabajador permanezca en el trabajo o que este se encuentre en su puesto de trabajo. Como señala la Comisión europea este primer criterio ha sido interpretado por el “Abogado General Bot<sup>34</sup> y de forma implícita por el Tribunal<sup>35</sup>, que señaló en varias ocasiones que un factor decisivo a la hora de determinar el concepto de «tiempo de trabajo» es si el trabajador debe estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario<sup>36</sup>. Cabe destacar que el lugar que determine el empresario no tiene que ser el lugar de trabajo.

El segundo criterio es que “el trabajador permanezca a disposición del empresario”, para poder realizar de forma inmediata y rápida las prestaciones que se demandan, por lo que no estaríamos ante este supuesto cuando el trabajador puede gestionar libremente su tiempo, dedicándose a asuntos personales.

El tercer criterio es que “el trabajador permanezca en ejercicio de su actividad o de sus funciones”, considerando el Tribunal de Justicia que esto debe ser interpretado de forma flexible, pudiendo el trabajador realizar la actividad variando algunas circunstancias, ya que a pesar de ello el trabajador estará presente y disponible, debiendo el Tribunal nacional examinar cada caso concreto para ver si es o no tiempo de trabajo<sup>37</sup>.

La casuística analizada por el Tribunal Europeo en este aspecto es variada, por ejemplo en relación con el colectivo de médicos de atención primaria, o educadores especializados en centros de acogida de jóvenes y adultos discapacitados en régimen de internado<sup>38</sup>. En particular, “en sus asuntos SIMAP, Jaeger y Dellas, en los cuales el Tribunal declaró que el tiempo invertido en atención continuada por los trabajadores debe considerarse en su totalidad como tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva si están obligados a estar presentes en el lugar de trabajo. En dicha situación, los trabajadores afectados están obligados a mantenerse a disposición para prestar sus servicios en un lugar determinado por su empresario durante toda la duración de sus turnos de atención continuada. Asimismo, los trabajadores están sujetos a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que deben permanecer alejados de su entorno tanto familiar como social y gozan de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales”<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Conclusiones del Abogado General Bot de 11 de junio de 2015, en el asunto C-266/14.

<sup>35</sup> Sentencia en el asunto C-303/98. Op. cit. Apartado 48.

<sup>36</sup> Sentencia en el asunto C-266/14, op. cit. apartado 35; Sentencia C-14/04, op. cit. apartado 48; Auto en el asunto C-437/05, op. cit. apartado 28.

<sup>37</sup> Estos criterios también aparecen en la Sentencia C-266/14, op. cit. apartados 36 y 37.

<sup>38</sup> Sentencias C-303/98, op. cit. C-151/02, op. cit. C-14/04, op. cit. Auto en el asunto C-241/99, de 3 de julio de 2001, CIG.

<sup>39</sup> Sentencia C-151/02, op. cit. Y Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), op. cit. Pág. 18. RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO B., La ordenación del tiempo de trabajo: el caso del SIMAP. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, N.º. 102, 2013, págs. 145-164.

Todo ello con independencia de las prestaciones laborales realmente realizadas en esas guardias<sup>40</sup>, no siendo relevantes los periodos de inactividad concretos que se puedan producir, como descansos en salas para dormir, relajarse etc,<sup>41</sup>. Por el contrario, “cuando los trabajadores se encuentren en régimen de localización sin que sea obligatoria su presencia en un lugar determinado por el empresario, estos pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales. En estas situaciones, también llamadas “alertas localizadas”, sólo debe considerarse tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva el correspondiente a la prestación efectiva de servicios”<sup>42</sup>.

Uno de los aspectos también cuestionados en los tribunales, es el relativo al desplazamiento<sup>43</sup> del trabajador a su centro de trabajo, o en caso de que no tenga un concreto centro de trabajo, y su actividad se desarrolle en los establecimientos de varios clientes. El Tribunal se ha pronunciado en el asunto Tyco “sobre si el tiempo de desplazamiento al primer cliente y desde el último cliente por trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo se considera o no tiempo de trabajo”<sup>44</sup> Sin estos desplazamientos los trabajadores no podrían realizar su actividad, y no tenían libre disposición de los tiempos y espacios donde desplazarse<sup>45</sup>. No resulta tan clara la respuesta cuando el centro de trabajo es fijo, y siempre se realiza el desplazamiento desde su domicilio o cualquier otro lugar hasta ese centro de trabajo. En la medida en que el trabajador puede disponer de su tiempo y organizar ese camino de ida o vuelta del centro de trabajo, se plantean dudas porque la Directiva no lo contempla tal cual, existen menos limitaciones para estos trabajadores a la hora de disponer de ese tiempo de desplazamiento, por eso se llega a decir por el Tribunal que dicho tiempo no constituye tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88<sup>46</sup>.

#### 4. EN PARTICULAR LOS PERIODOS DE DESCANSO.

Un aspecto fundamental y no baladí es que el periodo de descanso reconocido “sea adecuado”. En páginas previas lo hemos definido como periodos que tienen la finalidad de evitar lesiones en los trabajadores, a sus compañeros o a terceros (artículo 2.9 de la Directiva). El concepto de descanso adecuado aparece referenciado además tanto en el considerando 5 de la Directiva como en los artículos 20 y 21 en los que se establecen excepciones para los trabajadores móviles y off-shore, así como para los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima<sup>47</sup>. Curiosamente son colectivos

<sup>40</sup> Auto en el asunto C-437/05, op. cit. apartado 25, Sentencia C-14/04, op. cit. apartado 43.

<sup>41</sup> Auto en el asunto C-437/05 op. cit y Sentencia C-151/02, op. cit. Apartado 28 y apartados 60 y 64 respectivamente.

<sup>42</sup> Sentencia C-303/98, op. cit. apartado 50.

<sup>43</sup> BARREDA, I., La Comunicación interpretativa UE sobre ordenación del tiempo de trabajo (II) Actualidad del derecho sanitario, N° 249, 2017, págs. 703-706.FERRANDANS CARAMÉS C., La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: un apunte específico sobre el Servicio Andaluz de Salud. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N° 97, 2008, págs. 63-96.

<sup>44</sup> Sentencia C-266/04 op. cit. Este asunto afectaba a trabajadores técnicos que se dedicaban a la instalación y mantenimiento de aparatos de seguridad en varias ubicaciones en la zona territorial a la que estaban adscritos. Estos trabajadores técnicos debían desplazarse una o varias veces a la semana a las oficinas de una agencia logística de transporte para recoger los aparatos que necesitaban para sus intervenciones. Otros días se desplazaban directamente desde sus domicilios a los centros donde debían realizar sus actividades. El Tribunal consideró que se cumplían los tres criterios de tiempo de trabajo definidos anteriormente en el texto de este trabajo.

<sup>45</sup> Sentencia C-266/14, op. cit. apartados 35 a 39.

<sup>46</sup> Puede revisarse en este sentido, la Sentencia C-266/14, op. cit. apartado 37. Véase, además la sentencia del asunto C-303/98, apartado 50.

<sup>47</sup> Sentencia en el asunto C-410/03, de 28 de abril de 2005, Sentencia en el asunto C-223/02, de 9 de septiembre de 2004. Sentencia en el asunto C-184/02, de 9 de septiembre de 2004.

a los cuales no les resulta aplicable las previsiones de la Directiva sobre descanso diario, pausa, descanso semanal, y límites del trabajo nocturno. Es esta norma la que traslada a la regulación que aprueben los Estados miembros las previsiones sobre este tipo de descanso para este tipo de trabajadores, porque lo que sí deja claro la norma europea es que dichos trabajadores tienen derecho a un “descanso adecuado” como nivel mínimo de protección.

La Directiva hace referencia a cuatro tipos de descansos: el diario, las pausas durante el trabajo, el descanso semanal y el descanso anual o vacaciones:

- A) Descanso diario. El artículo 3 dispone lo siguiente: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas”. El requisito de conceder a todos los trabajadores 11 horas consecutivas de descanso es una norma mínima, y en ocasiones el derecho nacional amplía este número de horas de descanso diario limitando el tiempo de trabajo también diario<sup>48</sup>. Las 11 horas de descanso diario deben ser consecutivas. Esto significa que los trabajadores no deben ser interrumpidos en sus períodos de descanso a menos que los Estados miembros dispongan otra cosa en virtud de las excepciones permitidas en la propia Directiva. La Directiva no define el periodo de las 24 horas como un día natural. Este enfoque supondría *de facto* imponer un horario de trabajo que no encajaría con los períodos habituales de trabajo<sup>49</sup>. Sin embargo, al establecer un marco de períodos de veinticuatro horas, la Directiva impone una cierta regularidad a los períodos de descanso diario. La finalidad de este descanso es permitir a los trabajadores apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas consecutivas, sucesivas a un periodo de trabajo, para permitir al interesado distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones<sup>50</sup>. Esto significa que, cuando no exista excepción alguna, el tiempo de trabajo consecutivo está limitado a trece horas (de las que debe deducirse la pausa que analizamos a continuación) y debe estar seguido por al menos once horas consecutivas de descanso.
- B) En cuanto a la pausa durante el trabajo, el artículo 4 señala de la Directiva prevé que sean los Estados miembros quienes la fijen, cuando la jornada diaria del trabajador sea de superior a 6 horas, bien en convenio colectivo, acuerdos entre interlocutores sociales o por ley. Para fijar esta duración de la pausa el artículo 5 de la Directiva establece que dicha pausa debe expresarse en unidades de tiempo, días, horas, fracciones de ésta<sup>51</sup>. El momento concreto de disfrute lo fijará la legislación nacional pero debe entenderse que dicha pausa debe permitir efectivamente a los trabajadores descansar durante la jornada laboral y el momento en que se haga debe adaptarse al horario de los trabajadores y debe realizarse como muy tarde después de seis horas. Los trabajadores no deben estar

---

<sup>48</sup> La Comisión lo consideró una «red de seguridad» para la salud y la seguridad de los trabajadores en cuestión. Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, 20 de septiembre de 1990, COM(90) 317 final — SYN 295.

<sup>49</sup> Esto impondría a los trabajadores trabajar entre las 0.00 y las 13.00 horas y beneficiarse de su período de descanso entre las 13.00 y las 24.00 horas o, por el contrario, descansar entre las 0.00 y las 11.00 horas y trabajar entre las 11.00 y las 24.00 horas.

<sup>50</sup> Sentencia C- 151/02. Op. cit. Apartado 95.

<sup>51</sup> Sentencia en el asunto C-243/09, de 14 de octubre de 2010. Además La Comisión considera que las pausas de descanso a las que los trabajadores deben tener derecho han de estar claramente definidas en unidades de tiempo y que, aunque la duración de la pausa deba definirse en los convenios colectivos o la legislación nacional, unas pausas demasiado cortas serían contrarias a las disposiciones de la Directiva.

obligados a permanecer en sus puestos de trabajo, durante la pausa, a disposición del empresario o en ejercicio de su actividad o de sus funciones. Estas pausas en las que los trabajadores pueden gestionar su tiempo sin grandes limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales no constituyen tiempo de trabajo, salvo que en la regulación nacional de transposición se diga otra cosa que la mejore<sup>52</sup>.

- C) Por su parte el descanso semanal, se regula en el artículo 5 de la Directiva que fija unos periodos de disfrute, por cada periodo de 7 días, se reconoce un descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3. Este periodo de referencia se puede ampliar a 4 meses (artículo 16 de la Directiva) en la regulación que los Estados miembros aprueben para calcular el tiempo medio de trabajo semanal y esto puede ser en todos los sectores y actividades. A esto añade el artículo 16 que los Estados miembros podrán establecer un periodo de referencia que no exceda de 14 días. La regulación anterior a la norma vigente señalaba que ese descanso semanal sería el domingo, si bien el Tribunal de Justicia europeo consideró que la obligación de fijar el domingo en vez de cualquier otro día de la semana como día de descanso no estaba justificada a la luz de la base jurídica usada para la presente Directiva, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores<sup>53</sup>. Al final del artículo 5 se prevé la posibilidad de reducir el descanso semanal a veinticuatro horas cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo.
- D) Una vez analizado el descanso semanal, podemos fijar la duración máxima de la jornada semanal. La Directiva sobre el tiempo de trabajo en su artículo 6, establece, como ya hemos dicho, una duración media máxima del tiempo de trabajo semanal, no superior a 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de 7 días<sup>54</sup>. Se establece un nivel mínimo y los Estados miembros podrán conceder un nivel mayor de protección. El Tribunal también ha hecho hincapié en que los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, lo que supone que no puedan establecer una condición o restricción a la aplicación del derecho de los trabajadores a que la duración media del tiempo de trabajo semanal no supere las 48 horas, como se establece en el artículo 6.2 de dicha Directiva<sup>55</sup>. Por otro lado, el Tribunal ha sostenido asimismo que el hecho de que se sobrepase dicha duración máxima constituye en sí mismo una infracción de esta disposición, sin que resulte necesario demostrar la existencia de un perjuicio específico<sup>56</sup>. También en relación con el trabajo semanal, el artículo 16 de la Directiva dispone que “[...] los periodos de vacaciones anuales pagadas, concedidas de conformidad con el artículo 7, y los periodos de bajas por enfermedad no se tendrán en cuenta o serán neutros para el cálculo del promedio”. Esto implica que la ausencia del trabajo

---

<sup>52</sup> Sentencia C-266/14, op. cit. Apartados 36 y 37. Sentencia C-303/98, op. cit. apartado 50. Un periodo durante el cual el empresario pida a los trabajadores que permanezcan en su puesto y que estén disponibles para prestar sus servicios en caso necesario, aunque no realicen ninguna actividad, se consideraría «tiempo de trabajo» y, por tanto, no cumpliría el derecho de los trabajadores a disfrutar una pausa durante su jornada laboral.

<sup>53</sup> Sentencia C-84/94 de 12 de noviembre de 1996. Y Sentencia C-306/16 de 9 de noviembre de 2017.

<sup>54</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, de 5 de octubre de 2004, apartado 100. Sentencia en el asunto C-14/04, op. cit. apartado 49; Auto del asunto C-437/05, op. cit. apartado 23.

<sup>55</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, op. cit. apartado 99; Sentencia en el asunto C-243/09, op. cit. apartado 52; Sentencia en el asunto C-429/09 de 25 de noviembre de 2010, apartado 34.

<sup>56</sup> Sentencia en el asunto C-243/09, op. cit. apartado 53.



durante dichos períodos no se puede utilizar para compensar otros períodos durante los cuales el tiempo de trabajo semanal exceda del máximo.

E) En cuanto al descanso anual o vacaciones, debemos destacar que el Tribunal lo ha examinado con mucha atención<sup>57</sup> y ha sostenido, en particular, que:

- Por lo que respecta a las vacaciones anuales retribuidas, son 4 las semanas que garantiza la Directiva<sup>58</sup>, lo que puede ser mejorado por las legislaciones nacionales, ya que es una norma de mínimos. El artículo 7.1, dispone que todos los trabajadores tienen derecho a vacaciones anuales retribuidas. El Tribunal ha afirmado que la expresión “todos los trabajadores” incluye también a los trabajadores que se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad, ya sea de corta o larga duración, independientemente de que hayan trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales.
- Esta Directiva no permite ninguna excepción al artículo 7.1, en cuanto a las vacaciones<sup>59</sup>. El Tribunal ha determinado que la finalidad de estas vacaciones es doble: por una parte, permitir que los trabajadores descansen y por otra, que dispongan de un período de ocio y esparcimiento<sup>60</sup>, por eso considera el Tribunal Europeo que el derecho a vacaciones no puede ser objeto de una interpretación restrictiva<sup>61</sup>. Las 4 semanas de vacaciones son una disposición de mínimos. Además el alto Tribunal considera que cuando los trabajadores pasen de tener una jornada de trabajo a tiempo completo a una a tiempo parcial, sería incompatible con la Directiva aplicar el principio de *pro rata temporis* con carácter retrospectivo, ya que esto implicaría la pérdida de algunos derechos acumulados<sup>62</sup>. Por tanto, una reducción de la jornada de trabajo no puede reducir el derecho a vacaciones anuales que el trabajador ya ha adquirido. En la situación inversa, cuando un trabajador a tiempo parcial pase a tener jornada a tiempo completo, debe calcularse un nuevo derecho para el período posterior al incremento de la jornada laboral, siguiendo precisamente el principio de *pro rata temporis*. Lo que sí pueden hacer los Estados miembros es establecer

<sup>57</sup> Sentencia en el asunto C173/99 de 26 de junio de 2001, apartado 43; Sentencia en el asunto C-342/01, op. cit., apartado 29; Sentencia en los asuntos acumulados C-131/04 y 257/04, de 16 de marzo de 2006, apartado 48; Sentencia en el asunto C-124/05, de 6 de abril de 2006, apartado 28; Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, de 20 de enero de 2009, apartado 22; Sentencia en el asunto C-277/08, de 10 de septiembre de 2009, apartado 18; Sentencia en el asunto C-486/08, de 22 de abril de 2010, apartado 28; Sentencia en el asunto C-155/10, de 15 de septiembre de 2011, apartado 17, Sentencia en el asunto C-214/10, de 22 de noviembre de 2011, apartado 23; Sentencia en el asunto C-282/10, de 24 de enero de 2012, apartado 16; Sentencia en el asunto C-337/10, de 3 de mayo de 2012, apartado 28; Sentencia en el asunto C-78/11, de 21 de junio de 2012, apartado 16; Sentencias en los asuntos acumulados C-229/11 y 230/11, de 8 de noviembre de 2012, apartado 22; Auto en el asunto C-194/12, de 21 de febrero de 2013, apartado 16; Auto en el asunto C-415/12, de 13 de junio de 2013, apartado 27; Sentencia en el asunto C-539/12, de 22 de mayo de 2014, Z.J.R. apartado 14; Sentencia en el asunto C-118/13, de 12 de junio de 2014, apartado 15; Sentencia en el asunto C-178/15, de 30 de junio de 2016, apartado 19; Sentencia en el asunto C-314/15, de 20 de julio de 2016, apartado 25.

<sup>58</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit. apartado 27.

<sup>59</sup> Sentencia en el asunto C-173/99, op. cit., apartados 41 a 43; Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit., apartado 24; Sentencia en el asunto C-78/11, op. cit., apartado 16.; Sentencia en el asunto C-124/05, op. cit., apartado 34; Sentencia en los asuntos acumulados C-131/04 y 257/04, op. cit., apartado 52. .

<sup>60</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit., apartado 25; Sentencia en el asunto C-277/08, op. cit., apartado 21; Sentencia en el asunto C-486/08, op. cit., apartado 30; Sentencia en el asunto C-214/10, op. cit., apartado 31; Sentencia en el asunto C- 78/11, op. cit., apartado 19; Sentencia en el asunto C-194/12, op. cit., apartado 18.

<sup>61</sup> Sentencia en el asunto C-486/08, op. cit., apartado 29, Sentencia en el asunto C-78/11, op. cit., apartado 18, Sentencia en los asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11, op. cit., apartados 22 y 23; entre otras.

<sup>62</sup> Sentencia en el asunto C-486/08, op. cit., apartados 32 a 34; Sentencia en los asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11, op. cit., apartado 35.

distintas condiciones para la adquisición del derecho y la concesión de las vacaciones adicionales<sup>63</sup>, sin que ello pueda suponer un impedimento para que determinados trabajadores disfruten de este derecho. Por ejemplo, el Tribunal ha declarado que los Estados miembros no pueden imponer a los trabajadores la condición de un período de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario antes de acumular vacaciones<sup>64</sup>.

- Algo que también pueden hacer los Estados miembros es disponer de cierto margen para regular la forma de ejercer el derecho a vacaciones anuales retribuidas. Esto puede incluir, por ejemplo, la planificación de los períodos de vacaciones, la eventual obligación del trabajador de notificar por adelantado al empresario el período de vacaciones que pretende tomar, la imposición de un período mínimo antes de poder disfrutar de las vacaciones, pero con los límites que hemos indicado más arriba; los criterios para el cálculo proporcional del derecho a vacaciones anuales cuando la duración de la relación laboral sea inferior a un año, etc.<sup>65</sup>. También pueden por ejemplo, organizar la forma en que los trabajadores, durante las primeras semanas de empleo, pueden tomar las vacaciones a que tienen derecho<sup>66</sup>.
- Como ya hemos indicado, la Directiva no regula la planificación de las vacaciones anuales retribuidas. Esta cuestión se deja para el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas nacionales. No obstante, lo que sí hace la Directiva es prever que un trabajador que no pueda disfrutar de las vacaciones planificadas para un periodo concreto, por encontrarse en otra situación de ausencia en el puesto de trabajo (baja por enfermedad, permiso de maternidad u otro permiso cuya finalidad no sea la del derecho a vacaciones anuales), tiene derecho a disfrutar de dichas vacaciones anuales en otro momento, incluso de ser necesario fuera del período de referencia correspondiente, dentro de ciertos límites. Y ello, según el Tribunal, porque “si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior”<sup>67</sup>. Por eso en el caso de que las vacaciones coincidan con periodos en los cuales el trabajador se encuentra de baja médica, la solución que aporta el Tribunal Europeo es, primero, aclarar la diferente finalidad de ambas situaciones. La finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas no es otra, como ya hemos dicho, que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento. La finalidad de la baja por enfermedad es permitir que el trabajador pueda recuperarse de una enfermedad que origina una incapacidad

---

<sup>63</sup> Sentencia en el asunto C-282/10 op. cit., apartados 47 a 48; Sentencia en el asunto C-337/10, op. cit., apartados 34 a 37. Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit., apartado 40 y 48.

<sup>64</sup> Sentencia en el asunto C-173/99, op. cit. apartado 64; Sentencias en los asuntos acumulados C-350/06 a C-520/06, op. cit. apartado 28. Sentencia en el asunto C-539/12, op. cit. apartado 17; Sentencia en el asunto C-118/13, op. cit. apartado 16.

<sup>65</sup> Alegaciones de la Comisión en el asunto C-173/99 a las que hacen referencia las Conclusiones del Abogado General Tizzano de 8 de febrero de 2001, apartado 34, y en las Conclusiones del Abogado General Trstenjak de 16 de junio de 2011, C-155/10, op. cit. apartado 37.

<sup>66</sup> Sentencia en el asunto C-173/99, op. cit. apartad 61.

<sup>67</sup> Sentencia en el asunto C-178/15, op. cit. apartado 33; Sentencia en el asunto C-124/05, op. cit. apartado 30; Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06, y C-520/06, op. cit. apartado 30; Sentencia en el asunto C-277/08, op. cit. apartado 24. Sentencia en el asunto C-12/17, de 4 de octubre de 2018.

laboral<sup>68</sup>. La pérdida del derecho a vacaciones se reduce, por tanto, a los casos en que el trabajador haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar tal derecho<sup>69</sup> y no lo haya hecho.

- En cuanto a la retribución de las vacaciones, el Tribunal ha destacado que “la Directiva considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho, puesto que la finalidad de la retribución durante las vacaciones anuales es permitir que el trabajador disfrute efectivamente de las vacaciones a las que tiene derecho”<sup>70</sup>. En consecuencia, este Tribunal consideró que “la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo, por eso el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso de manera que una disminución de la retribución de un trabajador correspondiente a sus vacaciones anuales retribuidas, que puede disuadirle de ejercer efectivamente su derecho a disfrutarlas, es contraria al objetivo perseguido por el artículo 7 de la Directiva”<sup>71</sup>. El Tribunal además ha declarado que la retribución correspondiente a las vacaciones anuales en forma de pagos parciales fraccionados durante el período anual de trabajo es incompatible con la Directiva. Ha subrayado que los pagos deben hacerse por un período determinado en el que el trabajador haya disfrutado efectivamente de las vacaciones<sup>72</sup>. Esto es algo que cobra especial interés en el caso de España por la regulación principalmente a través de la negociación colectiva. Cuando la retribución está compuesta por diversos elementos, el Tribunal ha considerado que es preciso un análisis específico para determinar

<sup>68</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit. apartado 25; Sentencia en el asunto C-277/08., op. cit. apartado 21; Sentencia en el asunto C-78/11, op. cit. apartado 19; Sentencia en el asunto C-194/12., op. cit. apartado 19; Sentencia en el asunto C-178/15, op. cit. apartado 25.

<sup>69</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit. apartados 43 y 55; Sentencia en el asunto C-277/08, op. cit. apartado 19, Sentencia en el asunto C-178/15, op. cit. apartado 22; Sentencia en el asunto C-124/05, op. cit. apartado 24. Sentencia en el asunto C-471/08, de 1 de julio de 2010. Sentencia en el asunto C-214/10 de 22 de noviembre de 2011.

<sup>70</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, op. cit. apartados 49 y 58; Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit. apartado 60; Sentencia en el asunto C-539/12, op. cit. apartado 17;

<sup>71</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, op. cit. apartado 50; Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit. apartado 58; Sentencia en el asunto C-539/12, op. cit. apartado 16. Sentencia en el C-385/17, de 13 de diciembre de 2018. En particular en este último caso el Tribunal considera contrario a la Directiva el hecho de que una normativa nacional que, a efectos de calcular la remuneración por vacaciones, permite establecer mediante convenio colectivo que se tengan en cuenta las disminuciones salariales derivadas del hecho de que, en el período de referencia, no se ha realizado ningún trabajo efectivo durante determinados días debido a una reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales, lo que tiene como consecuencia que el trabajador perciba, para la duración de las vacaciones una remuneración inferior a la retribución ordinaria que percibe durante los períodos de trabajo. También sobre esta misma cuestión puede consultarse la Sentencia C-619/16, de 6 de noviembre de 2018, que juzga un litigio en el cual llegada la terminación de la relación laboral sin disfrute de las vacaciones a las cuales tuviera derecho el trabajador, porque el trabajador no las solicitó en tiempo y forma según el empleador, las mismas no son compensadas económicamente. La Directiva europea se opone a la regulación nacional que impida al trabajador dicha compensación, sin que se verifique previamente si el empresario le ha permitido ejercer su derecho a vacaciones anuales antes de dicha extinción, en particular informándole de manera adecuada, los días de vacaciones anuales retribuidas a los que tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión cuando se produjo dicha extinción, y, consiguientemente, su derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas no puede ser denegada.

<sup>72</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, op. cit. apartado 63. Sentencia en los asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16, de 6 de noviembre de 2018. En esta sentencia se trata el posible derecho de los herederos de un trabajador fallecido que no disfrutó de las vacaciones. Este caso a nuestro entender genera dudas, por el conflicto entre el derecho a compensar económicamente las vacaciones si se ha concluido la relación laboral, en este por el fallecimiento del trabajador, y el objetivo definido de las vacaciones, que el trabajador descansa, se recupere por el trabajo realizado. En el presente caso el trabajador no será quien disfrute de ese beneficio.

“esa retribución ordinaria, y, por tanto, el importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales”. A esto añade el Tribunal que los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas, poniendo el ejemplo de los complementos relacionados con la calidad de superior jerárquico, con la antigüedad y con las cualificaciones profesionales. Si los complementos están vinculados intrínsecamente a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según el contrato de trabajo y se calculan como parte de la retribución global de este, también deben tenerse en cuenta de cara a la retribución a la que tiene derecho el trabajador durante las vacaciones anuales<sup>73</sup>. De igual forma, las comisiones recibidas por la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según el contrato de trabajo, tales como las comisiones por ventas, deben tenerse en cuenta a la hora de calcular la retribución<sup>74</sup>. Sin embargo, no es necesario tener en cuenta los elementos de la retribución que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo<sup>75</sup>. Por último, considera el Tribunal que la Directiva permite una compensación financiera por las vacaciones anuales retribuidas a que tuviese derecho un trabajador en la fecha del fin de la relación laboral y que no haya disfrutado<sup>76</sup>, aunque como ya hemos dicho, considera el Tribunal que “la posibilidad de compensar económicamente las vacaciones mínimas anuales transferidas podría producir el efecto contrario a los objetivos perseguidos por la Directiva, de que el trabajador se planteara renunciar al tiempo de reposo o se viera incitado a ello”<sup>77</sup>. Añade el Tribunal que la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante las vacaciones anuales, resulta determinante para el cálculo de la compensación financiera en concepto de vacaciones anuales no disfrutadas al finalizar la relación laboral<sup>78</sup>. Y lo que también aclara, para los supuestos en los cuales los Estados miembros hayan mejorado el periodo de vacaciones previsto en la norma comunitaria (4 semanas), es que será el Estado el que decida si conceder o no esa compensación financiera a los trabajadores que no hayan podido disfrutar de dichas vacaciones durante su relación laboral, así como las condiciones de dicho derecho adicional<sup>79</sup>.

- Una cuestión importante es hasta qué punto puede esta Directiva ser aplicada directamente en los Estados, entre particulares, sin esperar a la transposición, lo que supone pronunciarse sobre el efecto directo horizontal de esta norma.

<sup>73</sup> Sentencia en el asunto C-155/10, op. cit., apartado 22; Sentencia en el asunto C-539/12, op. cit. apartado 27.

<sup>74</sup> Sentencia en el asunto C-539/12, op. cit. apartados 32 y 33.

<sup>75</sup> Sentencia en el asunto C-155/10, op. cit. apartado 25; Sentencia en el asunto C-539/12, op. cit. apartado 31.

<sup>76</sup> Sentencia en el asunto C-118/13, op. cit. apartado 23; Sentencia en el asunto C-341/15, op. cit. apartado 27. También puede consultarse la Sentencia en el asunto C-684/16, de 6 de noviembre de 2018, en la cual se insiste sobre la compensación financiera de las vacaciones no disfrutadas por el trabajador a causa de circunstancias ajenas a su voluntad y como consecuencia de la organización del trabajo llevada a cabo por el empleador. Tanto es así que considera que el órgano judicial nacional debe comprobar si el empresario puede o no demostrar haber actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión, para que dicho trabajador no se vea privado de sus derechos adquiridos a vacaciones anuales retribuidas ni, consiguientemente, en caso de extinción de la relación laboral, a la compensación económica por vacaciones no disfrutadas cuyo abono incumbe, en tal caso, directamente al empresario de que se trate.

<sup>77</sup> Sentencia en el asunto C-124/05, op. cit. apartado 32.

<sup>78</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11, op. cit. apartado 25. Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06., op. cit. apartado 61.

<sup>79</sup> Sentencia en el asunto C-337/10, op. cit. apartados 36 y 37; Sentencia en el asunto C-341/15, op. cit. apartado

En este sentido el Tribunal de Justicia Europeo, considera que la Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede aplicarse en el marco de un litigio exclusivamente entre particulares. Pero en todo caso corresponderá al juez nacional asegurar una correcta protección jurídica para los ciudadanos, y será por tanto este juez nacional el que deba interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz del contenido y de la finalidad de la Directiva<sup>80</sup>. Lo que también puede ocurrir es que sean los ciudadanos quienes invoquen la aplicación de la Directiva frente al Estado, entendido en sentido amplio, por la no transposición o transposición incorrecta de esta Directiva (efecto directo vertical). Esto puede implicar la aplicación del principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión. En tal caso, por la responsabilidad del Estado, se debería otorgar a los particulares el derecho a obtener una reparación en determinadas condiciones, siendo el tribunal nacional el que debe examinarlas<sup>81</sup>.

## 5. EN PARTICULAR EL TRABAJO NOCTURNO Y POR TURNOS

El artículo 8 de la Directiva establece que: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que: a) el tiempo de trabajo normal de los trabajadores nocturnos no exceda de ocho horas como media por cada período de 24 horas; b) los trabajadores nocturnos, cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes, no trabajen más de ocho horas en el curso de un período de 24 horas durante el cual realicen un trabajo nocturno. A efectos de la letra b), el trabajo que implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes será definido por las legislaciones y/o las prácticas nacionales, o por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, tomando en consideración los efectos y los riesgos inherentes al trabajo nocturno”<sup>82</sup>.

Este artículo 8 establece dos límites diferentes para los trabajadores nocturnos: uno aplicable a todos los trabajadores nocturnos, y otro que se aplica a los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes. Además la Directiva limita el tiempo de trabajo medio de todos los trabajadores nocturnos a ocho horas por cada período de 24 horas. En este límite debe considerarse todo el “tiempo de trabajo”, incluidas las horas extraordinarias. El período de referencia lo determinan los Estados miembros o los interlocutores sociales sin que haya un límite expreso, sin olvidar que en los considerandos de la Directiva del año 2003, se indica que “todos los trabajadores deben tener períodos de descanso adecuados” y que “los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores”.

---

<sup>80</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, op. cit., apartados 108 y 109. Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, op. cit., apartados 110 a 113.

<sup>81</sup> Sentencia en el asunto C-243/09, op. cit., apartado 61 y 56; Sentencia en el asunto C-429/09, op. cit., apartado 38 y 39, 45 a 48.

<sup>82</sup> Recordar que trabajador nocturno sería: a) por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente, y b) por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate: a) por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o b) por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional.

La Directiva no define los conceptos de “riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes”, sino que prevé que sean definidos por las legislaciones y/o las prácticas nacionales, o por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales. La Directiva contempla que, independientemente de cómo se defina lo que se entiende por trabajo que implica riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes, deben tenerse en cuenta los efectos y los riesgos inherentes al trabajo nocturno. A título orientativo, cabe hacer referencia al considerando 7, que señala que “Ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo”.

Por su parte, el artículo 9 impone a los Estados miembros las siguientes obligaciones: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que: a) los trabajadores nocturnos disfruten de una evaluación gratuita de su salud antes de su incorporación al trabajo y, posteriormente, a intervalos regulares; b) los trabajadores nocturnos que padezcan problemas de salud, cuya relación con la prestación de un trabajo nocturno esté reconocida, sean trasladados, cuando ello sea posible, a un trabajo diurno para el que sean aptos. 2. La evaluación gratuita de la salud a que se refiere la letra a) del apartado 1 deberá respetar el secreto médico”.

En cuanto a la evaluación de la salud previa al inicio de la prestación de servicios y durante el desarrollo de la misma, debe ser gratuita para el trabajador, pero la Directiva no establece si los costes deben ser sufragados por el empleador o por un tercero, como por ejemplo los servicios de salud en el trabajo, por lo que corresponde a los Estados miembros decidir al respecto. Además cuando los trabajadores padezcan problemas de salud relacionados con el trabajo nocturno que realizan, serán trasladados a un trabajo diurno para el que sean aptos y siempre que sea posible, pero la Directiva no detalla ni el procedimiento ni la forma de demostrar los problemas de salud y su relación con el trabajo nocturno, por lo que pueden establecerse a escala nacional. Por lo que respecta a los puestos a los que deben ser trasladados los trabajadores, la Directiva solo exige que sea un trabajo para el que sean aptos y que sea diurno.

A lo anterior añade el artículo 12 de la Directiva que: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que: a) los trabajadores nocturnos y los trabajadores por turnos disfruten de un nivel de protección en materia de seguridad y de salud adaptado a la naturaleza de su trabajo; b) los servicios o medios apropiados de protección y de prevención en materia de seguridad y de salud de los trabajadores nocturnos y de los trabajadores por turnos sean equivalentes a los aplicables a los demás trabajadores y estén disponibles en todo momento”. Esta disposición afecta tanto a los trabajadores nocturnos como a los trabajadores por turnos. Se parte de la idea ya apuntada respecto del Considerando 7 de la norma, que recordemos establece que “el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo”.

## **6. EXCEPCIONES SEGÚN LA NORMATIVA EUROPEA**

Siguiendo con el nivel de detalle de la regulación europea, destaca el artículo 13 de la Directiva dispone lo siguiente: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias

para que los empresarios que prevean organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, con objeto, en particular, de atenuar el trabajo monótono y el trabajo acompasado, en función del tipo de actividad, y los requisitos en materia de seguridad y salud, especialmente en lo que se refiere a las pausas durante el tiempo de trabajo”.

Como decíamos al principio de este estudio debemos conjugar la flexibilidad que demandan las organizaciones y los mercados, con la protección de la seguridad y salud laboral de los trabajadores, y es por ello que la Directiva de tiempo de trabajo prevé excepciones para algunos colectivos de trabajadores o sectores, y respecto de algunas de las disposiciones que contiene<sup>83</sup>. Estas excepciones deben haber sido transpuestas con validez en los ordenamientos nacionales para poder acogerse a ellas. El Tribunal ha declarado que “en efecto, puesto que las excepciones previstas en las disposiciones especiales en cuestión son facultativas, el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros que las establezcan en su Derecho nacional”<sup>84</sup>. Además esas excepciones deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que las mismas permiten proteger<sup>85</sup>, y para proteger en todo caso la seguridad y salud de los trabajadores<sup>86</sup>. El Tribunal ha considerado que la lista de sectores y actividades contemplada en el artículo 17. 3 no es exhaustiva<sup>87</sup>. En concreto, declaró que las siguientes actividades podrían estar comprendidas en las excepciones previstas en el artículo 17.3: actividades del personal médico<sup>88</sup> y de

<sup>83</sup> Actividades: a) para las actividades laborales caracterizadas por un alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador, como el trabajo off-shore, o que se desarrollen en distintos lugares de trabajo del trabajador distantes entre sí; b) para las actividades de guardia y vigilancia que exijan una presencia continua con el fin de garantizar la protección de bienes y personas, y en particular cuando se trate de guardianes, conserjes o empresas de seguridad; c) para las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción, en particular cuando se trate de: i) servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en períodos de formación), instituciones residenciales y prisiones, ii) personal que trabaje en los puertos o aeropuertos, iii) servicios de prensa, radio, televisión, producciones cinematográficas, correos o telecomunicaciones, servicios de ambulancia, bomberos o protección civil, iv) servicios de producción, de transmisión y de distribución de gas, agua o electricidad; servicios de recogida de basuras o instalaciones de incineración, v) industrias cuyo proceso de trabajo no pueda interrumpirse por motivos técnicos.

<sup>84</sup> Sentencia en el asunto C-227/09, de 21 de octubre de 2010, apartado 51.

<sup>85</sup> Sentencia en el asunto C-227/09, op. cit. apartado 58; Sentencia en el asunto C-428/09, op. cit. apartado 40.

<sup>86</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, de 5 de octubre de 2004, apartado 77; Sentencia en el asunto C-243/09, op. cit. apartado 34. Por ejemplo, el artículo 17, apartado 1, de la Directiva se refiere a los trabajadores autónomos y permite excepciones «cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores». Por ejemplo, en el asunto Isère, asunto C-428/09, el Tribunal consideró si esta excepción se aplicaba a los «trabajadores empleados en centros de vacaciones o de ocio en virtud de un contrato de participación en la educación». Basó su apreciación en la falta de información que indicase que los trabajadores afectados tuviesen «la posibilidad de decidir el número de horas que trabajarán», así como en el hecho de que no había indicación de que los trabajadores no estuviesen «obligados a estar presentes en el lugar de trabajo según un horario fijo», y concluyó que no estaban comprendidos en el ámbito de aplicación de la excepción. La excepción podría abarcar a determinados ejecutivos de los escalafones superiores cuya jornada de trabajo, en conjunto, no está medida o establecida previamente, puesto que no están obligados a estar físicamente en el lugar de trabajo a unas horas fijas, sino que pueden decidir su horario de manera autónoma. De igual forma, podría, por ejemplo, aplicarse a determinados expertos, abogados de mayor antigüedad en una relación laboral o personal académico que gocen de una autonomía considerable para establecer su jornada laboral. El artículo 17, apartado 1, procede a enumerar tres categorías específicas de trabajadores cuya jornada de trabajo no puede ser medida y/o establecida previamente o que puede ser determinada por ellos mismos: los «ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo», los «trabajadores en régimen familiar» o los «trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas». Hasta el momento no hay jurisprudencia sobre cómo podría aplicarse la excepción del «trabajador autónomo» a los trabajadores en nuevas formas de empleo, como por ejemplo la economía de las plataformas digitales, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

<sup>87</sup> Sentencia en el asunto C-428/09, op. cit. apartado 48;

<sup>88</sup> Véase en este sentido, PÉREZ GÓMEZ, J. M<sup>º</sup>. La ordenación del tiempo de trabajo y descanso. El contrato de trabajo de los MIR y otros residentes sanitarios / coord. por ARETA MARTÍNEZ M. SEMPERE NAVARRO A; 2010,

enfermería en Equipos de Atención Primaria<sup>89</sup>, servicios de ambulancia<sup>90</sup>, actividades en centros de vacaciones y de ocio que requieren la continuidad del servicio<sup>91</sup> y extinción de incendios<sup>92</sup>.

El artículo 17.2 de la Directiva, destaca el papel de los interlocutores sociales al señalar que “Mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales y siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o siempre que, en casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate, podrán establecerse las excepciones previstas en los apartados 3, 4 y 5”. Junto a esto, el artículo 18 de la misma norma establece que “[...] Las excepciones previstas en los párrafos primero y segundo del presente apartado sólo se admitirán a condición de que se conceda a los trabajadores de que se trate períodos equivalentes de descanso compensatorio, o bien una protección adecuada en los casos excepcionales en que, por razones objetivas, resulte imposible la concesión de dichos períodos equivalentes de descanso compensatorio. [...]”.

En el caso de las excepciones a las disposiciones sobre las pausas o el descanso diario y semanal, los trabajadores que no hayan recibido una parte o la totalidad de un período de descanso deben recibir las unidades de tiempo que faltan como compensación. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal, el descanso compensatorio equivalente debe “caracterizarse por el hecho de que, durante estos períodos, el trabajador no esté sujeto, frente a su empresario, a ninguna obligación que pueda impedirle dedicarse, libre e ininterrumpidamente, a sus propios intereses con objeto de contrarrestar los efectos del trabajo sobre la seguridad y la salud del interesado”<sup>93</sup>, añade el Tribunal que “el trabajador debe disfrutar de la posibilidad de apartarse de su entorno laboral” y que ello debe “permitir al interesado distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones”<sup>94</sup>, por lo que el momento de disfrute debe ofrecer de forma inmediata al tiempo de trabajo que supuestamente compensa<sup>95</sup>, ya que los períodos de descanso “no sólo deben ser [consecutivos], sino que también deben suceder directamente a un período de trabajo”<sup>96</sup>. De ello se desprende que un Estado miembro podría, en determinadas circunstancias, prever la posibilidad de posponer, aunque estrictamente de manera temporal, todo o

págs. 599-625. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ O. Ordenación del tiempo de trabajo. Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea : un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia / GARCÍA MURCIA J. 2017, págs. 159-228.

<sup>89</sup> Sentencia en el asunto C-303/98, op. cit. apartados 42 a 45; Auto en el asunto C-241/99, de 3 de julio de 2001, apartados 29 a 32.

<sup>90</sup> Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, op. cit., apartado 97.

<sup>91</sup> Sentencia en el asunto C-428/09, op. cit. apartado 49.

<sup>92</sup> Sentencia en el asunto C-243/09, op. cit., apartado 49. El resto de disposiciones de la Directiva siguen siendo de aplicación y el Tribunal ha hecho hincapié en que esta excepción «no permite establecer excepciones a las definiciones de los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso” que figuran en el artículo 2 de esta Directiva.

<sup>93</sup> Sentencia en el asunto C-151/02, op. cit. apartado 94; Sentencia en el asunto C-428/09, op. cit. apartado 50

<sup>94</sup> Sentencia en el asunto C-151/02, op. cit. apartado 95.

<sup>95</sup> Sentencia en el asunto C-151/02, op. cit. apartado 94.

<sup>96</sup> Sentencia en el asunto C-151/02, op. cit. apartado 95. Por el contrario, «una serie de períodos de trabajo desarrollados sin que entre ellos se intercale el tiempo de descanso necesario puede, en su caso, perjudicar al trabajador o, al menos, supone el riesgo de sobrepasar las capacidades físicas de éste, poniendo así en peligro su salud y su seguridad, de modo que un tiempo de descanso otorgado con posterioridad a dichos períodos no puede garantizar correctamente la protección de los intereses de que se trata». Sentencia en el asunto C-151/02, apartado 96.



una parte del período de descanso diario mínimo, pero solo con la condición de que el trabajador reciba todas las horas de descanso a que tiene derecho en el período siguiente<sup>97</sup>.

Cuando se modifica con la Directiva del año 2000, la anterior norma del año 1993, se pretende incluir a tantos trabajadores como fuese posible, incluidos los trabajadores no móviles, todos los trabajadores ferroviarios móviles y no móviles y los trabajadores off-shore; además de extender a determinados trabajadores móviles las disposiciones de la Directiva sobre las cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas y determinadas disposiciones en relación con el trabajo nocturno y el trabajo por turnos (incluidas las evaluaciones de la salud); así como prever para estos trabajadores una garantía de descanso adecuado y un límite al número de horas trabajadas anualmente<sup>98</sup>. Esta última previsión también sería de aplicación para los trabajadores off-shore<sup>99</sup>. El texto resultante incluye, por tanto, a los trabajadores móviles y a los trabajadores off-shore en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, pero prevé excepciones específicas. Respecto a los trabajadores off-shore se aplica “un enfoque flexible a los períodos de descanso que son aplicables, con la finalidad de, en particular, permitir sistemas de turnos basados en 2 turnos x 12 horas x 14 días para continuar y dar el reconocimiento adecuado a la naturaleza internacional y estacional de los ritmos de trabajo del sector, permitiendo un cálculo anualizado de las horas de trabajo”<sup>100</sup>. En 2006 se realizó una evaluación de estas disposiciones específicas y la conclusión fue que eran adecuadas para este sector<sup>101</sup>.

Como resumen podemos decir que la Directiva sobre el tiempo de trabajo es un instrumento complejo. Partiendo del objetivo de proteger la salud y la seguridad de los

<sup>97</sup> Consideramos interesante destacar en este momento la Sentencia «Isère» en la que el Tribunal hacía referencia nuevamente a la flexibilidad que las relaciones laborales demandan. En dicha sentencia, el Tribunal considera que los miembros del personal que realizan actividades ocasionales y de temporada dirigidas a educar y distraer a los menores alojados en centros de vacaciones y de ocio y asegurar una vigilancia permanente de esos menores, podrían estar amparados en la excepción establecida en el artículo 17. 2 Sentencia en el asunto C-428/09, op. cit. apartados 45 y 57.

<sup>98</sup> Sentencia en el asunto C-245/15, de 2 de marzo de 2017.

<sup>99</sup> Exposición de motivos de la Comunicación de la Comisión sobre la organización del tiempo de trabajo en los sectores y las actividades excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/CE de 23 de noviembre de 1993, 18 de noviembre de 1998, COM(1998)662 final, apartado 13.

<sup>100</sup> Libro Blanco sobre los sectores y las actividades excluidos del ámbito de aplicación de la directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, 15 de julio de 1997, COM(97)334, apartado 60.

<sup>101</sup> Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE aplicables a los trabajadores off-shore, 22 de diciembre de 2006, COM(2006) 853 final. 2. Dentro de los límites establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 y en los apartados 3 y 4, los Estados miembros, habida cuenta la necesidad de proteger la seguridad y la salud de dichos trabajadores, adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, a) las horas de trabajo se limiten a un número máximo que no se deberá sobrepasar en un período de tiempo determinado, o b) se disfrute de un número mínimo de horas de descanso en un período de tiempo determinado. El número máximo de horas de trabajo o el número mínimo de horas de descanso se establecerá mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o mediante convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales. 3. Las horas de trabajo o descanso estarán sometidas a los límites siguientes: a) el número máximo de horas de trabajo no excederá de: i) 14 horas por cada período de 24 horas, ni de ii) 72 horas por cada período de siete días, o bien b) el número mínimo de horas de descanso no será inferior a: i) 10 horas por cada período de 24 horas, ni de ii) 77 horas por cada período de siete días. 4. Las horas de descanso podrán dividirse en dos períodos como máximo, uno de los cuales será de al menos seis horas, y el intervalo entre períodos consecutivos de descanso no excederá de 14 horas. 5. De conformidad con los principios generales en materia de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, y por razones objetivas o técnicas, o por motivos relativos a la organización del trabajo, los Estados miembros podrán permitir excepciones, incluida la fijación de períodos de referencia, a los límites establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 y en los apartados 3 y 4. Tales excepciones deberán ajustarse, en la medida de lo posible, a las normas establecidas, pero podrán tener en cuenta períodos de permiso más frecuentes o más largos o la concesión a los trabajadores de permisos compensatorios. Dichas excepciones se podrán establecer mediante alguna de estas modalidades: a) disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, siempre que se consulte, cuando sea posible, a los representantes de los empresarios y los trabajadores interesados, y se realicen esfuerzos para fomentar todas las formas pertinentes de diálogo social; o b) convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales. 6. El capitán de un buque de pesca marítima tendrá derecho a exigir a los trabajadores que ejerzan su actividad a bordo que trabajen cuantas horas sean necesarias para la seguridad inmediata del buque, de las personas a bordo del mismo o de su carga, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en el mar. 7. Los Estados miembros podrán disponer que los trabajadores que ejerzan su actividad a

trabajadores estableciendo disposiciones mínimas en esta materia y en relación con el tiempo de trabajo, pretende atender a la flexibilidad hoy demandada en los mercados de trabajo, sin supeditarse a las consideraciones meramente económicas. Muestras de esa flexibilidad son las disposiciones que contiene sobre excepciones, las horquillas que deja para la transposición que realicen los Estados miembros, siempre que se respete la seguridad y salud laboral con las regulaciones que se realicen sobre tiempo de trabajo. Este sería el caso de la regulación contenida en nuestro Estatuto de los Trabajos, artículos 34 y siguientes.

Por último decir que el tiempo de trabajo en general y en particular, el trabajo nocturno y el trabajo por turnos pueden afectar a las posibilidades de conciliación de la vida personal y profesional<sup>102</sup> como veremos en el epígrafe siguiente.

## **7. EN PARTICULAR LOS PERÍODOS PARA ATENDER LAS RESPONSABILIDADES PERSONALES Y FAMILIARES Y SU CONCURRENCIA CON OTROS PERMISOS RECONOCIDOS A TRABAJADORES Y TRABAJADORAS**

Ordenar el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado a las cuestiones personales y familiares es el eje central de toda la regulación normativa tanto europea como nacional aprobadas en los últimos años sobre la conciliación y atención a las necesidades extraprofesionales de los trabajadores. Son varias las Directivas aprobadas al respecto:

- A) Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.
- B) Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al artículo 16.1 de la Directiva 89/391/CEE.
- C) Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.
- D) Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

---

bordo de buques de pesca marítima que, en virtud de la legislación o la práctica nacional, no estén autorizados a faenar durante un periodo específico del año civil superior a un mes, tomen sus vacaciones anuales con arreglo al artículo 7 dentro del periodo antes mencionado». Al igual que los trabajadores móviles y off-shore, cuando los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima no estén incluidos en el ámbito de aplicación de disposiciones más específicas.

<sup>102</sup> Es importante en esta punto consultar la obra de MOLINA NAVARRE, C., "La Luna Europea y sus dos caras: regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios". En AA.VV La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes. Op. cit. pág. 69.

- E) Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y se deroga la Directiva 96/34/CEE sobre la misma materia.

En cuanto a la normativa española sobre la materia, el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, regula la jornada de trabajo, y en particular el punto 8 establece que “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”.

En el momento de cierre de este trabajo, se encuentran en trámite de convalidación parlamentaria, dos Reales Decretos Ley. El primero, el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación<sup>103</sup>, interesa ser destacado en este trabajo porque dicha norma afecta a la redacción del artículo 34.8 ET en cuanto a las adaptaciones de jornada para las personas trabajadoras con responsabilidades familiares. Comenzando la modificación por los propios titulares de este derecho que serán las “personas trabajadoras” y no los trabajadores como se decía hasta este momento También se modifican algunos de los permisos previstos en el artículo 37 ET, y en especial, es de destacar la modificación del artículo 48 ET sobre suspensión de la relación laboral, en particular, por nacimiento de un hijo/a, que en el caso de las madres biológicas y adoptivas será de 16 semanas, ampliable en caso de parto o adopción múltiple, según la redacción actual, y que en el año 2021 sería igual para el otro progenitor o padre adoptivo, ampliándose así el llamado permiso de paternidad que en esa fecha sería de 16 semanas.

El segundo, el Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo<sup>104</sup>. Esta norma se ha aprobado, según su exposición de motivos, por la urgente necesidad de dar respuesta a la variedad de cuestiones que se tratan en su contenido, por ejemplo, fomento de empleo de personas mayores de 52 años, protección social para las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, prolongación a lo largo del año del contrato a los fijos discontinuos, etc. En particular sobre la jornada de trabajo, se prevé la obligación para el empleador de llevar “un registro de jornada”(artículo 34.9 ET) a los efectos de controlar el cumplimiento de las previsiones legales o convencionales vigentes, con el fin de combatir la precariedad laboral, y porque además los aspectos relacionados con el tiempo de trabajo también afectan directamente a los elementos salariales. Con la nueva regulación se facilita asimismo el trabajo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos de vigilancia, supervisión, control y su caso sanción<sup>105</sup>.

Si bien puede parecer claro el reconocimiento de derechos para la conciliación de la vida personal y profesional, lo cierto es que su aplicación práctica puede plantear algunos

<sup>103</sup> BOE de 7 de marzo de 2019.

<sup>104</sup> BOE de 12 de marzo de 2019.

<sup>105</sup> En el asunto 55/18, en el cual se plantea una decisión prejudicial por la Audiencia Nacional de España, previa reclamación de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank SAE, con intervención de la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT), la Confederación General del Trabajo (CGT), la Confederación Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA), la Confederación Intersindical Galega (CIG). El conflicto se produce por la demanda sindical de que la entidad financiera citada estableciera algún

problemas, por ejemplo, en la medida en que coincidan en el tiempo con los periodos de descanso que hemos analizado anteriormente, principalmente con las vacaciones. El permiso de maternidad pretende la protección de la mujer, en cuanto a su identidad biológica, bien durante el embarazo y posteriormente al parto, aunque también se protegen los casos de adopción y acogimiento. En el primer caso, y teniendo en cuenta la denominación otorgada a ese periodo en España, estaríamos ante una situación de riesgo durante el embarazo, y una vez producido el nacimiento, se comenzaría con el disfrute del permiso de maternidad estricto sensu, y en su caso con el permiso y prestación de riesgo para la lactancia. Se protege a la mujer y al feto, por tratarse de una protección especialmente importante que deriva del Derecho Fundamental a la vida. El permiso de paternidad es el tiempo otorgado al padre biológico o adoptante, o de acogimiento, para que atienda las necesidades básicas del menor y para que al igual que la madre pueda contribuir al vínculo con el recién nacido, lo que es reconocido precisamente en ese Real Decreto Ley antes referenciado que pretende la igualación de ambos permisos. Los permisos parentales son aquellos periodos de tiempo que se concede a los progenitores para que de forma añadida a los dos permisos anteriores puedan pasar tiempo con el menor. Por todo lo dicho, y de acuerdo con el Tribunal, la finalidad del permiso de maternidad y la de las vacaciones anuales retribuidas es diferente<sup>106</sup>. Esto supone que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla. El Tribunal ha insistido en que “un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho”<sup>107</sup>, y esto se aplica también a los periodos adicionales de vacaciones que hayan podido establecer los Estados miembros<sup>108</sup>, lo que podría implicar transferir las vacaciones anuales, o una parte de ellas, al año siguiente. La misma doctrina aplica el Tribunal a los permisos de paternidad y a los permisos parentales.

Por razones de espacio en el presente estudio, vamos a agrupar los pronunciamientos judiciales sobre la materia que estudiamos, ciñéndonos a la duración de los permisos y su compensación económica, no entrando por tanto a analizar aspectos que consideramos

---

tipo de control de la jornada de trabajo. Se solicitaba el establecimiento de tal sistema a efectos de permitir, por una parte, la comprobación del cumplimiento del horario de trabajo establecido y, por otra, la observancia de la obligación de comunicar a los representantes sindicales la información sobre las horas extraordinarias realizadas mensualmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 35. 5 ET. En particular, en las conclusiones del Abogado General de 31 de enero de 2019, se considera que “La empresa demandada utiliza una aplicación informática (Absences Calendar) que únicamente permite registrar las ausencias de día completo (vacaciones, permisos bajas por enfermedad, etc)”. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de las provincias de Madrid y Navarra requirió a la demandada que implantase un sistema de registro del horario de la jornada laboral y, ante la inobservancia de tales requerimientos, extendió acta de infracción con propuesta de sanción. La sanción fue dejada sin efecto a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017, en la cual se considera que el “registro” sólo se establece legalmente para las horas extraordinarias previstas en el artículo 35 ET. Se considera que el artículo 22 de la Directiva 2003/88 impone, al igual que el Derecho español, la obligación de llevar un registro de la jornada laboral especial y no de la ordinaria [...]; la llevanza de ese registro implicaría el tratamiento de los datos personales del trabajador, con el consiguiente riesgo de una injerencia injustificada de la empresa en su vida privada; la falta de llevanza de ese registro no se tipifica de forma evidente y terminante como una vulneración de las normas relativas a las infracciones y a las sanciones en el orden social; tal interpretación no vulnera el derecho de defensa del trabajador, dado que el Derecho procesal español permite que este acredite con otros medios de prueba la realización de horas extraordinarias.

<sup>106</sup> Sentencia en el asunto C-342/01, op. cit. apartado 32.

<sup>107</sup> Sentencia en el asunto C-342/01, op. cit. apartados 32 y 33; Sentencia en el asunto C-519/03, op. cit. apartado 33; Sentencia en los asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, op. cit. apartado 26; Sentencia en el asunto C-124/05, op. cit. apartado 24.

<sup>108</sup> Sentencia en el asunto C-342/01, op. cit. apartado 45.

importantes pero que extenderían este trabajo. Partiendo de esta idea es doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo que:

- A) Respecto al permiso parental, considera el Tribunal que el Acuerdo Marco sobre el mismo, contenido en la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, que deroga a la Directiva 96/34, constituye un compromiso de los agentes sociales de establecer, mediante disposiciones mínimas, medidas que permitan la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares así como promover la igualdad entre hombres y mujeres<sup>109</sup>. Además este Acuerdo resulta aplicable tanto en el sector privado como público<sup>110</sup>, y a todos los trabajadores que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro<sup>111</sup>. Es por todo esto, que dicha norma constituye una garantía para que los trabajadores y trabajadoras, después de un permiso parental, puedan volver a ocupar su puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente<sup>112</sup>. Por otra parte, el Tribunal considera que las remisiones que realiza el Acuerdo a la normativa de los Estados miembros, tanto leyes como convenios colectivos, deben entenderse “sin perjuicio de las disposiciones mínimas establecidas por el Acuerdo”<sup>113</sup>. Por ello, los Estados miembros pueden fijar las modalidades de disfrute del permiso parental, determinando además su duración, teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, así como las necesidades de funcionamiento de las organizaciones<sup>114</sup>. Pero en ningún caso, el trabajador que haya disfrutado de este tipo de permisos puede sufrir consecuencias negativas, por ejemplo, que su promoción profesional definitiva no se produzca o consolide porque el periodo de prácticas en el puesto superior exigido por la normativa nacional, coincida en el tiempo con el disfrute de un permiso parental, o que sea despedido al finalizar el disfrute del permiso parental<sup>115</sup>. Y ni mucho menos es conforme al ordenamiento jurídico europeo, el hecho de que en supuestos de despidos de trabajadores que disfrutaban de un permiso parental a tiempo parcial, la indemnización por dicho despido producido sin justa causa o sin razones imperiosas, sea calculada en base al salario que percibe dicho trabajador a tiempo parcial, debiendo tenerse en cuenta por tanto, el tiempo de trabajo realizado a jornada completa y con anterioridad al permiso parental<sup>116</sup>.
- B) Estamos ante un derecho social que influye en la igualdad entre hombres y mujeres, así como en la conciliación de la vida personal y profesional, y por tanto, reviste una especial importancia y no puede interpretarse de manera restrictiva<sup>117</sup>. Si analizáramos las estadísticas de disfrute de permisos parentales en cualquiera de los Estados miembros, resultaría que son las mujeres las que con mayor frecuencia solicitan este tipo de permisos y por tanto, las que están más expuestas a recibir tratos discriminatorios relacionados con el disfrute de dichos permisos.

<sup>109</sup> Sentencia en el asunto C-174/16, de 7 de septiembre de 2017, apartado 29.

<sup>110</sup> Sentencia en el asunto C-174/16, op. cit. apartado 34.

<sup>111</sup> Sentencia en el asunto C-588/12 de 27 de febrero de 2014, apartado 27.

<sup>112</sup> Sentencia en el asunto C-174/16, op. cit. apartado 36; Sentencia en el asunto C-588/12, op. cit. apartado 33.

<sup>113</sup> Sentencia en el asunto C-174/16, op. cit. apartado 38.

<sup>114</sup> Sentencia en el asunto C-174/16, op. cit. apartado 61.

<sup>115</sup> Sentencia en el asunto C-588/12, op. cit. , apartado 35.

<sup>116</sup> Sentencia en el asunto C-588/12, op. cit. apartado 38.

<sup>117</sup> Sentencia en el asunto C-588/12, op. cit. apartado 36. También existe bibliografía al respecto que considera que estamos ante un Derecho Social. Puede consultarse MORENO VIDA, M.N., Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas. En AA.VV PERÁN QUESADA “La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, op. cit.

Por eso el Tribunal ha considerado que para no colocar a los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental en una posición desfavorable a efectos de su reingreso, las evaluaciones de desempeño que pueden realizar los empleadores deben realizarse a todos los trabajadores que puedan verse afectados por una amortización de puestos de trabajo. Esta evaluación debe basarse en criterios estrictamente idénticos a los que se aplican a los trabajadores que no han disfrutado del mencionado permiso y han estado, por tanto, todo el periodo en activo pudiendo incrementar así sus méritos. De lo contrario podría vaciarse de contenido el derecho de igualdad de trato.<sup>118</sup>

- C) También en relación con el permiso parental, aclara el Tribunal que se trata de un permiso individual del trabajador, hombre o mujer, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo y con el fin de que pueda ocuparse del menor durante el tiempo previsto en el Acuerdo (mínimo 3 meses)<sup>119</sup>, y en la medida de lo posible debe concederse de manera no transferible<sup>120</sup>. Por eso no es conforme al Derecho europeo, una normativa<sup>121</sup> que prive de este derecho a un trabajador en el supuesto de que su esposa no ejerza una actividad laboral o profesional, no se puede privar de este derecho a causa de la situación laboral del cónyuge<sup>122</sup>.
- D) En caso de nacimiento múltiple, concretamente de gemelos y mellizos, el permiso parental no se duplica en el sentido de poder disfrutar de dos permisos parentales sucesivos en el tiempo. El Tribunal ha declarado que no se generan tantos permisos parentales como hijos nazcan, ya que los beneficiarios del permiso son los progenitores y no los recién nacidos, no generando cada uno el derecho a un permiso<sup>123</sup>, aunque debe indicarse que algunos Estados consideraron lo contrario<sup>124</sup> pues entendieron que los titulares del derecho eran los gemelos y mellizos y no los padres. Lo cierto es que en caso de nacimiento de gemelos, ambos deben ser atendidos simultáneamente, pues ambos atraviesan a la vez por las mismas fases de desarrollo<sup>125</sup>.
- E) En cuanto al permiso de maternidad, resulta interesante analizar una sentencia del Tribunal Europeo, la dictada en el asunto C-5/12, de 19 de septiembre de 2013, Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y el Sr. Marc Betriu Montull. En este supuesto se aclara la titularidad del permiso de maternidad y su posible transferencia al padre del menor nacido, adoptado o en situación de acogimiento. Todo ello, teniendo como telón de fondo la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el empleo y condiciones de trabajo. El contenido de la

<sup>118</sup> Sentencia en el asunto C-7/12, de 20 de junio de 2013, apartados 43, 46 y 54.

<sup>119</sup> Sentencia en el asunto C-222/14, de 16 de julio de 2015, apartado 31.

<sup>120</sup> Sentencia en el asunto C-222/14., op. cit, apartado 32.

<sup>121</sup> La normativa griega sobre este aspecto sólo prevé la concesión del permiso al hombre en el caso de que su esposa se vea incapacitada para hacer frente a las necesidades vinculadas al cuidado del menor, a causa de enfermedad grave o discapacidad, que deberán ser certificadas por la Comisión de Salud correspondiente. Sentencia en el asunto C-222/14, op. cit, apartado 15.

<sup>122</sup> Sentencia en el asunto C-222/14., op. cit, apartados 36 y 41.

<sup>123</sup> Sentencia en el asunto C-149/10, de 16 de septiembre de 2010, apartados 19, 34, 40, y 41.

<sup>124</sup> El Gobierno chipriota considera que el permiso parental está ligado a la capacidad del progenitor de dedicarse por entero al niño. En consecuencia, en caso de gemelos o mellizos, el hecho de tener que ocuparse de cada hijo justificaría la concesión de un permiso distinto para cada uno de ellos. Rebaten ese análisis los Gobiernos griego, checo, alemán, estonio y polaco, para los que no afecta a la finalidad del permiso parental el número de hijos de que el progenitor deba ocuparse durante ese periodo. Según ellos, en caso de hijos gemelos mellizos, el progenitor debe responder inmediata y simultáneamente a las necesidades de los dos. Dado que la diferencia entre su situación y la del progenitor de un sólo hijo sólo reside en la intensidad de las tareas que debe realizar, y no en su duración, no está justificado un doble permiso parental. Sentencia en el asunto C-149/10, op. cit. apartados 54 y 55.

<sup>125</sup> Sentencia en el asunto C-149/10, op. cit. apartado 58.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, recoge el derecho de las trabajadora de disfrutar de un permiso de maternidad de como mínimo 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto según la legislación de los Estados miembros. En el caso de España esta previsión se traduce en un permiso de maternidad de 16 semanas, ampliables en caso de parto múltiple, de las cuales las primeras 6 son de disfrute obligatorio para la madre y con las restantes ésta puede disfrutarlas ella misma o ceder todo o parte de esas 10 semanas al padre del recién nacido. Para compensar la pérdida de ingresos procedentes del trabajo, se concede una prestación económica equivalente al cien por cien de su salario ordinario, siempre que la mujer cumpla con una serie de requisitos entre los que destaca estar afiliada al Régimen General de la Seguridad Social. En este litigio el padre del menor es trabajador por cuenta ajena dado de alta en el mencionado régimen general. La madre por el contrario, es trabajadora autónoma afiliada a una Mutualidad y no al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Por esta razón, el padre solicita disfrutar del permiso y la prestación económica de maternidad que no va a disfrutar su pareja, lo cual es denegado, básicamente por dos razones. La primera, la previsión legal es que es la mujer/madre la que puede disfrutar del derecho al permiso previsto en el Estatuto de los Trabajadores (mínimo 16 semanas) y en consecuencia si cumple con los requisitos legales, de la correspondiente prestación económica, siendo condición indispensable tener derecho a dicho permiso. En la medida en que la madre no tiene derecho a ese permiso previsto en el artículo 48 E.T, no tiene derecho a la prestación económica correspondiente, y por tanto, no puede transferir al padre el resto del permiso de maternidad (10 semanas) y por extensión la prestación económica que conlleva<sup>126</sup>.

- F) Como situación que puede sobrevenir al parto, nos encontramos con la lactancia natural o no natural, también prevista en la Directiva 92/85, en el sentido de considerar que las trabajadoras que hayan dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno, siempre que exista un certificado médico que dé fe de la necesidad de cambiar a dicha trabajadora de esa forma trabajo, porque lo contrario supondría vulnerar el principio y derecho a la seguridad y salud de la trabajadora. Además este reconocimiento a favor de la trabajadora exige que se haya realizado una evaluación de su puesto de trabajo (vigilante de seguridad a turnos en los cuales la mayor parte del tiempo de trabajo se realiza en horario nocturno), para conocer los posibles riesgos que conlleva, su posible adaptación, en caso de no ser posible su cambio a otro puesto de trabajo

---

<sup>126</sup> Apartado 36 y siguientes de la Sentencia mencionada, “Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho al permiso de maternidad reconocido a favor de las trabajadoras embarazadas debe considerarse un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia. El legislador de la Unión entendió que las modificaciones sustanciales en las condiciones existenciales de las interesadas durante el periodo limitado de al menos catorce semanas que precede y sigue al parto constituyen un motivo legítimo para suspender el ejercicio de su actividad profesional, sin que ni las autoridades públicas ni los empresarios puedan cuestionar en modo alguno la legitimidad de dicho motivo (véase la sentencia de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, C116/06, Rec. p. I7643, apartado 49). En efecto, la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad, pero que, especialmente durante este permiso, no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer en situación de incapacidad temporal por enfermedad (sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros, C411/96, apartado 40). Este permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones (véanse, en particular, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, apartado 25, y Kiiski, antes citada, apartado 46)”.

o en su caso, la dispensa de trabajar. La inexistencia de esa concreta evaluación del riesgo debe considerarse un trato menos favorable a una mujer, vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de la Directiva del año 1992, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2. 2 letra c), de la Directiva 2006/54<sup>127</sup>. En cuanto a la carga de la prueba en los casos de posible discriminación, señala el Tribunal que incumbe a la trabajadora presentar, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, correspondiendo al empleador la carga de la prueba si se presentan dichos indicios, por ejemplo, serían indicios suficientes un escrito del empleador en el que reconoce que no había intentado adaptar las condiciones de trabajo que presentaba el puesto de trabajo de esa trabajadora, ni cambiarla de puesto porque consideraba que las funciones que ejercía y sus condiciones de trabajo no influían en la lactancia natural. En este caso concreto, el Tribunal ha declarado que la empresa no aporta motivación alguna sobre cómo llegó a esa conclusión sin hacer un examen específico del puesto de trabajo, correspondiéndole probar que dicha evaluación de los riesgos contenía efectivamente tal examen concreto y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación<sup>128</sup>.

- G) Otra de las cuestiones resueltas por el Tribunal Europeo, es la extensión de los efectos que provoca el disfrute de un permiso parental traducido en una reducción de la jornada y por tanto, reducción del salario. Existe remisión a los Estados miembros a los efectos de que regulen los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral durante el período de permiso parental, así como el régimen del contrato o de la situación laboral, incluso en lo que respecta a la medida en que, durante el permiso, el trabajador sigue adquiriendo derechos frente al empleador o en virtud de los regímenes profesionales de seguridad social<sup>129</sup>. Lo futuros derechos derivados de los regímenes legales de seguridad social durante el permiso parental tampoco se regula de manera explícita en el Acuerdo marco sobre el permiso parental, se remiten por tanto, a la normativa nacional para el examen y la determinación de todos los asuntos de seguridad social vinculados con dicho Acuerdo. El Acuerdo no impone a los Estados miembros la obligación de prever, durante el período de permiso parental, la continuidad en la percepción por el trabajador de prestaciones de seguridad social ni establece derechos en favor de los trabajadores, sin que pueda considerarse que esta amplia remisión a las legislaciones nacionales y el posible contenido diferenciador de las mismas pueda ser considerada como discriminación directa, ya que se aplicará tanto a trabajadores como trabajadoras. En cuanto a una posible discriminación indirecta, por el hecho de que más mujeres solicitan permisos parentales, reducciones de jornada, etc, y por tanto, la aplicación de una medida nacional sobre la materia, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, declara el Tribunal, que es también jurisprudencia reiterada que la discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes, y un trabajo a tiempo parcial no es comparable a la de un

<sup>127</sup> Sentencia en el asunto C-41/17, de 19 de septiembre de 2018, apartados 63.

<sup>128</sup> Sentencia en el asunto C-41/17, op. cit, apartados 74 y siguientes. Sentencia en el asunto C- 531/15, de 19 de octubre de 2017, apartados 39 y siguientes.

<sup>129</sup> Sentencia en el asunto C-537/07, de 16 de junio de 2009, apartado 40.



hombre o una mujer que trabaje a tiempo completo, por lo que no existe tampoco discriminación indirecta<sup>130</sup>.

- H) Como ya hemos indicado más arriba, el Tribunal Europeo ha insistido en que “un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho”, por eso si durante el disfrute de un permiso parental no retribuido, la mujer quedará de nuevo embarazada y generará el derecho a un permiso de maternidad con su correspondiente compensación económica debería poder disfrutar del mismo, en caso contrario, quedaría vacío de contenido este último derecho si consideramos necesario que la mujer vuelva a incorporarse al trabajo después de terminar el permiso parental para que pueda generarse de nuevo, desde una situación profesional activa y remunerada, el derecho a un permiso de maternidad y su correspondiente compensación económica<sup>131</sup>.
- I) Una de las mayores garantías previstas en la normativa europea sobre maternidad, paternidad, permisos parentales, excedencias por cuidado de hijos, etc, es la relativa a los supuestos de despidos de los trabajadores que se encuentran disfrutando de los mismos, o en el caso de la trabajadora, embarazada. Esta garantía se traduce en la inversión de la carga de la prueba teniendo el empleador que justificar de forma clara, precisa, y objetiva, sin lugar a dudas, en definitiva, que el despido no se ha producido por causas relacionadas con las situaciones anteriores, existiendo una presunción iuris tantum al respecto. Procede recordar que, a tenor del artículo 10.1 de la Directiva 92/85, “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...] salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo”. Del tenor literal de esta disposición resulta claramente que la Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de las causas de despido que, por vía de excepción, se admitirán respecto a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y tanto si la relación laboral es indefinida como de duración determinada. En consonancia con ello, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2.1 y 2.3 de la Directiva 76/207<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Sentencia en el asunto C-537/07, op. cit. apartados 50, 51 y 53.

<sup>131</sup> Sentencia en el asunto C-512/11 y C-513/11, de 13 de febrero de 2014, apartados 22, 24, 37, 40 y 44. Además puede consultarse la Sentencia C-12/17, de 4 de octubre de 2018. En este caso se juzga la consideración o no del permiso parental disfrutado por la demandante como período de trabajo efectivo, a efectos de calcular las vacaciones de la interesada. El Tribunal considera que “El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas que dicho artículo garantiza a un trabajador respecto de un período de referencia, no considera período de trabajo efectivo la duración de un permiso parental disfrutado por ese trabajador durante el citado”.

<sup>132</sup> Sentencia en el asunto C-438/99, de 4 de octubre de 2001, apartados 33 a 37 y 46. Como sentencia dictada en los años 90 y de contenido llamativo a efectos de nuestro estudio, podemos destacar la Sentencia del asunto C-400/95, de 29 de mayo de 1997, “La Sra. Larsson, que había sido contratada como empleada por Føtex en marzo de 1990, comunicó en agosto de 1991 a su empresario que se hallaba encinta. A lo largo del embarazo estuvo en situación de baja médica en dos ocasiones. La primera baja duró del 7 al 24 de agosto de 1991. La segunda, consecuencia de un

- J) Por último, en cuanto a la posible aplicación directa de la Directiva 92/85 que protege la maternidad de la trabajadora, el Tribunal ha declarado que esta norma comunitaria impone a los Estados miembros, fundamentalmente en su condición de empleadores, obligaciones concretas para cuyo cumplimiento no cuentan con margen de apreciación alguno, por lo que si no se ha producido la oportuna transposición, los particulares podrán invocar la norma en cuestión ante un órgano jurisdiccional nacional y contra las autoridades de dicho Estado.

A modo de conclusión de este trabajo, y dada la limitaciones de espacios del mismo, sólo decir que como hemos podido comprobar por el desarrollo de este trabajo, existen tres objetivos fundamentales perseguidos por la regulación europea, confirmados por abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, y que ha tenido reflejo en los ordenamientos nacionales, en sus normas y en su jurisprudencia. Estos objetivos son

prolapso pelviano provocado por el embarazo, duró del 4 de noviembre de 1991 al 15 de marzo de 1992, fecha en la que dio comienzo su período de descanso por maternidad. La Sra. Larsson dio a luz el 2 de abril de 1992. A continuación disfrutó de un permiso por maternidad de veinticuatro semanas, al que tenía derecho con arreglo a la legislación danesa aplicable. El permiso por maternidad finalizó el 18 de septiembre de 1992, fecha en la que comenzaron sus vacaciones anuales hasta el 16 de octubre de 1992. A continuación, al seguir en tratamiento por el prolapso pelviano, continuó en situación de baja médica. No fue dada de alta hasta el 4 de enero de 1993. El 10 de noviembre de 1992, cuando había transcurrido menos de un mes desde el final de sus vacaciones anuales, Føtex le dirigió una carta en la que le comunicaba que quedaba despedida, con efectos a final de diciembre de 1992, aduciendo el siguiente motivo: por los largos periodos de ausencia del trabajo, unido a la circunstancia de que es poco probable que, en el futuro, vuelva a estar en condiciones —por motivos de salud— de desempeñar dicho trabajo de manera satisfactoria [...]». La Sra. Larsson alega que el despido producido durante su baja médica es contrario a la Directiva, ya que la enfermedad surgió durante el embarazo se había prolongado una vez finalizado el permiso por maternidad. El Tribunal de Justicia estimó [...] que, al tratarse de una enfermedad que aparece tras el permiso por maternidad, no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra enfermedad, sino que tal estado patológico depende del régimen general aplicable en caso de enfermedad. [...] continuó el Tribunal diciendo que tanto los trabajadores masculinos como los femeninos están expuestos a la enfermedad. A pesar de que es cierto que determinados trastornos son propios de uno u otro sexo, la única cuestión es, pues, si una mujer es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre; si esto es así, no existe discriminación directa basada en el sexo. Procede, pues, responder que el ordenamiento europeo no se opone a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, aunque dicha enfermedad haya aparecido durante el embarazo y se haya prolongado durante y después de transcurrido el período de descanso por maternidad". También sobre el despido de una trabajadora embarazada podemos destacar la Sentencia del asunto C-421/92, de 5 de mayo de 1994. La Sra. Habermann-Beltermann, que es auxiliar de clínica diplomada en geriatría, se presentó como candidata a un puesto de cuidadora nocturna en una residencia de ancianos. Por razones familiares, sólo podía trabajar de noche. El 23 de marzo de 1992, la Sra. Habermann-Beltermann y el Arbeiterwohlfahrt firmaron un contrato de trabajo, con efectos de 1 de abril de 1992. Dicho contrato especificaba que la interesada quedaría destinada exclusivamente al servicio nocturno. Desde el 29 de abril hasta el 12 de junio de 1992, no trabajó por causa de enfermedad. Un certificado médico, de fecha 29 de mayo, indicó que estaba embarazada. De acuerdo con el certificado, el embarazo había comenzado el 11 de marzo de 1992. Mediante escrito de 4 de junio de 1992, el Arbeiterwohlfahrt invocó el apartado 1 del artículo 8 de la Mutterschutzgesetz (Ley de protección de la maternidad) para extinguir el contrato de trabajo, pues las mujeres embarazadas no podían trabajar de noche, y además, alega el empresario, se había producido un error sobre las cualidades esenciales de la otra parte contratante en el momento de celebrarse el contrato. El contrato se celebró ignorando ambas partes la existencia de dicho embarazo. Es evidente que la ruptura de un contrato de trabajo debido al embarazo de la trabajadora por cuenta ajena, bien sea a través de una declaración de nulidad o a través de una impugnación, sólo afecta a las mujeres y, por consiguiente, constituye una discriminación directa basada en el sexo, tal como declaró el Tribunal de Justicia respecto a la negativa a contratar a una mujer embarazada o respecto a su despido (véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88, Rec. p. 1-3941, y Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, C-179/88, p. 1-3979). No obstante, es importante señalar que, a diferencia del asunto Dekker, antes mencionado, al que hace referencia el Juez remitente, en un caso como el de autos la desigualdad de trato no se basa directamente en el embarazo de la trabajadora, sino que es consecuencia de la prohibición legal del trabajo nocturno que acompaña a dicho estado. En consecuencia, la ruptura de un contrato de duración indeterminada debido al embarazo de la trabajadora, ya sea como consecuencia de la nulidad o de una impugnación, no puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente que la Directiva 76/207, se opone a que un contrato de trabajo, de duración indeterminada, relativo a un trabajo que debe ser efectuado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorando ambos dicho embarazo, sea, por una parte, declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno que se aplica, conforme al Derecho nacional, durante el embarazo y la lactancia materna y, por otra, impugnado por el empresario debido a un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato.

la protección o tutela de la salud laboral de los trabajadores; la necesidad de conciliar la vida profesional y personal, y la necesaria flexibilidad que demanda el mercado de trabajo<sup>133</sup>, acentuado este objetivo en los últimos tiempos por la crisis económica de la que no terminamos de salir.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M.A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”. Revista de Derecho Social nº 62, 2013.

BARREDA, I., La Comunicación interpretativa UE sobre ordenación del tiempo de trabajo (II) Actualidad del derecho sanitario, Nº. 249, 2017.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ O. Ordenación del tiempo de trabajo. Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea : un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia / GARCÍA MURCIA J. 2017.

FERRADANS CARADAMES, C., “La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a la crisis de empleo”. Temas Laborales nº 107, 2010.

FERRANDANS CARAMÉS C., La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: un apunte específico sobre el Servicio Andaluz de Salud. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, Nº 97, 2008.

FERRADANS LEE SANGHEON, DEIRDRE MCCANN JON CMESSENGER J. “Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa” Informes OIT: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo”. Comares, Granada, 2009.

GORELLI HERNÁNDEZ J. “El tiempo flexible. La Jornada Irregular”. Editorial Tecnos 2018.

IGARTUA MIRÓ, M. T., Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario. Tirant lo Blanch, 2018.

LÓPEZ BALAGUER , M., “La ordenación del tiempo de trabajo”, en AA.VV. El modelo Social de la Constitución española de 1978. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

MOLINA NAVARRE, C., “La Luna Europea y sus dos caras: regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios”. en AA.VV. PERÁN QUESADA S (DIR). La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes. Comares, Granada 2014.

MORENO VIDA, M.N., Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas. en AA.VV. PERÁN QUESADA S (DIR). La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes. Comares, Granada 2014.

PERÁN QUESADA, S. “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española” en AA.VV. PERÁN QUESADA S (DIR). La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes. Comares, Granada 2014.

<sup>133</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”. Revista de Derecho Social nº 62, 2013. Pág. 85.

PÉREZ GÓMEZ, J. M<sup>a</sup>. La ordenación del tiempo de trabajo y descanso. El contrato de trabajo de los MIR y otros residentes sanitarios / coord. por ARETA MARTÍNEZ M. SEMPERE NAVARRO A; 2010.

RABANAL CASTRO P., La Directiva 93/104/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo. Actualidad laboral, Nº 2, 2000.

RASO DELGUE J., “Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI”. en AA.VV. PERÁN QUESADA S (DIR). La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes. Comares, Granada 2014.

RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO B., La ordenación del tiempo de trabajo: el caso del SIMAP. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Nº. 102, 2013.

RODRIGUEZ-PIÑERO M., VALDÉS DAL-RE F., Y MONEREO PÉREZ J.L., Y CASAS BAAMONDE E. “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (DL 16/2013, 20 de diciembre)”. Relaciones Laborales nº 2, 2014.

SAÉNZ LARA C. Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo. Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 130, 2015.

SÁNCHEZ TRIGUEROS C., La ordenación del tiempo de trabajo en el sector marítimo-pesquero: mar, trabajo y seguridad social. Ponencias presentadas en el curso de la Universidad Internacional del Mar celebrado en San Pedro del Pinatar, del 15 al 19 de septiembre de 2004.

TRILLO PÁRRAGA, F. “Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones”. Bomarzo, Albacete, 2016.



# **EL IMPACTO DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DE DESPIDO COLECTIVO**

ROSA M<sup>a</sup> GONZÁLEZ DE PATTO

*Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la S. Social  
Universidad de Granada*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL SISTEMA DE CONTROL MULTINIVEL DE LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES EN LA UNIÓN EUROPEA
3. LA IMPRONTA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y SU RECEPCIÓN INTERNA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DE DESPIDO
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el sistema de fuentes del Derecho europeo, basado en la superposición de dos órdenes normativos, el supranacional y los ordenamientos nacionales, implica una gran complejidad. Normalmente, la relación entre ellos discurre en términos de colaboración pero en caso de discrepancia entre las dos voluntades reguladoras, la europea y la nacional, la articulación del conflicto entre los sistemas jurídicos se basa en el principio de primacía del derecho europeo y sus corolarios: principio de vinculabilidad del efecto útil de la norma europea y el principio de interpretación conforme. La operatividad de los mismos, a la luz de las pautas marcadas por la jurisprudencia del TJUE –y ahora ya nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), art. 4 bis–, otorga un gran protagonismo al propio Tribunal de Luxemburgo así como a los jueces y tribunales ordinarios internos en el control de adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales al ordenamiento de la Unión a través de la técnica del reenvío prejudicial, una herramienta que viabiliza un diálogo colaborativo al tiempo que conflictivo entre los órdenes jurisdiccionales implicados. Ese diálogo no es nuevo, pero ha madurado y se ha hecho notar con mayor frecuencia e intensidad en estos últimos años en el ámbito del Derecho social del Trabajo y, en particular, respecto a algunas instituciones nucleares de nuestro sistema jurídico laboral cual es, por lo que ahora interesa, el despido colectivo, incitado por la inquietud de algunos de nuestros jueces y tribunales de suplicación en relación con los desajustes existentes entre la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y nuestro art. 51 ET.

El objeto de este ponencia es realizar un análisis jurídico-crítico de la importante y masiva jurisprudencia comunitaria forjada últimamente a este respecto por el TJUE, así como de la recepción que de ella han efectuado nuestras doctrinas judicial y jurisprudencial, dado que la conjunción de ambas vienen sometiendo al régimen jurídico del despido colectivo, clave en la disciplina de las reestructuraciones empresariales, a una permanente revisión sembrada de luces pero también de sombras, que está revelando (y poniendo a prueba) la ductilidad tanto del modelo europeo cuanto del español de la institución extintiva.

La metodología utilizada a tal efecto parte del análisis general del fortalecido sistema de control multinivel para la efectividad de los derechos laborales reconocidos en el Derecho europeo, por tratarse del marco en el que se inserta la reconstrucción judicial de la figura, para seguidamente cambiar el eje de rotación de la investigación y abordar, de forma concreta y sistemática, las mutaciones que están experimentado por esta vía los elementos de configuración jurídica de nuestro despido colectivo y su ámbito de aplicación.

## 2. EL SISTEMA DE CONTROL MULTINIVEL DE LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES EN LA UNIÓN EUROPEA

A modo de premisa del análisis crítico de la proyección de la más reciente jurisprudencia comunitaria en el régimen jurídico español de despido colectivo, resulta conveniente plantear algunas reflexiones sobre lo que se ha dado en denominar “modelo de control judicial multinivel” (VALDÉS DAL-RÉ 1998, 2016; MONEREO PÉREZ,

1992, 2012; MOLINA NAVARRETE, 2017) de los derechos socio-laborales, construido sobre la base de la interacción del Derecho europeo y los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros y de los diversos órdenes jurisdiccionales, europeo y nacionales, responsables de su aplicación.

Como se ha dicho *ut supra*, al servicio de la relación dinámica entre los ordenamientos jurídicos que conforman el sistema de fuentes de la UE y de la efectividad de uno de sus basilares principios, la integración a través del Derecho, se han configurado dos herramientas de diverso signo. Por un lado, la instauración por vía de la jurisprudencia comunitaria de los principios generales de aplicación del ordenamiento europeo: el principio de primacía sobre los ordenamientos nacionales, la vinculabilidad del efecto útil de sus normas y el principio de interpretación conforme, cuando estas no sean directamente aplicables, lo que implica la necesaria adaptación, cuando no el desplazamiento, de las normas internas en favor de las europeas preeminentes. Por otro lado, la atribución de la función de interpretar, aplicar y velar por la adecuada acomodación al Derecho europeo de los derechos de los Estados Miembros (EEMM) a instancias jurisdiccionales de diverso nivel: el Tribunal Justicia de Luxemburgo (TJUE) y también a los propios jueces nacionales, tanto los de nivel superior cuanto los “inferiores”, cuya condición, en este sentido, de jueces comunitarios es incuestionable, propiciando así un fructífero diálogo, no exento de problemas, entre todos los niveles jurisdiccionales implicados y entre estos y los legisladores europeo y nacionales, en el que tempranamente reparó nuestra mejor doctrina (VALDÉS DAL-RÉ)<sup>1</sup>.

Se configura así un mecanismo, para el que el nuestra doctrina ha acuñado la denominación de sistema de control judicial multinivel de los derechos y principios del Derecho europeo <sup>2</sup>, institucionalizado, primero, por la jurisprudencia del TJUE, y después normativizado en nuestro sistema jurídico por el nuevo art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que articulado a través de la cuestión prejudicial, ha estado presente siempre en el ámbito del Derecho social, si bien se ha revitalizado exponencialmente en los últimos años tanto en frecuencia cuanto en intensidad debido, en parte, al activismo de algunos de nuestros jueces y tribunales sociales. En efecto, fruto de ese diálogo, el TJUE ha forjado una jurisprudencia, no siempre clara, que, aplicada o recepcionada a nivel nacional, primero por nuestros jueces y tribunales del orden social, y, finalmente, no sin resistencia, por la Sala IV del Tribunal Supremo (TS), ha abocado a lo que podemos considerar sin reservas, una nueva configuración jurídica del despido colectivo, de momento de construcción meramente jurisprudencial a la espera de su necesaria normativización por el legislador <sup>3</sup>.

No se puede desconocer ni cuestionar la contribución de este modelo a la integración europea a través del derecho social, con el consiguiente protagonismo de los tribunales ordinarios nacionales, principalmente los de niveles inferiores (mucho más activos que los superiores), en la labor de aplicación uniforme del régimen previsto en las normas europeas para las instituciones jurídico-laborales básicas. Por otra parte, no desmerece esa positiva aportación el hecho de que haya servido, como ya señalara décadas atrás

<sup>1</sup> VALDES DAL-RÉ, F.: “Los tribunales laborales en España y el Derecho social comunitario: un diálogo emergente”, *Actualidad Laboral*, t. 3, 1998).

<sup>2</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de última palabra?. Experiencias de tutela del contratante débil”, *Diario La Ley*, nº 9008, 2017.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 401-402, 2016. LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, nº 34, 2017.



la doctrina<sup>4</sup>, y continúe sirviendo a día de hoy, a una estrategia de disidencia de los niveles jurisdiccionales “inferiores” frente a los criterios (no compartidos) de los órganos superiores, ya ordinarios, ya constitucionales. Se trata, en efecto, de una estrategia no desconocida en nuestra cultura jurídica y, por lo demás, perfectamente legítima por lo que pueda contribuir a la búsqueda de las soluciones interpretativas más tuitivas de los trabajadores, máxime cuando, de un lado, se enmarca en el desempeño de la obligada función judicial de garantizar la aplicación uniforme del ordenamiento europeo y su correcta transposición por los Estados (art. 4 bis LOPJ), y, de otro lado, estando en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que, como ha recordado recientemente nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a un proceso con todas las garantías supone que los jueces y tribunales resuelvan los litigios conforme al sistema de fuentes informado por el principio de primacía del derecho europeo (STCo 232/2015, de 5 noviembre).

Este panorama de disidencia, o si se quiere de “rebeldía”, se ha visibilizado últimamente con mayor intensidad en nuestro país respecto a los derechos de los trabajadores temporales (sentencia TJUE, De Diego Porras) y el despido colectivo (sentencias TJUE Rabal Cañas, Pujante Rivera, Ciupa, Socha y Porras Guisado), pero, como se ha apuntado supra, no es desconocido en nuestra cultura jurídica. Baste recordar sus precedentes respecto a la garantía de los créditos salariales de los altos cargos (doctrina Wagner Miret<sup>5</sup>) o la del cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes (caso Lafuente Nieto)<sup>6</sup>, resueltas por el Tribunal de Luxemburgo previa formulación de sendas cuestiones prejudiciales con el fin de resolver discrepancias interpretativas entre órganos judiciales españoles de diverso nivel.

Pues bien, sin perjuicio de su meritoria aportación a la integración social europea a través del Derecho, este emergente modelo de justicia multinivel no está, ya lo hemos afirmado, exento de problemas y puntos críticos.

Así, por un lado, no pueden ignorarse los indeseables márgenes de incertidumbre e inseguridad jurídicas que está sembrando debido no solo a la falta de claridad de la que adolecen en ocasiones los propios pronunciamientos de la Corte comunitaria, y en otros casos, las resoluciones judiciales de los jueces o tribunales nacionales recaídas en los procesos principales origen del reenvío judicial, sino también en la irregular y contradictoria recepción que los tribunales internos están haciendo de la jurisprudencia comunitaria, tanto en los niveles inferiores como por parte de la propia Sala Social del TS, como veremos ha ocurrido con la doctrina Rabal Cañas y, más recientemente, con la doctrina Porras Guisado, ambas relativas al despido colectivo.

Por otro lado, en la doctrina despierta inquietud el fuerte poder de control de legitimidad de las leyes nacionales que este sistema viene otorgando a los tribunales nacionales (incluidos los “inferiores”), a propósito de la aplicación de las Directivas comunitarias en particular. Esta suerte de “empoderamiento” de jueces y tribunales está implicando en la práctica un desplazamiento tanto del legislador nacional (primigenio “creador del Derecho”) como del Tribunal Constitucional en cuanto garante último de la validez y eficacia de las leyes nacionales<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El papel del juez laboral como juez comunitario: colaboración externa y disidencia interna”, *Relaciones Laborales*, nº 3, febrero 1998.

<sup>5</sup> STJCE 16/12/1993, asunto C- 334-92 Wagner Miret-FOGASA) STJCE 19/11/1991, asuntos acumulados C-6-90 y C- 9-90)

<sup>6</sup> STJCE 19/09/1996, asunto C-251-94, Lafuente Nieto-INSS y Tesorería General S.Social.

<sup>7</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los tribunales laborales en España y el Derecho social comunitario: un diálogo emergente”, *Actualidad Laboral*, cit. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de última palabra?. Experiencias de tutela del contratante débil”, *Diario La Ley*, nº 9008, 2016.

En efecto, en los supuestos en que la Directiva europea de referencia carezca de eficacia horizontal directa al tratarse de un conflicto entre particulares, la jurisprudencia europea impone a los jueces nacionales ordinarios, de conformidad con el principio de jerarquía del Derecho de la Unión, no ya la obligación de estar en primer término a una interpretación correctora de las normas nacionales en lo que se opongan a la norma europea, sino que yendo mucho más allá, les insta a que, cuando ésta no resulte posible por sobrepasarse los límites de la interpretación conforme, procedan directa y unilateralmente a aplicar íntegramente el Derecho de la Unión y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como a abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno<sup>8</sup>, apostando así por un sistema de control “desconcentrado”, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea (STJUE 4 de septiembre 2017, c-174/16, H-Land Berlín, que ratifica y profundiza en doctrina anterior: SSTJCE de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal, 106/77) y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09; STJUE 22-6-10, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10; y STJUE de 5-10-10 asunto Elchinov, C-173/09. STJCE 17-12-70 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft, 11/70; y de 16-12-08 asunto Michaniki C-213/07). Así las cosas, el juez nacional queda investido, en el caso de no ser posible la interpretación conforme de la norma interna, de una potestad para una interpretación abrogatoria ad casum de la norma nacional contraria a la europea equiparable a la propia del Tribunal Constitucional al ejercer su función de control de constitucionalidad de las leyes .

Pero no olvidemos que la responsabilidad de este “empoderamiento” fuerte de los jueces ordinarios nacionales no es imputable solo al Tribunal Europeo sino a nuestro propio Tribunal Constitucional, que ha avalado expresamente este modelo. Así, para el TC, reproduciendo fielmente la doctrina del TJUE, el principio de primacía *“obliga al Juez nacional o a la Administración pública, en su caso, a aplicar la norma prevalente (la europea) y a dejar sin efecto a la norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno.....”*, de lo que concluye el TC que *“los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión, obligación que es inherente al principio de primacía con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea, facultad de inaplicación que obligaba también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores”* (STCo 145/2012 de 2 de julio). Es más, el propio TC se instituye en garante del modelo sin parecer preocuparle compartir la función de control de validez de las leyes nacionales con los tribunales ordinarios: *“Corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues el desconocimiento y preterición de la norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva* (STCo STC 232/2015, de 5 de noviembre).

---

<sup>8</sup> Vid. recientemente la STJUE 4 de septiembre 2017, c-174/16, H-Land Berlín, que ratifica y profundiza en doctrina anterior: SSTJCE de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal, 106/77) y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09; STJUE 22-6-10, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10; y STJUE de 5-10-10 asunto Elchinov, C-173/09.

Por otra parte, en el caso de ser posible, el juez nacional deberá abordar la interpretación conforme de la norma interna buscando la plena efectividad de la finalidad inherente a la norma europea para garantizar la tutela de los derechos reconocidos en la misma. Este enfoque puede conducir a los jueces nacionales a excederse en dicha labor y apostar por interpretaciones conforme forzadas hasta límites rayanos bien en la interpretación contra legem o en la reconstrucción (más que integración) judicial del Derecho, lo que nos situaría en un escenario que engendra un doble riesgo. Por un lado, la legitimación de una “sobreinterpretación” recreadora de la norma interna que, además de generar inseguridad jurídica, pudiera resultar contraria al imperio de la ley (DESDENTADO BONETE, 2017)<sup>9</sup>. Si el nuevo modelo discurre hacia una “reconstrucción” del Derecho interno hasta hacerle decir lo que no dice, permitiendo a los jueces otorgar a los particulares derechos subjetivos no contemplados en la norma interna cuando pretendidamente lo estén en la europea, se daría carta de naturaleza a un sistema de “creación judicial del Derecho y de derechos” en el que el intérprete asume la función propia del legislador.

Pero existe un segundo riesgo. El empeño en una interpretación conforme excesivamente forzada con el fin de aplicar los derechos que, según la jurisprudencia comunitaria, reconoce la norma europea opuesta a la interna, podría llegar a implicar una afectación de la tutela judicial efectiva al privarse al demandante en el proceso principal de la posibilidad de ejercer la acción contra el Estado para la reparación del daño causado por la defectuosa transposición de la Directiva, ya que, como se sabe, la responsabilidad del Estado en tal caso es, según la doctrina Francovich<sup>10</sup>, de carácter subsidiario respecto de la interpretación conforme, de modo que solo opera cuando los tribunales nacionales no hubiesen podido efectuar una interpretación del derecho interno a la luz de la finalidad perseguida por la Directiva<sup>11</sup>.

Queda por ver ahora si es esta la deriva por la que ha discurrido la doctrina de suplicación y la jurisprudencia de nuestro TS al reinterpretar el art. 51 ET, de conformidad con la última jurisprudencia comunitaria sobre la materia.

### **3 LA IMPRONTA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y SU RECEPCIÓN INTERNA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DE DESPIDO**

Un buen ejemplo de las luces y sombras, señaladas anteriormente, de este diálogo entre la jurisprudencia comunitaria, la doctrina judicial de los órganos jurisdiccionales españoles, y la propia jurisprudencia del TS/IV, enmarcado en el nuevo sistema de protección multinivel de los derechos laborales<sup>12</sup> se ha concentrado últimamente en la figura del despido colectivo a instancia principalmente de jueces y tribunales españoles promotores de cuestiones prejudiciales fundadas en los desajustes detectados entre su configuración en el ordenamiento europeo (Directiva 98/59, de 20 de julio de 1998,

<sup>9</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis”, Revista de Jurisprudencia, 15 febrero 2017.

<sup>10</sup> STJCE 19/11/1991, asuntos acumulados C-6-90 y C- 9-90, Francovich et altri-República Italiana).

<sup>11</sup> En este sentido, a propósito de la recepción de la doctrina comunitaria sobre la unidad referencial de cómputo en despidos colectivos contenida en la sentencia de 30 de abril de 2015 , C- 80/14, Usdaw y Wilson, y las posteriores, sentencias de 13 de mayo de 2015, casos Lyttle y Rabal Cañas, por parte de nuestro TS (s. 17/10/2016, rec. 36/16) en el caso Zardoya Otis, vid. DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis”, cit.

<sup>12</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ. F.: *El Constitucionalismo europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales laborales: luces y sombras*. Bomarzo. Albacete. 2016.

relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos) y su configuración en nuestro ordenamiento laboral ex art. 51 ET.

Repasemos primero estos desajustes entre las dos voluntades reguladoras, para después abordar la respuesta interpretativa dada a los mismos por el TJUE.

### 3.1 Un repaso de los desajustes entre la Configuración Europea y Española del despido colectivo y la respuesta del TJUE

El art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos configura jurídicamente la institución extintiva conceptuándolo como “*los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:*

- A) *para un período de 30 días: –al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores; al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores; al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;*
- B) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados.

A ello se añade (art. 1.1.b) que “*a efectos del cálculo del número de despidos [...], se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5*”.

El redactado del precepto de la Directiva pone de manifiesto varias y relevantes divergencias entre el modelo comunitario de despido colectivo y nuestro modelo estatutario<sup>13</sup>, concernientes a la motivación, los umbrales de trabajadores afectados, el ámbito de cómputo de los mismos, las extinciones computables y el periodo temporal.

Respecto a la motivación, el legislador comunitario se limita a vincularla genéricamente a causas “no inherentes a la persona del trabajador”, mientras que el modelo español ex art. 51 exige la concurrencia de específicas causas económicas, técnicas, organizativas y productivas inherentes a la empresa, optando así por una ampliación de la protección dispensada a los trabajadores al amparo del art. 5 de la Directiva.

En cuanto al elemento cuantitativo numérico los desajustes son diversos. Por un lado, la norma comunitaria establece como unidad referencial de cómputo de los trabajadores afectados el “centro de trabajo”, cuando el art. 51 ET lo referencia a la “empresa”, y, por otro lado, incluye en las extinciones computables a efectos de la protección frente al despido (extinciones asimiladas) los restantes ceses que se realicen en el mismo periodo temporal a iniciativa del empleador, siempre que respondan a motivos no inherentes al trabajador (extinciones “asimiladas” o “asimilables”). Éstas también se contemplan en nuestro precepto estatutario, si bien con una notable diferencia: mientras que la Directiva

<sup>13</sup> Sobre la trasposición al Derecho español de la Directiva 98/59/CE, vid. MARTÍNEZ MORENO, C.: “Cap. V. Vicisitudes y crisis empresariales”, en *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, (GARCÍA MURCIA, J. (dir.), MTAS, Madrid, 2005.

supedita el cómputo de las mismas a que “los despidos sean al menos 5”, la norma interna (art. 51.1. penúltimo parrf. ET) traslada ese umbral mínimo a las propias extinciones asimilables<sup>14</sup>. Por lo demás, la Directiva, como se ha visto, referencia el cómputo de los trabajadores afectados a la plantilla “habitual” del centro de trabajo, en tanto que la norma interna se refiere, sin matices, a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

Durante mucho tiempo hubo consenso en las doctrinas científica<sup>15</sup> y judicial en la justificación de las diferencias entre el marco jurídico europeo y el español apelando a la mayor favorabilidad para los trabajadores de la regulación nacional, que reforzaba así el efecto útil de la norma europea al amparo del art. 5 de la Directiva 98/59. Esta versión fue avalada finalmente por la jurisprudencia unificadora del TS en el caso *Canariensis* (STS de 18 de marzo de 2009, rec. 1878/09), doctrina reiterada por las posteriores sentencias de 8-7-2012 (rec. 2341/11) y 12-02-2014 (rec. 64/13), en el que la Sala razonó que la regulación del art. 51 resulta con carácter general y en su conjunto, y no solo en lo concerniente a la unidad referencial de cómputo de los despidos, más favorable al considerar también los aspectos causales del despido.

Sin embargo, la resolución de un litigio en el que la aplicación del criterio de cómputo referido a la empresa en su conjunto descartaba la existencia de despido colectivo y, en consecuencia de la protección prevista legalmente en tal caso, situación que revertiría de tomar en cuenta el centro de trabajo al que estaban adscritos los trabajadores afectados, como contempla la Directiva, animó a un juez español a formular cuestión prejudicial con el objeto de que el TJUE se pronunciara sobre la adecuación del derecho español al art. 1.1 de la Directiva, que dio lugar a la sentencia TJUE 13 mayo 2015 (C-392/13), *Rabal Cañas*, primera de una serie de pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo que han puesto en jaque a la institución extintiva.

### **3.2. La última jurisprudencia comunitaria sobre despido colectivo y su proyección en la nueva Configuración Judicial del art. 51 Et. Un análisis de los elementos revisados**

A partir de la sentencia *Rabal Cañas*, son de sobra conocidas las importantes repercusiones que la jurisprudencia comunitaria interpretativa de la Directiva 98/59 y su desigual y problemática recepción por nuestros tribunales –inferiores y superiores– han tenido sobre los diversos aspectos sustantivos del despido colectivo, sometiendo a una permanente revisión el modelo estatutario ex art. 51 ET, que no resulta precisamente baladí tratándose de una figura extintiva muy utilizada por las empresas en sus procesos de reestructuración.

<sup>14</sup> “Para el cómputo del número de extinciones de contratos [...], se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco”.

<sup>15</sup> vid., entre otros, PRADOS DE REYES, F.J.: “Despidos colectivos”, en AA.VV.: *La Reforma laboral de 1994* (Alarcón Caracuel, M.R. coord.), Madrid, 1994, pg. 231; VALDÉS DAL-RE, F.: “Los despidos por causa económica”, en AA.VV.: *La Reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, pg. 406; MONTALVO CORREA, J.: “Delimitación jurídica del supuesto del despido colectivo”, en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, cit. pg. 347; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pg. 85; MERCADER UGUINA/DE LA PUEBLA: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 26; ALCARAZ ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2015, pgs.54-63; NAVARRO NIETO, F.: *El despido colectivo en el Derecho español*, Aranzadi, 1997, pgs. 85-86; MARTINEZ MORENO, C.: “Vicisitudes y crisis empresariales”, en AA.VV.: *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pg. 484.

La sentencia Rabal Cañas representó “la gran ruptura”<sup>16</sup> y la punta de lanza de un ya de un nutrido cuerpo de resoluciones del Tribunal de Luxemburgo sobre diversos aspectos sustantivo-conceptuales del despido colectivo: la STJUE 30 abril 2015 (C-80/14, asunto Usdaw-Wilson); STJUE 13 mayo 2015 (C-392/13, asunto Rabal Cañas); STJUE 13 mayo 2015 (C-182/13, asunto Lyttle), todas ellas relativas a la unidad de empleo referencial para el cómputo de los despidos; STJUE 9 julio 2015 (C-229/14, asunto Balkaya) y STJUE 11 noviembre 2015 (C-422/14, asunto Pujante Rivera), referidas a la extensión de conceptos clave, cuales los de “plantilla computable” y “extinciones asimiladas” a efectos de despido colectivo; SSTJUE 21 septiembre 2017 (C-429/16, asunto Ciupa y, C-149/16, asunto Socha), ambas sobre modificaciones sustanciales y no sustanciales de condiciones de trabajo y su cómputo en el despido colectivo; y los últimos, de momento, pronunciamientos: la STJUE de 22 de febrero de 2018 (C-103/16, asunto Porras Guisado), relativa a la viabilidad de la inclusión de una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, que aborda una interesante interpretación conjunta y sistemática de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y la Directiva 98/59, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; así como la posterior STJUE 28 de junio 2018 (C-57/17), asunto Checa Hornado, en la que el debate jurídico se centra en la inclusión de las indemnizaciones debidas a los trabajadores por la rescisión contractual inducida por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (MSCT) en el ámbito de la Directiva 2008/94, de 22 de octubre y, en clave nacional, en el ámbito de responsabilidad del FOGASA ex art. 33 ET.

Como puede verse son los aspectos sustantivos (elementos configuradores) de la institución los que han centrado la intervención del TJUE, aunque su vertiente procedimental ha sido objeto de una interesante sentencia, si bien concerniente al modelo griego (STJUE 21 diciembre 2016, C-201/15, asunto Consejo de Estado Grecia), que resulta de interés en lo concerniente a los límites del papel de la Administración en el procedimiento de consultas-negociación en el sistema de decisión del despido.

Desde el inicio de esta oleada de jurisprudencia comunitaria, todo hacía presagiar que tendría una inevitable repercusión, en varios sentidos, en la configuración técnico-jurídica del despido colectivo en nuestro ordenamiento y su aplicación judicial. Por un lado, en lo concerniente a la unidad de referencia para el cómputo de los despidos efectuados; por otro lado, en relación a la delimitación del concepto de extinciones computables: “despidos” en sentido estricto y “extinciones asimiladas”, a efectos, en ambos casos, del cumplimiento de los umbrales normativamente exigidos, y por último, en lo que respecta a la definición de la “plantilla habitual” sobre la que operan los porcentajes legales de trabajadores afectados. Y, en efecto, los presagios se cumplieron y en un espacio relativamente corto de tiempo se sucedieron diversas sentencias de suplicación que hacían una lectura radicalmente diferente del impacto de la jurisprudencia comunitaria en nuestro régimen normativo del despido colectivo, en especial en lo concerniente al ámbito de cómputo –si la empresa, si el centro de trabajo– y sobre cómo había de operar el célebre principio de norma más favorable.

Así, la contradictoria recepción del criterio interpretativo del TJUE por la doctrina de suplicación hizo inevitable un pronunciamiento posterior de la Sala IV del TS (STS 16-

<sup>16</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis”, Revista de Jurisprudencia, n.º 15, febrero, 2017.

10-2016, rec.848/16), enderezado a unificar doctrina, con el consecuente posicionamiento que ello implicaba respecto a la jurisprudencia comunitaria relativa a la unidad de empleo referencial para el cómputo de los despidos, acogiendo un criterio que después ha sido reiterado por la misma Sala en sentencia de 6-04-17, rec. 3566/2015). Pero es que, sin apenas solución de continuidad, se han ido sucediendo nuevos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo concernientes a otros aspectos vinculados a las extinciones computables, ya las inducidas de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, ya las de trabajadoras embarazadas en el marco de una reestructuración colectiva empresarial, que han vuelto a hacer necesaria la intervención unificadora del TS/IV (STS 20-07-2018, JUR. 2018\251399).

Por último, el procedimiento de despido colectivo tampoco ha suscitado hasta ahora problemas de ajuste de nuestro ordenamiento con la Directiva 98/59 que hayan suscitado la intervención del Tribunal europeo, pese a ser en este aspecto donde se concentra la finalidad tuitiva de la Directiva 98/59: el procedimiento de información y consultas y la participación en él de la Administración laboral, máxime teniendo en cuenta la drástica reformulación que nuestra última reforma laboral hizo del sistema de decisión de despido eliminando la autorización administrativa. No obstante, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Comisión- Grecia) afronta el papel de la intervención pública en el procedimiento aportando elementos de reflexión de interés, máxime en un contexto de debate político sobre la conveniencia de una contrarreforma laboral neutralizadora de los aspectos más polémicos y regresivos de la reforma de 2012.

Con los mimbres proporcionados por la jurisprudencia comunitaria y la doctrina judicial y jurisprudencia nacionales, cambiamos, a partir de ahora, el eje de rotación del método de análisis desplazándolo desde la perspectiva más general mantenida hasta aquí a un enfoque más concreto abordando individualmente cada uno de los elementos configuradores y procedimentales de nuestro despido colectivo afectados por la doctrina comunitaria y la revisión que de los mismos están haciendo nuestros tribunales de aplicación y, en su caso, la jurisprudencia unificadora del TS.

### *3.2.1. La unidad de empleo referencial para el cómputo. La doctrina Rabal Cañas y su recepción por la jurisprudencia del TS*

Las divergencias entre algunos ordenamientos nacionales, entre ellos el español, que referencian los despidos al conjunto de la empresa, y el art. 1.1 de la Directiva 98/59, que lo hace al centro de trabajo, determinaron la intervención del TJUE para que aportase una interpretación uniforme al respecto. Y lo hizo a través de tres sentencias, que en realidad reiteran jurisprudencia anterior. La primera de ellas, la sentencia de 30 de abril 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw y Wilson), en la que se viene a resolver una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal del Reino Unido en relación al concepto de centro de trabajo en el marco de los despidos colectivos, regulados por la Directiva 98/59/CE. A dicha cuestión prejudicial vinieron a sumársele posteriormente dos más: la formulada por otro Tribunal británico (Asunto C-182/13, Lyttle y otros), y la última, por un órgano jurisdiccional español (Asunto C-392/13, Rabal Cañas).

Pese a que las tres cuestiones prejudiciales coincidían en el objeto (la adecuación de las normas nacionales a la Directiva en lo concerniente a la unidad física de imputación de los despidos), por lo que el Abogado General elaboró sus Conclusiones de forma acumulada para todas ellas, el TJUE, a la hora de resolverlas, desgajó el Asunto (C-80/14), dictando, primero, la sentencia de 30 de abril de 2015 (Usdaw y Wilson), que

habría de tener por ello un valor anticipatorio de la resolución correspondiente a la cuestión prejudicial española (Asunto C-392/13, Rabal Cañas). En ella, el TJUE, tras reiterar su doctrina sobre el concepto de “centro de trabajo” de la Directiva 98/59/CE y la necesidad de su interpretación autónoma y uniforme por los Estados miembros, señala que, sin perjuicio de la previsión del art. 5 de la misma, deben ser tenidos en cuenta, a efectos del cómputo, “*los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado*”, considerando, por tanto, no conforme a la Directiva una interpretación del concepto de centro de trabajo que permita la inclusión, cuando el despido afecta a varios de ellos, de los trabajadores de todos los centros implicados y ello aunque en el litigio principal del caso Usdaw-Wilson el cómputo referenciado al conjunto de la empresa resultaba el favorable a los trabajadores.

Esta solución presagiaba cuál podría ser la respuesta del TJUE a las dos posteriores cuestiones prejudiciales: la formulada por un tribunal de Reino Unido (caso C-182/13, Lyttle) y la planteada por el juzgado núm. 33 de Barcelona (asunto C-392/13, Rabal Cañas), como así sucedió en las respectivas sentencias de 13 de mayo de 2015. En el caso Lyttle, el Tribunal reitera, en efecto, la doctrina anterior y hace hincapié en que el criterio a seguir es el de cómputo por “centro de trabajo”, incluso en los supuestos, como el del litigio principal, y en el precedente caso Usdaw Wilson, en el que el cómputo de toda la empresa resulte más beneficioso para los trabajadores despedidos por tratarse de empresas miles de trabajadores distribuidos en numerosos centros de trabajo de pequeña dimensión, por lo que computando por el criterio menor (centro de trabajo) no se alcanzaba el umbral normativo. El TJUE reconoce que, aunque de este último modo, es decir, atendiendo al conjunto de la empresa, se daría cumplimiento a una de las finalidades de la Directiva cual es la protección del mayor número de trabajadores posibles (racionalidad social), ello se haría a costa de la quiebra del otro objetivo de la norma: la equiparación de las cargas que deban soportar las empresas de los Estados miembros (racionalidad económica). De este modo, el TJUE deja patente la ambivalencia del efecto útil de la Directiva 98/59 y se decanta aquí por una solución interpretativa pro empresa.

No obstante, el TJUE deja la puerta abierta a otras soluciones jurídicas de los Estados, amparadas en el art. 5 Directiva. De este modo, estima que los Estados podrían extender la protección no sólo a los trabajadores adscritos a un centro de trabajo de la empresa, sino también a todos aquellos que vayan a ser despedidos con independencia del número de trabajadores que haya en cada centro afectado, pudiendo entonces ser computados tomando en consideración toda la empresa, pero deja sin concretar la fórmula jurídica que permitiera la apertura a la “empresa” como unidad referencial de cómputo manteniendo a la vez la exigencia de tomar en consideración “*los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado*”<sup>17</sup>.

Esa concreción la hizo explícitamente el Tribunal Europeo en la sentencia Rabal Cañas, que se pronuncia específicamente sobre la adecuación del art. 51.1 ET a la Directiva. En ella el TJUE vuelve a apelar al concepto comunitario de “centro de trabajo”, en términos idénticos a los de las dos sentencias precedentes (apartados 42-47). Partiendo

---

<sup>17</sup> La doctrina apuntó ya entonces que para hacer compatibles ambos criterios de cómputo sería necesario que el concepto comunitario “centro de trabajo”, en relación al ámbito mínimo de consideración del “despido colectivo”, quede integrado en la norma de transposición, con la posibilidad potestativa de ampliar el ámbito de protección a la “empresa” en su conjunto para los supuestos en los que la aplicación de este último criterio resulte más favorable para los trabajadores. ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos. Dos nuevas sentencias del TJUE sobre el concepto de centro de trabajo y el método de cálculo del número de trabajadores despedidos. Notas a la sentencias de 13 de mayo, con especial atención al asunto C-392/13 y su posible impacto sobre la legislación y jurisprudencia española” I-II, [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es), entradas 17-18 mayo 2015.



de ese presupuesto, el TJUE insiste una vez más en que serán los despidos efectuados en cada una de esas unidades de empleo (“centros de trabajo” a los que se hallen adscritos los trabajadores) “los que han de tomarse en consideración *separadamente* de los efectuados en otros centros de trabajo de esa misma empresa”, quedando patente así la divergencia con el modelo del art. 51.1 ET que opta por la “empresa” como ámbito de referencia. En consecuencia, el TJUE considera de forma tajante que, a la vista de lo dispuesto en el art. 51.1 ET, “*infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva*” (apartado 54). No obstante, el TJUE incorpora aquí un importante matiz, concretando el que sugiriera en la sentencia de 13 mayo 2015 (asunto C-182/13, Lyttle y otros): la consideración de la “empresa” como unidad de empleo referencial no es descartable en términos absolutos, admitiendo que los Estados miembros puedan contemplar en sus normas internas las dos posibilidades (centro de trabajo y empresa) y aplicarlas en función de cuál pueda resultar más favorable en términos de garantizar el procedimiento de información y consulta ex art. 51 ET y su Reglamento de desarrollo: RD 143/2012 de 29 de octubre. Con ello, el centro del debate girará en torno al mayor o menor grado de protección de los trabajadores afectados según se acoja a uno u otro criterio, cuestión que corresponderá dirimir al órgano jurisdiccional nacional en los litigios que se planteen en estos términos. Pero, este doble criterio de cómputo sugerido por el Tribunal de Luxemburgo, ¿no contravendría la finalidad de la Directiva de homogeneizar las cargas empresariales?.

En síntesis, pues, para el TJUE la sustitución del término “centro de trabajo” por el de “empresa”, tal como ocurre en el art. 51.1 ET y en la interpretación dada al mismo por el TS, sólo puede considerarse favorable a los trabajadores “*si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo»*” (apartado 52)<sup>18</sup>.

La recepción de la doctrina Rabal Cañas por la doctrina de suplicación fue pronta y se realizó en términos contradictorios. En efecto, en primer lugar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 21 de mayo de 2015 (rec.972/15), después de sintetizar y analizar pormenorizadamente la del TJUE y recoger su principal conclusión respecto al cómputo de los umbrales, aplica su doctrina de manera automática y declara la nulidad de los despidos objetivos impugnados alegando que, aunque es cierto que en el conjunto de la empresa –de más de 3.000 empleados-, el despido de 27 empleados de uno

<sup>18</sup> A la vista de la sentencia Rabal Cañas alguna doctrina apostó por una interpretación conforme del art. 51 según la cual el término “empresa” utilizado por el precepto estatutario debería entenderse referido al “centro de trabajo” de adscripción de los afectados siempre que éste tenga una plantilla superior a 20 empleados (exigencia de la Directiva) siempre que se cumpla además el umbral numérico exigido por la norma interna, adelantándose así al criterio que después seguiría el TS en la recepción de la doctrina Rabal Cañas. En los demás supuestos, en los que, a la vista del número de trabajadores afectados, tanto a nivel de empresa en su conjunto como en cada centro en particular, las garantías de información y consulta deban ponerse en marcha en todo caso, resultará indiferente el ámbito de cómputo de los despidos. Vid. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Los conceptos de «centro de trabajo» y «despido colectivo» en el «Derecho de la Unión», a propósito de la Directiva 98/59/CE”, *La Ley Unión Europea*, N.º 29, Año III, 30 de Septiembre de 2015, Editorial LA LEY.

de sus centros de trabajo no podía ser considerado un despido colectivo a la luz del artículo 51.1 ET, tomando como referencia el centro de trabajo –con 77 empleados– la extinción de 27 contratos si debía considerarse como tal. Frente a esta interpretación conforme “pro operario”, la posterior STSJ Cataluña de 22 de febrero 2016 (rec. 5499/2015) se desmarca de este enfoque anulando precisamente la sentencia del litigio principal en el caso Rabal Cañas. La Sala Social catalana achaca a la sentencia de instancia una errónea interpretación del concepto de empresa incluido en el art. 51 ET al englobar en él, como hace el juez de instancia, el concepto comunitario de “centro de trabajo” con el propósito de calificar los despidos efectuados como colectivos y declarar la nulidad de los objetivos implementados por la empresa. Por otra parte, considera que el magistrado ha confundido la técnica de espiguelo normativo, en la que, según la Sala catalana, se apoya el fallo de instancia, con el principio de norma más favorable, y todo ello con una justificación también fallida: la efectividad del fin de la Directiva de procurar la mayor protección a los trabajadores en detrimento de la otra finalidad de la misma situado al mismo nivel que el anterior: la uniformización de las cargas para las empresas. Finalmente, le reprocha al juez de instancia utilizar una forma de integración de la disparidad de las dos voluntades reguladoras en liza (la comunitaria y la nacional) que corresponde realmente al legislador, por lo que resulta impropia de la función jurisdiccional<sup>19</sup>.

Las dos resoluciones mencionadas serían la punta de lanza de un amplio cuerpo de sentencias de suplicación que acogieron mayoritariamente, como lo hiciera la sentencia de la Sala Vasca, la doctrina Rabal Cañas del doble criterio de cómputo, si bien no aplicándola al no cumplirse los umbrales requeridos en el centro de trabajo referencial (SSTSJ Andalucía, 30-09-2015, rec. 1076/15 y 27-10-2016, rec. 2796/16; Castilla y León, 20-06-2017, rec. 257/17; País Vasco 19-12-2016, rec. 2473/1).

La necesaria y esperada unificación de doctrina vino de la mano de la importante y muy polémica sentencia TS de 17/10/2016 (rec. 36/16), caso Zardoya Otis, en la que, atendiendo a la doctrina comunitaria Rabal Cañas, la Sala IV desarrolla una interpretación conforme del art. 51 ET que le lleva a confirmar la sentencia precitada del TSJ del País Vasco desestimando el recurso interpuesto por la empresa y confirmando la nulidad de los despidos plurales objetivos. La sentencia aporta una bien construida doctrina que parte de la constatación de las divergencias entre la Directiva 98/59 y el art. 51 ET en relación al ámbito de cómputo de los umbrales del despido colectivo, llegando a la conclusión de que la norma europea opta de forma concluyente por el centro de trabajo como unidad de cómputo, lo que implica una discrepancia con la norma española que vulnera un mandato claro y categórico de la Directiva, vulneración que no cabe seguir obviando con el argumento del enfoque conjunto más favorable atribuido al art. 51 ET. La oposición del precepto estatutario a la Directiva obliga a la aplicación del principio de primacía del Derecho europeo, por lo que, descartada la eficacia directa de la primera por tratarse de un litigio entre particulares, la Sala procede a la interpretación conforme, esto es, a incorporar la finalidad perseguida por la Directiva al aplicar los criterios hermenéuticos habituales del art. 3.1 CC (cánones de interpretación literal, histórico, sistemático y teleológico).

En el desarrollo de la interpretación pro comunitate, se descartan los cánones de interpretación literal e histórico al considerar que van en sentido contrario al pretendido, por lo que la Sala IV se centra en los criterios sistemático y teleológico. Conforme al

---

<sup>19</sup> Vid. comentario de esta sentencia de MOLINA NAVARRETE, C.: “¿Cuál es el ámbito de cómputo del despido colectivo. Una lectura “pro comunitate” a favor de la empresa (favor bussines)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 398, mayo 2016, en el que comparte su argumentación y en contra de la fundamentación jurídica de la SJS n. 33 Barcelona (caso Rabal Cañas) y de la STJPV 21.05.2015.

primero, afirma que los conceptos de empresa y centro de trabajo no son excluyentes, puesto que en nuestro ordenamiento laboral existen múltiples referencias que los asimilan e incluso los equiparan (arts. 41 y 47, en relación con el propio art. 51.2 ET, relativos al periodo de consultas, según el cual la representación de los trabajadores se circunscribe a los centros de trabajo con trabajadores afectados sin perjuicio de que la comisión negociadora sea única; art. 63, respecto a la unidad de referencia para la constitución de los órganos de representación de los trabajadores; art. 8 y 10 LOLS, sobre las estructuras organizativas de acción sindical en la empresa). En base a ello, infiere que el concepto de empresa que incluye el art. 51 comprende también o es intercambiable con el de centro de trabajo, pese a la autonomía que le atribuye a este concepto el Derecho europeo respecto a las legislaciones nacionales, como ha enfatizado por cierto la jurisprudencia comunitaria reiteradamente, incluida la doctrina Rabal Cañas. En lo concerniente al canon teleológico, considera que la finalidad del legislador español al incluir la empresa como unidad de empleo referencial ha sido ampliar el ámbito protector de la Directiva pero no excluir esa protección a la unidad inferior prevista en la misma, lo que supondría entonces que, de no ser posible dispensar la protección en el nivel superior, podría volverse a la inferior para hacer valer el efecto útil de la norma europea. Finalmente, como argumento de cierre, la sentencia plantea que la exclusión del centro de trabajo comportaría un trato desigual, injustificado e irrazonable, de los trabajadores de empresas con un solo centro de trabajo.

Conforme a esa argumentación, la Sala rectifica la doctrina anterior (caso *Canariensis*) y concluye que deben ser consideradas constitutivas de despido colectivo las extinciones computables que, en un periodo de 90 días, superen los umbrales del art. 51.1 ET tanto en el ámbito de la empresa como si, no superados a ese nivel, estos se cumplen en el ámbito del centro de trabajo al que estén adscritos los trabajadores afectados, siempre que este emplee habitualmente al menos a 20 trabajadores. Es decir, introduce un doble criterio de cómputo de los umbrales numéricos –empresa y centro de trabajo–, que deberá aplicarse sucesivamente en cada caso: primero, el parámetro de cómputo superior, esto es la empresa y en segundo término, de no superarse los umbrales en aquel ámbito, pasar al centro de trabajo de adscripción de los afectados, asegurando así la calificación de despido colectivo y, con ello, el procedimiento de información y consulta. Ahora bien, de tener que acudir al parámetro de cómputo inferior –el centro de trabajo–, la doctrina Zardoya Otis rescata el mínimo de 20 trabajadores de plantilla habitual del mismo que prevé la Directiva y lo extrapola al art. 51.1 ET, descartando expresamente la supresión de ese límite para preservar, afirma el TS, la dimensión plural que está en la esencia del despido colectivo.

Aquí vuelven a observarse cierta incoherencia argumental y técnicas discutibles. En primer lugar, si la dimensión plural de la figura extintiva exige no reducir por debajo de 20 la plantilla referencial en los despidos acaecidos en centros de menos de 100 trabajadores, ¿por qué no se pierde entonces esa dimensión plural en el supuesto del despido de 10 trabajadores en unidades de empleo inferiores a 100 cuando el parámetro de cómputo es la empresa, que el art. 51 ET configura como colectivo sin el suelo de 20 trabajadores empleados en la misma? Además, para imponer ese límite al despido colectivo referenciado al centro de trabajo el TS recurre aquí a la técnica del espiguelo normativo, ya que traslada la plantilla referencial mínima de 20 trabajadores, que la Directiva anuda al periodo temporal de 30 días, al periodo de 90 días de la norma española, cuando en esta temporización ni la norma europea ni la española contemplan tal límite mínimo. Más sencilla hubiera sido, buscando la protección pretendida por la Directiva, la solución de extender la protección del despido colectivo a las extinciones por causas de empresa

decretadas en centros de trabajo de menos de 100 trabajadores cuando afecten al menos a 10 de estos, sin más requerimientos (primera escala de umbrales del art. 51.1 ET)<sup>20</sup>.

La fundamentación jurídica de la sentencia Zardoya Otis, basada en la utilización conjunta de los cánones sistemático y teleológico, no ha sido compartida por algunos sectores de la doctrina, que, pese a reconocer que la solución interpretativa para salvar la divergencia con la Directiva 98/59 es la más justa y respetuosa con los requerimientos de la igualdad de trato, le reprochan que se alcance en virtud de una “sobreinterpretación” del precepto estatutario que desborda la interpretación integradora que compete a los jueces, para pasar así a usurpar la función propia del legislador. Por otra parte, si, como apunta el TS, la consideración exclusiva de la empresa como parámetro de cómputo de los despido supondría un trato desigual, injustificado e irrazonable, dicho en otras palabras, discriminatorio para los trabajadores de empresas pluricelulares, ¿no hubiera sido más adecuado y técnicamente más riguroso desplazar la interpretación conforme para formular, en cambio, una cuestión de inconstitucionalidad del art. 51ET?<sup>21</sup>

La doctrina Rabal Cañas ha sido reiterada en la posterior STS de 6-04-2017 (rec. 3566/2015), caso Fudosa, que, aparte de crear jurisprudencia en la materia, vino a actualizar otro de los problemas aplicativos suscitados por la sentencia Zardoya Otis: la retroactividad de la solución interpretativa acogida con la recepción de la doctrina comunitaria Rabal Cañas. En efecto, la sentencia Fudosa aplica el criterio de cómputo inferior (centro de trabajo) debido a que conforme al parámetro superior de la empresa no habría despido colectivo, siguiendo pues la doctrina Zardoya, pero lo hace respecto a unos hechos acaecidos antes del cambio de criterio jurisprudencial interpretativo del art. 51 ET, de modo que los despidos objetivos plurales decididos por la empresa demandada en su proyección sobre el conjunto de la empresa, conforme al criterio de cómputo del art. 51ET y de la jurisprudencia interpretativa vigente en ese momento (doctrina Canariensis), devienen después nulos en su proyección sobre el centro de trabajo, conforme al nuevo criterio jurisprudencial del centro de trabajo cuatro años y medio después de la fecha de sus efectos extintivos, con la consecuente readmisión de los trabajadores afectados y abono de los salarios de tramitación. Sin embargo, la propia sentencia Fudosa descarta la existencia en el caso de una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE y la infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) alegando que los cambios jurisprudenciales no están sujetos a la prohibición de retroactividad, que solo es inherente a las fuentes normativas de Derecho. Sin dejar de ser esto cierto, las circunstancias nos sitúan en un escenario de acusada e indeseable inseguridad jurídica, que hace aconsejable a las empresas la iniciación del procedimiento del art. 51 cuando las extinciones económicas proyectadas superen los umbrales del precepto en centros de trabajo de más de 20 trabajadores<sup>22</sup>.

Y en esa deriva forzada por la Corte europea, el TS se ha visto obligado a modular también, poco después, la extrapolación hecha al art. 51 ET del valor referencial del centro de trabajo para el cómputo de los despidos. Así, la recuperación del criterio de cómputo del centro de trabajo del art. 1.1 de la Directiva para aplicarlo al despido colectivo “parcial” (caso Zardoya), no lo considera la Sala extrapolable, sin embargo,

<sup>20</sup> Como postuló CASAS BAHAMONDE, M.E: “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales. Los efectos de la sentencia del TJUE Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo del ET”, *Derecho de Relaciones Laborales*, nº 4, 2015, pg. 397-398.

<sup>21</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis”, *Revista de Jurisprudencia*, nº 15, febrero, 2017.

<sup>22</sup> Vid. MANEIRO VAZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo*, nº 127, 2017, pg. 142.

a los supuestos de despido “total”, esto es, el afectante a todos los trabajadores de la empresa cuando la plantilla de la misma supere los cinco empleados, que el art. 51.1, parr. 3 adiciona al concepto de despido colectivo, en clave de mejora de la regulación europea (art.5 Directiva 98/59). En efecto, en la sentencia de 13-06-2017 (rec. 196/2016), caso Urbaser, reiterada por la posterior de 14-07-2017 (rec. 74/2017), el TS sostiene que el cierre de un centro de trabajo de la empresa con extinción de los contratos de toda su plantilla (12 empleados y, por tanto, superior a 5 pero inferior a 20) no puede calificarse de despido colectivo porque, por un lado, no se han superado ninguno de los umbrales del reinterpretado art. 51 ET, ni tampoco se trata, a juicio de la Sala, de un supuesto asimilable al despido colectivo total en empresas de más de 5 trabajadores del precepto estatutario. Para ello, se atiende aquí a la interpretación literal del mismo, que además de referirse en este caso a la empresa, vincula el despido al cese total de la actividad empresarial.

Pues bien, la argumentación del TS no guarda coherencia, en mi opinión, con la doctrina sentada por la propia Sala en el caso Zardoya Otis y se basa en fundamentos cuestionables: no se acierta a comprender cuál es la razón por la que, como sostienen las sentencias precitadas, la regla de mejora nacional del contenido de la Directiva (ex art.5) no permite la extrapolación del concepto de centro de trabajo de la misma en este caso, cuando sí es posible, por el contrario, en los restantes supuestos contemplados en el art. 51 ET (también fruto, según la propia Sala, de la misma cláusula de mejora ex art. 5 Directiva). Como tampoco se entiende por qué aquí no es jurídicamente aceptable mezclar los conceptos recogidos en las normas española y europea para llegar al objetivo perseguido por esta última, cuando esto es lo que hace la sentencia Zardoya Otis. La prescripción del TJUE en la sentencia Usdaw Wilson (apartado 67) va, precisamente, en sentido contrario, cuando afirma que, sin perjuicio de que los Estados puedan establecer normas más favorables al amparo del art. 5 de la Directiva, deben no obstante, atenerse al concepto comunitario de centro de trabajo previsto en el art. 1.1 de la misma.

### *3.2.2. La plantilla referencial computable. ¿Criterio expansivo pro empresa?*

Dado que el cómputo de los despidos y extinciones asimiladas va referenciado a la plantilla de la empresa y ahora también a la del centro de trabajo, según cuál sea el ámbito que mejor garantice el efecto útil de la Directiva, es preciso determinar qué trabajadores son computables a tal efecto, amén de atender al desajuste existente entre la Directiva –que se refiere a la plantilla “habitual”– y el art. 51ET, que no introduce matiz alguno en el cómputo de la plantilla del conjunto de la empresa.

Esta cuestión ha sido abordada por la sentencia TJUE de 11-11 de 2015, caso Pujante Rivera, en relación con los trabajadores temporales, en la que el TJUE daba respuesta, entre otras, a la duda sobre si éstos deberían computarse a tal efecto. La respuesta del TJUE reafirma que el concepto de trabajador del art. 1.1. a) de la Directiva entronca con el concepto europeo de trabajador, de perfiles tradicionalmente amplios y expansivos, y en base a él resuelve que los trabajadores temporales deben entenderse comprendidos en el concepto de “plantilla habitual” del citado precepto. Además, apela a la necesidad de dar efectividad al efecto útil de la norma europea, principio en virtud del cual la exclusión de los trabajadores temporales en la determinación de la plantilla podría ir en detrimento de la protección que la norma procura al conjunto de los trabajadores del centro de trabajo. A este respecto, el Tribunal europeo confirma jurisprudencia consolidada anterior (Sentencia Confédération générale du travail y otros (C-385/05,) y STJCEE de 10 de marzo de 2007 -asunto C-385/05, CGT-, en la que dictaminó que es contrario

a la Directiva 98/59/CE cualquier exclusión, aunque sea temporal, de una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados, y avala, por otro lado, el criterio seguido por la jurisprudencia nacional interpretativa del art. 51 ET y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, RDC): en el primer caso, el precepto se refiere, sin matización alguna, a “trabajadores” de la empresa, mientras que el art. 1.1 RDC recoge de forma expresa que *«a efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma (...) cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada»*.

Sin embargo, en mi opinión, la fundamentación del TJUE a esta solución carece de suficiente solidez. Se aduce que no contabilizar a los trabajadores temporales en la fijación de la plantilla referencial restringiría el ámbito de aplicación de la Directiva en perjuicio de la protección del conjunto de la plantilla, cuando esto no es así con carácter general sino sólo para el segmento de empresas o centros de trabajo de menos de 100 trabajadores en los que el número mínimo de empleados debe ser 20 (según el art.1.1, letra a), inciso i) Directiva, ahora extrapolado al primer umbral del art. 51.1 ET cuando se referencie al centro de trabajo). Con esa salvedad, en los demás supuestos de despido contemplados, tanto en la Directiva como en el art. 51 ET, la inclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada endurece el presupuesto de aplicación del procedimiento de consulta, contrariamente a lo sostenido por el TJUE, dado que las extinciones computables deben proyectarse sobre una plantilla mayor, y ello se traduce en la necesidad de un correlativo mayor número de extinciones. Un rigor acrecido, además, cuando las extinciones contractuales de estos mismos trabajadores temporales deben excluirse, contradictoriamente, del cómputo de los despidos y extinciones asimiladas a efectos de los umbrales (salvo cuando sus contratos hayan concluido *ante tempus* o se hubiesen celebrado en fraude de ley), como expresamente afirma la sentencia Pujante Rivera, recordando la regla excluyente del art.1.2.a) Directiva, y sostiene también nuestra jurisprudencia casacional.

Visto así, una solución más coherente con la previsión del citado art. 1.2.a) de la Directiva sería la exclusión de los trabajadores temporales también a efectos de cuantificación de la plantilla global de la empresa. Pero subsidiariamente, podrían haberse acogido otras alternativas intermedias enderezadas a la plena efectividad de la finalidad protectora de la Directiva: una, la sugerida por el juez proponente de la cuestión prejudicial del caso Pujante Rivera, consistente en aplicación analógica de la normativa que regula el procedimiento de elecciones de los representantes de los trabajadores (que computa los trabajadores temporales y los trabajadores fijos discontinuos en función de las jornadas realizadas por todos ellos y considerando que existe un trabajador a jornada completa por cada doscientos días trabajados por éstos o fracción). O, dos, la solución propuesta por la Abogada General en su Informe previo a la sentencia Pujante, según la cual la determinación de la plantilla del centro de trabajo no puede referenciarse a un día concreto o a un promedio ya que la expresión “*habitualmente*” sugiere, por el contrario, que ha de computarse el número de empleados durante el “*funcionamiento ordinario*” de la empresa. Esto significa que si la empresa cuenta en el momento del despido con trabajadores eventuales incorporados “*para atender los incrementos de trabajo en una coyuntura de mayor demanda, estos trabajadores eventuales podrían quedar fuera del cómputo, pues no son trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo*”. Se hubiera tratado de excluir, de este modo, no a todos los trabajadores temporales, sino a aquellos ocasionales o con trabajos de corta duración vinculados a incrementos extraordinarios y excepcionales de la actividad productiva.

Aparte de los trabajadores temporales, el concepto europeo de trabajador, del que el TJUE reivindica su autonomía respecto de los derechos nacionales y su transversalidad a efectos de los derechos mínimos reconocidos a los trabajadores por el Derecho europeo, también se ha hecho valer en el ámbito del despido colectivo respecto a otros dos controvertidos casos: los administradores societarios y becarios en prácticas. En efecto, la STJUE 9 de julio 2015 (C-229/14, caso Balkaya) se ha pronunciado sobre esta cuestión, bien es cierto que respecto a las extinciones computables para el cumplimiento de los umbrales, pero nada impediría en principio que la solución dada no sea extrapolable al cómputo general de la plantilla, lo que podría ir en detrimento de la extensión de la protección de la Directiva y, por tanto, de su efecto útil. La doctrina Balkaya ahonda, en efecto, en el expansivo concepto comunitario de trabajador y considera computables a efectos de despido colectivo las extinciones de relaciones de trabajo de un administrador de una empresa societaria y de un becario en prácticas remuneradas mediante subvenciones públicas. Y ello, haciendo abstracción de la naturaleza jurídica del vínculo contractual de estos trabajadores, el origen de la retribución, y de su calificación jurídica –laboral o mercantil – en los ordenamientos nacionales, porque para el Tribunal europeo lo que prevalece es la existencia de retribución y subordinación en la prestación de trabajo, esto es, la sujeción al poder directivo del empresario, por muy flexible que ésta sea. Se trata, en efecto, de dos supuestos que, tanto en Alemania (país donde se promueve la cuestión prejudicial) cuanto en España (art. 1.1 y 1.3 ET), no se configuran legalmente como trabajadores asalariados sujetos al Derecho Laboral al excluirse la naturaleza laboral del contrato, razón por la que, según sus ordenamientos, no serían computables a efectos de despido, circunstancia esta que para el TJUE resulta irrelevante a efectos de la protección impuesta por la Directiva.

Esto significa, entonces, en lo que atañe a nuestro país, que los administradores societarios ex art. 1.3.c) ET, y no solo los altos cargos (ex art. 2. ET), habrán de tomarse en consideración, siempre que a juicio del órgano jurisdiccional competente se entienda acreditada, con independencia de la naturaleza del vínculo contractual existente, la sujeción al poder de dirección empresarial. En este sentido, la doctrina Balkaya, reiterando la acuñada en la anterior sentencia de 11 de noviembre de 2009 (asunto C-232/09, Caso Danosa), sostiene que el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital *“no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad”*, por lo que habrá de examinar *“las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido”* (apartado 38). En este sentido, el TJUE considera que *“un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de «trabajador» en el sentido del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia Danosa, C232/09, EU:C:2010:674, apartados 51 y 56)”*, y, en particular, a efectos del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, por lo que, *“ha de ser tenido en cuenta en el cálculo de los umbrales (del despido colectivo) previstos en ese precepto.* (apartado 43).

Lo mismo sucedería con los sujetos de prácticas no laborales remuneradas encuadradas en diversos programas de empleo-formación normativizados en nuestro ordenamiento en el marco de políticas activas de empleo juvenil. El TJUE reitera aquí su doctrina de que el concepto de trabajador en el Derecho de la UE “*comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste*”, pero la aportación novedosa en esta tendencia de ensanchamiento del concepto europeo de trabajador reside en que ahora resulta irrelevante “*el contexto jurídico de la relación laboral en Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas*”, así como “*el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de ésta mediante subvenciones públicas*”, sin que ninguna de estas circunstancias pueda tener consecuencias, según el TJUE, para la consideración de estas personas como trabajadores a efectos de despido colectivo. El encuadramiento en el ámbito rector/organizativo del empresario y la remuneración de la prestación, aunque no sea a cargo del empresario sino de entidades públicas en el marco de políticas de empleo sustentan su consideración como trabajadores.

Y aunque, como se ha adelantado, la sentencia Balkaya adopta este criterio respecto a las extinciones computables, lo cual resulta favorable a los intereses del conjunto de los trabajadores al facilitar la aplicación de la tutela procurada por la Directiva, podría tener un efecto perverso de ser predicable también, *mutatis mutandi*, en lo concerniente a la cuantificación de la plantilla referencial de la empresa, tornándose en tal caso, en perjudicial para el conjunto de la plantilla al endurecerse los requisitos de acceso a la protección de la Directiva.

### *3.2.3.Las extinciones computables: despidos “verdaderos” y extinciones asimiladas. Puntos críticos.*

La diferencia establecida en la Directiva, así como en el art. 51 ET, entre despidos en sentido estricto (“verdaderos”) y extinciones asimiladas (restantes extinciones producidas por iniciativa del empresario por causa no inherente a la persona del trabajador), a efecto del cómputo de los umbrales, ha suscitado también importantes problemas interpretativos y aplicativos, en los que ha terciado la jurisprudencia comunitaria. Los nuevos problemas son de índole diversa. Por un lado, de orden subjetivo, atinentes al cómputo de las extinciones afectantes a determinadas categorías de trabajadores: los ya citados casos de administradores societarios y becarios en prácticas (sentencia Balkaya) y las trabajadoras embarazadas (sentencia Porras Guisado). Y, por otro lado, de orden objetivo, relativos al origen o fuente de las extinciones computables (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo).

#### *3.2.3.1.La expansión del concepto europeo de trabajador y su proyección en el ámbito subjetivo del despido colectivo*

En lo concerniente al ámbito subjetivo del despido colectivo, el interés de la jurisprudencia comunitaria cobra mayor significado al entroncar en otros de los vectores que está marcando de forma acusada su desarrollo reciente: la tendencia expansiva del concepto de trabajador europeo. En este sentido, recientes pronunciamientos del TJUE,



ya señalados, sobre el cómputo de extinciones afectantes a determinados trabajadores, concretamente los administradores societarios y becarios en prácticas, constituyen un buen exponente de la interpretación extensiva de ambos conceptos –trabajador y despido colectivo–, poniendo límites, o dicho en otras palabras, subrayando la irrelevancia a esos efectos del Derecho interno de los Estados <sup>23</sup>.

En ese sentido, valga reproducir aquí lo acabado de decir supra respecto a estas dos categorías de trabajadores a propósito de la fijación de la plantilla habitual a la que se referencian los umbrales cuantitativos, puesto que, como se recordará, la sentencia Balkaya (STJUE 9 julio 2015, C- 229/14) resolvió la duda sobre si el cese de estos trabajadores debía computarse a efectos de dichos umbrales, pese a carecer de esta condición jurídica (trabajador dependiente) en los ordenamientos nacionales. El TJUE se decanta al respecto por una solución afirmativa al sostener que, en ambos casos, concurren las notas esenciales inherentes a la condición de trabajador “europeo” y, de este modo, –interpretación extensiva del concepto– se atiende a la finalidad protectora de la Directiva 98/59, puesto que su exclusión del cómputo de los umbrales “*podría privar al conjunto de los trabajadores empleados de los derechos que les confiere la Directiva menoscabando su efecto útil*” (apartado 47 sentencia Balkaya).

Con la inclusión de estas extinciones, el TJUE facilita el cumplimiento de los umbrales y aporta una interpretación pro-operario ampliando el ámbito subjetivo del despido colectivo, si bien ello implica un “desbordamiento” del concepto comunitario de trabajador <sup>24</sup>, que engendra un preocupante margen de dudas interpretativas e inseguridad jurídica en el ámbito del despido colectivo, y en otros tantos, dada la transversalidad que el concepto de trabajador tiene en el Derecho europeo.

Así, a la luz de esta doctrina atinente a los administradores societarios, expresamente excluidos como sujetos del contrato de trabajo en el art. 1.3.c) ET y, por tanto, desprovistos de la condición de trabajadores a efectos del Derecho Laboral, ¿tendrán y podrán los jueces y tribunales españoles hacer una interpretación conforme del art. 51 ET para incluirlos en el ámbito del despido colectivo?, y, en su caso, ¿con qué alcance?: ¿en concepto de “extinciones asimiladas”?, o, incluso, ¿como sujetos protegidos por las garantías previstas en el mismo?. No olvidemos que la doctrina Balkaya no descarta esta última solución, más bien todo lo contrario, cuando rechaza el argumento del Gobierno estonio según el cual un administrador, como el controvertido en el litigio principal, no necesita la protección que ofrece la Directiva 98/59 en caso de despidos colectivos, rechazo que justifica del siguiente modo: “*Ha de señalarse a este respecto, de un lado, que nada indica que un empleado que es miembro de la dirección de una sociedad de capital, concretamente de una pequeña o mediana sociedad como la controvertida en el asunto principal, se encuentra forzosamente en una situación diferente a la de otras personas empleadas por esa sociedad en lo que respecta a la necesidad de mitigar las consecuencias de su despido y, en particular, de prevenir, a tal fin, conforme al artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, a la autoridad pública competente para que ésta pueda buscar soluciones a los problemas planteados por todos los despidos considerados*” (apartado 46).

---

<sup>23</sup> GUTIERREZ VELASCO, I.: “El “trabajador europeo” se pone en forma”, Revista Trabajo y Derecho, n. 19, 2016.

<sup>24</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria, Wolters Kluwer, La Ley, 2017.

Pues bien, existen razones para sostener que esta operación inclusiva de los administradores societarios, ex art. 1.3.c) ET, en el ámbito del despido colectivo implicaría una interpretación “contra legem”, que, recordemos, rechaza la propia jurisprudencia comunitaria, por lo que, visto así, no cabría el desplazamiento del concepto jurídico interno al objeto de garantizar el efecto útil de la Directiva 98/59. Y, en tal caso, surge otra duda interpretativa más y no de menor calado: de no poder integrarse por este motivo el concepto europeo (expansivo) de trabajador en el art. 51.1ET, ¿cabría invocar el principio de igualdad de trato (art. 20 CDFUE), o, incluso, una discriminación prohibida ex art. 21 CDFUE y forzar así la aplicación directa de la Directiva conforme a la interpretación del TJUE?

Se trataría en definitiva de dilucidar si el principio de igualdad puede hacerse valer en general como fundamento de la extensión del concepto europeo de trabajador y en particular aquí de la extensión del ámbito subjetivo de garantías de la Directiva 98/59. No parece que pueda responderse afirmativamente a esta pregunta. Como ha puesto de relieve la doctrina<sup>25</sup>, existen elementos en la jurisprudencia comunitaria de los que cabría inferir que, aunque un sujeto pudiera encajar en la definición comunitaria de trabajador, ello no implicaría necesariamente que haya de recibir en todo caso el mismo trato que el dispensado a otros trabajadores o que incluso pudiera invocarse el principio fundamental de no discriminación (sentencia TJUE de 1 de octubre de 2015, C-432/14). El concepto europeo de trabajador sería compatible, así, con las restricciones que pudiera establecer el Derecho nacional para determinadas categorías de trabajadores cuando la situación y condiciones de éstas últimas respecto a otras no sean análogas. Es decir, los ordenamientos internos podrían limitar los derechos si las circunstancias concurrentes en el sujeto que ostenta la condición de trabajador en el Derecho de la UE no son equiparables a la de otras categorías de trabajadores a los que el ordenamiento nacional sí les reconoce esos derechos laborales. Desde esta perspectiva, la desigual situación de partida de ambas categorías determinaría la diferencia de trato que, en tal caso, no sería arbitraria al tener una justificación objetiva y razonable. La jurisprudencia comunitaria ha reconocido, en efecto, que la limitación, o incluso la exclusión, por el Derecho nacional de determinados trabajadores del ámbito de determinados derechos laborales podría justificarse, descartando la tacha de arbitrariedad, cuando “*la naturaleza de la relación de que se trate fuera sustancialmente diferente de la que vincula con sus empresarios a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores*» (apartado 42 STJUE 1 de marzo de 2012, Caso C-393/10, asunto O’Brien) ¿No es esto lo que sucede en nuestro sistema jurídico-laboral respecto a los administradores de sociedades de capital?

De acuerdo con la precedente argumentación, cabe preguntarse si son análogas y equiparables las situaciones de administradores societarios o altos cargos y la de los trabajadores ordinarios a efectos de hacerse acreedores de la protección inherente al despido colectivo. Es cierto, como ha puesto de relieve el propio TJUE y compartido nuestra doctrina<sup>26</sup>, que dentro de esta categoría se incluyen realidades diversas, comprendiendo supuestos de administradores con especiales y exorbitantes garantías en caso de extinción de su contrato, los denominados “blindajes contractuales”, con fijación de una indemnización económica muy elevada y muy superior a la de los restantes trabajadores,

<sup>25</sup> SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Hacia el concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea, en especial, en la Política social propiamente dicha”, Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, Vol. 20, N°. 1, 2017, págs. 295-311; y “El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea”, La Ley Unión Europea, número 50, 2017.

<sup>26</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos. Concepto de trabajador. Inclusión de altos cargos y de quienes realizan prácticas formativas. Nota a la sentencia del TJUE de 9 de julio (asunto C-229/14)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/07/ue-despidos-colectivos-concepto-de.html>, entrada 29-07-2015.

pero también otros supuestos, particularmente en pymes, en los que el administrador disfruta de condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, que poco difieren de los trabajadores comunes (apartado 46, sentencia Balkaya). Así pues, el juez nacional habría de estar, entonces, a una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y, de concluir que la situación del administrador no es análoga sino, bien al contrario, que la naturaleza de la relación de servicios es sustancialmente diferente a los trabajadores comunes, descartar la aplicación de las garantías del despido a esta categoría de trabajadores, sin tacha alguna de discriminación contraria al art. 21 CDFUE.

Los mismos argumentos podrían esgrimirse respecto a los becarios en prácticas remunerados por Administraciones públicas mediante subvenciones enmarcadas en políticas de empleo. La sentencia Balkaya, ya se ha dicho, los considera trabajadores a efectos del cómputo y, parece que también a efectos de la protección frente al despido ex Directiva 98/59, pero conviene reparar en que este criterio entra en contradicción con el mantenido por la jurisprudencia comunitaria respecto al concepto de trabajador protegido por la Directiva 2002/74, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. En este caso, en efecto, el TJUE vincula estrechamente el concepto de trabajador al de retribución, de tal modo que *“la definición del término trabajador asalariado se refiere necesariamente a una relación de trabajo que hace surgir un derecho frente al empresario consistente en exigir una remuneración por el trabajo efectuado”* (STJUE 5 de noviembre (C-311/13), caso Tümer). Pues bien, ese derecho no existe en los trabajos en prácticas o periodos de aprendizaje, como el contemplado en el caso Balkaya, ni en los comprendidos en los diversos supuestos de prácticas no laborales reguladas en nuestro ordenamiento jurídico (insertadas unas en los propios itinerarios formativos y otras como complemento ex post de la formación), remuneradas por la Administración laboral en el marco de políticas de empleo dirigidas a facilitar la inserción laboral de jóvenes. Desde la perspectiva aportada por la doctrina Pümer, entiendo que habrán de considerarse excluidas del contrato de trabajo en el Derecho español (ex art. 1.3. ET) y, también, consecuentemente, del ámbito subjetivo del art. 51.1 ET estaría justificada.

Cosa distinta es que, buscando la efectividad o efecto útil de la Directiva 98/59, expresión basilar de la primacía del Derecho de la UE, las extinciones o ceses de trabajadores de estas categorías, aun excluidos del ámbito de nuestra legislación laboral, pudieran ser computados como “extinciones asimiladas” a efectos del cumplimiento de los umbrales que activan la operatividad del sistema de garantías previstas para el despido colectivo ex art. 51.1 ET y así facilitar su aplicación al resto de los trabajadores que tengan reconocida esta condición jurídica conforme a nuestra norma estatutaria. Por último, el problema más reciente vinculado al ámbito subjetivo de la Directiva 98/59 es el de la inclusión de trabajadoras embarazadas en un despido colectivo implementado en una reestructuración empresarial (STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado (C-103/16). La doctrina Porras Guisado es de enorme interés por varios motivos. En primer lugar, porque ha efectuado una interpretación conjunta y sistemática de la Directiva de despidos colectivos puesta en relación con la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, e indirectamente con las Directivas antidiscriminatorias por razón de sexo, en particular, la Directiva 2006/54, dado que el conflicto de origen que determinó el reenvío judicial tiene por objeto la viabilidad del despido individual de una

embarazada inserto en un despido colectivo. En segundo término, responde a una cuestión prejudicial de un tribunal español, por lo que ha sido prontamente recepcionada y además de forma contradictoria en nuestra praxis forense, lo que hace previsible una intervención unificadora del TS; y en tercer y último lugar, porque el criterio adoptado aquí por el TJUE se aparta del sesgo pro operario que ha informado otras recientes resoluciones concernientes al despido colectivo (casos Rabal Cañas, Pujante Rivera, Ciupa y Socha), para adoptar aquí una solución favorable a la racionalidad económica o pro empresa, informante de la Directiva al mismo nivel que la racionalidad social que igualmente subyace a la norma.

Los problemas abordados por la sentencia Porras Guisado son varios, pero todos giran sobre un eje: la adecuación al Derecho europeo del despido individual de una trabajadora embarazada insertado en un despido por causa económica inherente a la situación de la empresa. Como se sabe, el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE, establece una prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, “salvo casos excepcionales no inherentes a su estado”, y, en su apartado 2, completa la tutela exigiendo que en esos casos excepcionales “el empresario debe dar motivos justificados del despido por escrito”. A la luz de estas previsiones de la norma europea, la Sala Social del TSJ Cataluña planteó al TJUE cuestión prejudicial solicitando en primer término respuesta interpretativa sobre si entre esos “casos excepcionales no inherentes al estado de embarazo” (que permiten soslayar la regla prohibitiva y despedir a la embarazada) pueden subsumirse los “motivos no inherentes a la persona del trabajador” justificativos del despido colectivo ex art. 1.1 Directiva 98/59. La solución del TJUE es tajante: el art. 10.1 Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la española, que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, relativa a los despidos colectivos. En la fundamentación jurídica de la solución dada a esta primera cuestión, el TJUE efectivamente identifica las “causas excepcionales no inherentes al estado” de la embarazada que justificarían su despido (art. 10.1 Directiva 92/85) con las “causas no inherentes a la persona del trabajador” que sustentan el despido colectivo (art.1.1 Directiva 98/59), de tal modo que las causas justificativas del despido colectivo también servirían para justificar objetivamente de la inclusión o afectación de la trabajadora embarazada.

Por otra parte, el TJUE descarta, en segundo lugar, que sea contrario a la citada regla prohibitiva una norma nacional, como la española, que no reconoce a las trabajadoras embarazadas el derecho de prioridad de permanencia o el derecho de recolocación en otro puesto de trabajo con el objeto de evitar su despido, sin que ello excluya, que la norma nacional pueda incluirlos, con carácter voluntario o potestativo, con el fin de procurar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

Por último, el TJUE rechaza que la comunicación individual de despido (carta de despido) a la trabajadora embarazada deba incluir determinación de las circunstancias excepcionales que hayan determinado su inclusión en la medida extintiva colectiva que sean distintas y añadidas a las propias causas o motivos justificativos del despido colectivo. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal europeo introduce un importante matiz o precisión: para evitar la vulneración del art. 10.1 de la Directiva 92/85, en la carta de despido individual han de constar los criterios objetivos seguidos por la empresa para la designación de las trabajadoras afectadas. Esta última exigencia es de particular interés, ya que puede colisionar con una consolidada y polémica jurisprudencia del TS (SSTS/IV

15-03-2016, rec. 2507/14; 12-09 y 28-11-2017, rec. 3683/15 y 164/2016; 8-02-18, rec. 760/16; 8-03-18, rec. 360/16), con un sentido marcadamente flexibilizador del contenido de las cartas de los despidos individuales derivados de la medida extintiva colectiva (ex arts. 51.4 ET, en relación con el 53.1.a) ET y 122.1 LJS).

En un repaso necesariamente sintético de esta jurisprudencia, recientemente reafirmada por cierto por la STS 4-04-18 (rec. 1354/16), recordar que el TS afirma que, conforme al precepto estatutario (art. 53.1.a) la causa del despido que ha de contener la carta individual de cada trabajador se refiere a las causas económicas, técnicas u organizativas del despido en su conjunto, por lo que su expresión o mención en la carta de despido resulta innecesaria, dado que las mismas se han fijado y tratado en el periodo de consultas en el que ha de contextualizarse la comunicación individual de despido. Tampoco sería necesario, según esta doctrina casacional, la expresión en la carta de despido individual de los criterios de selección de los afectados, primero, porque tal requisito está ausente en el art. 53.1 ET, y, segundo, en base a la presunción de su conocimiento por parte de los trabajadores a través de sus representantes al haber sido objeto de negociación y acuerdo en las consultas o, en otro caso, por constar en la comunicación de la decisión final del empleador. Por último, el TS no aprecia riesgo de indefensión de los trabajadores afectados por esta omisión toda vez que pueden solicitar en cualquier momento a la empresa aportación documental acerca de las causas y de dichos criterios previamente a un eventual recurso relativo a los criterios de selección. Esta solución interpretativa entronca en el entendimiento de una conexión inescindible entre el despido colectivo y los individuales derivados de él.

Aunque en opinión de algunos autores esta jurisprudencia casacional no se opone a la comunitaria del caso *Porras Guisado*<sup>27</sup>, no comparto esta interpretación. Considero, más bien, que la contradice y que, por tanto, debe ser rectificada cuando en el despido colectivo se vean implicadas trabajadoras embarazadas. En efecto, teniendo en cuenta que la sentencia *Porras Guisado* impone en estos casos la indicación expresa y precisa en la carta de despido de los criterios de selección de los afectados, este requisito no puede entenderse cumplido por la mera integración de lo tratado a ese respecto en la fase de consultas, como sostiene la Sala IV, sino que, bien al contrario, la validez del despido debería pasar aquí por la indicación de los motivos individualizados y específicos que fundamentan la selección de la trabajadora en cuestión, habida cuenta de que su inclusión en la medida extintiva puede constituir por sí misma un indicio de discriminación por razón de sexo. Repárese en este sentido en que, aunque la Directiva 92/85 regula obligaciones preventivas por razón de la maternidad, tiene una indudable conexión con la normativa antidiscriminatoria europea, y, en particular, con el art. 2.2.c Directiva 2006/54, según la cual el trato desfavorable de una trabajadora por razón de embarazo o maternidad, en el sentido de la mencionada Directiva, constituye discriminación directa por razón de sexo<sup>28</sup>.

Con este enfoque, el empresario estaría obligado a aportar argumentos, desde el mismo momento de la comunicación de despido, de que el motivo, la razón concreta de la elección de la embarazada, está completamente desconectada de su embarazo. Ese es la finalidad que el TJUE atribuye a la expresión en la carta de despido de los criterios de

<sup>27</sup> GODINO REYES, M.: “Nuevamente sobre la carta de despido realizado en ejecución de un despido colectivo. ¿Controversia agotada?, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social, n. 425-426, 2018, pg. 151.

<sup>28</sup> Vid. BALLESTER PASTOR, A.: “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto *Porras Guisado*”, Trabajo y Derecho, n. 45, septiembre 2018

selección de la trabajadora afectada<sup>29</sup>. La sentencia Jessica Porras no implicaría, por tanto, en contra de lo postulado por alguna doctrina, la obligación empresarial de aportar nuevas causas, adicionales a las económicas generales del despido colectivo, que justificasen la inserción de la trabajadora en el mismo, sino simplemente la concreción de los motivos por los que dichas causas económicas conciernen o se proyectan específicamente en el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora embarazada afectada. Así, de no incluirse esta indicación expresa en la carta de despido individual, estaríamos en un supuesto de ilicitud formal del despido que abocaría, en principio, a la declaración de improcedencia, pero, como esta ausencia podría ser indiciaria de discriminación, si en el eventual proceso impugnativo deducido por la trabajadora afectada la empresa no aportase acreditación fehaciente de dichos motivos objetivos, desvinculados del embarazo, para su selección (inversión de la carga probatoria), el despido de la misma merecería la calificación de nulo a resultas de la afectación del principio de igualdad y no discriminación (arts. 21 CDFUE y 14 CE).

Con todo, el tema es complejo y el debate sobre la incidencia de la sentencia Porras Guisado en la procedimentalización del despido colectivo y su proyección individual en el caso de trabajadoras embarazadas está servido. De momento, ya se ha puesto de manifiesto en la doctrina judicial, en sendas sentencias: STSJ Cataluña 26 de abril 2018 (rec. 3002/2015) y STSJ Castilla y León 28 mayo 2018 (rec. 713/2018), que, pese a compartir las exigencias que conlleva la nueva jurisprudencia comunitaria respecto al contenido de la carta de despido ex art. 53.1 ET, llegan a conclusiones distintas sobre la adecuación a las mismas de la comunicación de despido controvertida. Al tratarse de controversias entre particulares, ambas sentencias proceden a una interpretación conforme de nuestro precepto estatutario a la luz de los requerimientos que el TJUE vincula al art. 10.1 Directiva 92/85, si bien en la segunda de ellas se cuestiona la posible eficacia horizontal de la misma a la luz de la previsión del art. 33.2 de la CDFUE, norma que sí ostenta eficacia y aplicabilidad directa<sup>30</sup>. A partir de ahí, la STSJ Cataluña 26 de abril 2018, opta por la procedencia del despido, al considerar la suficiencia del contenido de la carta, mientras que la STSJ Castilla y León 28 mayo 2018 se pronuncia en sentido contrario, decretando la nulidad del despido impugnado, al considerar que, de conformidad con la interpretación hecha de Directiva preventiva, la ausencia de la mención expresa del criterio de selección específico de la trabajadora demandante, implica la ilicitud formal de la carta (que supondría la mera improcedencia), pero atendiendo a que el indicio de discriminación que ello representa no ha sido neutralizado por la empresa mediante la acreditación de la existencia de motivos objetivos para selección de la trabajadora, la calificación adecuada es la de nulidad.

En este contexto de desigual recepción en suplicación de la jurisprudencia comunitaria, el TS vuelve a resistirse a los cambios que impone el TJUE. Así, la STS de 20 julio 2018, caso Grupo Rodilla (recud. 2708/16), resuelve un recurso en el que se ventila la nulidad del despido individual de una trabajadora embarazada insertado en un despido colectivo, estimando la pretensión de nulidad por no haberse acreditado suficientemente

---

<sup>29</sup> BALLESTER PASTOR, A.: “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado”, cit. ; FERNANDEZ AVILÉS, J.A.: “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo. Nuestra tutela preventiva es insuficiente”, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social, n. 425-426, 2018, pg. 155. BELTRAN DE HEREDIA, I.: Embarazadas y despido colectivo: la respuesta del TSJ de Cataluña al caso Porras Guisado”, en <http://www.Ignasibeltran.Com>, 1-06-2018.

<sup>30</sup> Por su parte, cabría un argumento más para defender la aplicación directa de la Directiva 92/87 entre particulares en este punto, residente en su interconexión con las Directivas antidiscriminatorias por razón de sexo, que sí tienen reconocida esas eficacia. Vid. BALLESTER PASTOR, A., op.cit.

por la empresa la incidencia de las causas del despido colectivo en el concreto puesto de trabajo de dicha trabajadora, pero orillando expresamente la doctrina Porrás Guisado, pese a citarla expresamente, por considerarla no aplicable al litigio (FJ 6<sup>o</sup>.4), al no haberse cuestionado en él la validez de la carta del despido individual de la demandante sino, simplemente, si los criterios de selección acordados son lo suficientemente precisos y si ha quedado debidamente acreditada la correcta aplicación de los mismos a la trabajadora afectada, pero no en la fase previa de comunicación individualizada del despido, sino, en este caso, en el proceso posterior de impugnación individual de dicho despido. Este argumento le sirve, por otra parte, para no replantearse la continuidad de su doctrina precedente al respecto (STS 15-03-2016) (FJ 6<sup>o</sup>.3), en la que, como se ha dicho, la Sala razona que no es necesario que en la carta se incorporen los criterios de selección ni la baremación que al trabajador afectado le corresponde en función de dichos criterios. No resultan en mi opinión argumentos sólidos, sino puramente instrumentales, para bordear el problema de los requisitos de validez de la carta de despido individual de trabajadoras embarazadas a la luz de la doctrina Porrás Guisado, con el consecuente replanteamiento de su propia jurisprudencia, como finalmente ha sucedido en lo referente a la unidad de cómputo del despido colectivo. Desde esa perspectiva elusiva respecto a la licitud de la carta de despido, el TS, basándose en doctrina anterior de la propia Sala y del Tco, afirma que la protección reforzada que aporta el art. 55.5 ET “*obligan al empresario a probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales*” de la trabajadora afectada, obligación que no se satisface con la mera comunicación de la relación nominativa de los trabajadores afectados ni con los genéricos criterios de selección establecidos en la memoria explicativa de las causas del despido colectivo, de modo que la falta de acreditación de tales extremos en el desarrollo del proceso impugnativo determina la sanción de nulidad del despido de la trabajadora.

En un contexto como este, de desigual aplicación por nuestros tribunales de duplicación de la doctrina Porrás Guisado, tratándose de una cuestión en la que está concernido el derecho fundamental de igualdad y no discriminación de un colectivo especialmente vulnerable en el empleo cual es de las trabajadoras embarazadas, hace imprescindible una pronta respuesta – no elusiva de la corrección europea – del TS que aporte una interpretación conforme del art. 51.3 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria, en el sentido de exigir la inclusión en la carta del despido individual de las trabajadoras embarazadas, que se haga extensiva a todos los trabajadores especialmente protegidos (p.e. representantes legales) afectados por un despido colectivo, procediendo así a una rectificación parcial de su doctrina precedente. A la espera de esta necesaria corrección integradora del TS, sería conveniente que las empresas, motu proprio, incluyan los criterios de selección y su concreción individual y específica en las cartas de despido al menos de las trabajadoras embarazadas con el objeto de desterrar incertidumbres y aporías.

Por último, conviene recordar que el TJUE considera que el Derecho español se opone (siendo este el único desajuste reconocido) al art. 10.1 Directiva 92/85 por limitarse a garantizar solo una tutela reparadora ante el despido discriminatorio de las trabajadoras embarazadas sustentada en la nulidad del mismo y el consecuente derecho a la readmisión y el abono de los salarios de tramitación (art. 55.5 ET). En definitiva, esta mera tutela ex post no satisface, a juicio del TJUE, el efecto útil de la Directiva, que exige una tutela preventiva ex ante frente al riesgo de despido, pero desde ese enfoque de interpretación “*oracular*” que con razón le reprocha la doctrina, descarta las posibles alternativas

para salvar dicho desajuste propuestas por el juez nacional formulante de la cuestión prejudicial (reglas de prioridad de permanencia y/o recolocación interna). Así las cosas, habrá que explorar soluciones integradoras que habrán de ser de orden normativo, aunque, en mi opinión, en nuestro ordenamiento no está ausente esta perspectiva preventiva (las indemnizaciones adicionales por daños morales (ex arts. 181-182 LJS) y las sanciones administrativas aplicables en caso de despido discriminatorio cumplen esa función).

Por ello, desde esa perspectiva, y pese a que la sentencia Porras entiende que no es necesario, parece conveniente, para la integración de la exigencia preventiva requerida por el TJUE, la introducción, *lege ferenda*, de los derechos de prioridad de permanencia y de recolocación en otro puesto de trabajo a las trabajadoras embarazadas en la procedimentalización del despido colectivo<sup>31</sup>, o al menos, como criterios negociables en la fase de consultas con los representantes de los trabajadores. Incluso, una previsión convencional de tales criterios contribuiría al efecto preventivo requerido por la Directiva ya que, en tal caso, la inclusión en el despido de una trabajadora embarazada esquivándolos obligaría al empresario a justificarla con motivos adicionales a los económicos generales<sup>32</sup>.

### *3.2.3.2. La ampliación del concepto de despido colectivo en función de la fuente de las extinciones: Las extinciones inducidas por modificaciones sustanciales.*

La expansión del concepto europeo de despido colectivo también está operando en su ámbito objetivo, es decir, a través de la inclusión en el ámbito de la Directiva de determinadas extinciones contractuales peculiares por producirse a iniciativa del trabajador. En efecto, recientes pronunciamientos del TJUE se refieren a la calificación que deba atribuirse a las extinciones producidas a iniciativa del trabajador aunque inducidas por modificaciones sustanciales de elementos esenciales de la relación laboral implementadas por el empleador. Como se recordará, la sentencia Pujante Rivera dio el primer paso para la interpretación expansiva de nuestro art. 51 ET a este respecto. Así, pese a algunas dudas surgidas por discrepancias terminológicas en la argumentación jurídica del fallo, en el que se manejaban como conceptos intercambiables la propia medida modificativa empresarial y las extinciones contractuales deducidas por los trabajadores afectados<sup>33</sup>, la doctrina Pujante resuelve finalmente que son las rescisiones contractuales derivadas del “*hecho de que el empresario proceda unilateralmente y en perjuicio del trabajador a una modificación de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador*” las que quedan comprendidas en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”, lo que implica, por tanto, que estas rescisiones, aun producidas formalmente a iniciativa del trabajador, no se reputan “voluntarias” y son computables no en concepto de extinciones asimiladas a efectos de cómputo sino como despidos en sentido estricto.

Por otra parte, el tenor literal de la sentencia (*rescisiones derivadas de una modificación sustancial de condiciones esenciales del contrato*) sugiere que la consideración de despido no debe restringirse a las extinciones contractuales del art. 50.1.a) ET, esto es, a las inducidas por modificaciones sustanciales que infrinjan los requisitos del art. 41 ET y

<sup>31</sup> AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La prohibición de despedir a la trabajadora que haya comunicado su embarazo: comentario de urgencia a la STJUE de 22 febrero 2018 (Jessica Porras Guisado-Bankia)”, Revista Ciudad del Trabajo, n. 4, 2018.

<sup>32</sup> FERNANDEZ AVILÉS, J.A.: “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo. Nuestra tutela preventiva es insuficiente”, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social, n. 425-426, 2018, pg. 155.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial”, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad social, n. 401-402, 2016.



redundan en menoscabo de la dignidad del trabajador (modificaciones “cualificadamente lesivas”), compensadas por la indemnización del despido improcedente, que son las que, en puridad, se consideran “despidos indirectos” y en las que se centraba la cuestión prejudicial desencadenante de la sentencia. La doctrina consideró mayoritariamente desde un principio, como ahora han venido a confirmar las sentencias Ciupa y Socha, que los efectos expansivos de la doctrina Pujante eran **más ambiciosos imponiendo también el cómputo** como despidos “verdaderos” de las extinciones a iniciativa del trabajador inducidas por modificaciones sustanciales productoras de, lo que se ha dado en denominar por nuestra doctrina, “perjuicio simple”, esto es, las operadas en el marco del art. 41.3 ET –“*si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial*”–, y, por analogía también las rescisiones reactivas a un traslado (ex art. 40.1. **párrafo tercero ET**), **medida modificativa que, aunque segregada del art. 41**, es considerada como una “*modificación sustancial*” específica por concernir a un elemento tan esencial de la relación laboral como es el cambio permanente de residencia del trabajador, y a la que es inherente un perjuicio tan evidente que en este caso –a diferencia del art. 41.3 ET– no se requiere acreditación para justificar la rescisión contractual. El encuadramiento como despidos en sentido estricto de todas ellas determina un doble efecto: de un lado, su cómputo a efectos de los umbrales, y de otro, la aplicación directa a los trabajadores afectados de las garantías previstas en la Directiva, esto es, el procedimiento de consulta-negociación y los acuerdos en él adoptados por los representantes de los trabajadores <sup>34</sup>.

Llegados a esta convención, entiendo que debe tenerse en cuenta un matiz. La “unilateralidad” de la medida modificativa, calificativo subrayado reiteradamente tanto en la sentencia Pujante (apartado 52) como en las conclusiones previas de la Abogada General (apartado 57), plantean la duda de si las rescisiones inducidas por traslados o restantes modificaciones sustanciales ex art. 41 ET implementadas previo pacto colectivo adoptado en el periodo de consultas-negociación previsto legalmente (de tratarse de medidas modificativas colectivas) podrían ser computadas y tratadas como despidos en sentido estricto, y ello pese a la existencia de perjuicio para los trabajadores individuales afectados. Entiendo que la respuesta habría de ser afirmativa por cuanto en tal supuesto la modificación que induce la extinción contractual corresponde al empresario, circunstancia que no se ve alterada por el posterior acuerdo colectivo, que tampoco afectaría al carácter de las extinciones individuales, que seguirían siendo “involuntarias” ya que la voluntad concurrente, plasmada en el acuerdo, es la voluntad colectiva y no la individual del trabajador afectado. En todo caso, si hubiera de descartarse por motivo del acuerdo colectivo la equiparación a los despidos de estas extinciones inducidas, nada se opondría a su contabilización como “extinciones asimiladas” al tratarse de extinciones a “iniciativa del empresario” por motivos “no inherentes al trabajador”.

Pues bien, a pesar de las oportunidades pro operario que conlleva, sorprendentemente la doctrina Pujante Rivera no ha tenido demasiada repercusión forense en nuestro país en contraste con el impacto de la doctrina Rabal Cañas. Algunas sentencias de suplicación, incluso, la han esquivado explícitamente, ateniéndose a pretendidas peculiaridades del supuesto litigioso que la hacían **inviable**, pese a que su aplicación hubiera permitido la solución favorable al despido colectivo<sup>35</sup>. No obstante, como excepción a esta mayoritaria pasividad de la doctrina judicial, cabe citar dos sentencias del TS que, indirectamente, la recepcionan. Así, la STS 14 julio 2017, (rec. 74/17, caso Mampower Group), confirma

<sup>34</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial”, cit.

<sup>35</sup> Vid, MOLINA NAVARRETE, C.: El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria, Wolters Kluwer, La Ley, 2017, pg. 362, con cita de pronunciamientos de las Salas de suplicación.

implícitamente la STSJ País Vasco 19 diciembre 2016 (rec. 41/16), que a su vez apostaba por considerar a afectos de los umbrales del art. 51.1 ET todas las extinciones producidas en el periodo de referencia a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, entre las que figuran los ceses producidos a consecuencia de traslado o modificación sustancial de condiciones de trabajo amparados en los arts. 40.1.4 y 41.3.2 ET. Por su parte, la importante STS 24 enero 2017 (rec. 38/16) también recepciona indirectamente la doctrina Pujante Rivera, al entender que debe equiparse al despido por causa no imputable al trabajador, previsto en la Directiva 98/59 y el art. 51 ET, una extinción contractual producida no directamente por imposición del plan negociado de reestructuración aplicado en la empresa demandante sino por la decisión del trabajador de no acogerse a una movilidad geográfica prevista en dicho plan. La equiparación se hace valer aquí a efectos de la reposición de las prestaciones por desempleo al trabajador afectado, pero, aunque el TS no se pronuncie expresamente al respecto, entiendo que debe entenderse implícitamente trasladable a efectos de cómputo de los despidos y sustentar una solución favorable a la existencia de uno colectivo.

Tras la sentencia Pujante, la actividad del TJUE no ha cesado en su labor expansiva del concepto comunitario de despido, mostrando así **su inagotable** ductilidad. Centrándose una vez más en las modificaciones sustanciales de elementos esenciales del contrato implementadas por el empresario, el Tribunal de Luxemburgo ha dado un paso más en su equiparación con el despido ex art. 1.1.a) de la Directiva 98/59 a través de dos sentencias de 21 de septiembre de 2017 (C-429/16, asunto Ciupa y C-149/16, asunto Socha), ambas derivadas de sendas cuestiones prejudiciales formuladas por tribunales polacos. Dichas sentencias resuelven las dudas planteadas por los tribunales promotores respecto a la consideración que deba darse, a tenor del concepto de despido del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59, al mero proyecto empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo esenciales que pueda dar lugar a posteriores extinciones contractuales de los trabajadores afectados, como prevé el ordenamiento laboral polaco, con independencia de que posteriormente estas rescisiones potenciales se actualicen o no. El supuesto controvertido, como puede apreciarse, es perfectamente trasladable al sistema jurídico español y próximo al planteado en el asunto Pujante Rivera, con la diferencia de que lo que se cuestiona aquí no es la calificación de las extinciones deducidas de la medida modificativa empresarial sino, como se ha subrayado, de la propia modificación sustancial operada o que se pretende aplicar en los contratos de trabajo.

Así, **mientras en** la sentencia Pujante el TJUE se decanta finalmente por encuadrar en el concepto de despido las extinciones deducidas de una medida novatoria de las características señaladas, no acogiendo el criterio **más incisivo** de la Abogada General de atribuir esa calificación a las modificaciones mismas, las sentencias Ciupa y Socha apuestan ya clara y decididamente por este último criterio, al afirmar que el artículo 1.1 de la Directiva *“debe interpretarse en el sentido de 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”, a efectos de este precepto”*, sin que, como puede apreciarse, tal calificación se supedite a la existencia de extinciones contractuales inducidas. Para tal calificación el TJUE exige cuatro requisitos acumulativos: uno, que la modificación **sea sustancial**; dos, **que** no sea transitoria; tres, que afecte a elementos esenciales del contrato de trabajo y cuatro, que sea previsible la extinción inducida de contratos por parte de los trabajadores afectados que no acepten la modificación (apartados 27-29 caso Ciupa), de forma que, contrariamente, de no ser sustancial pese a

afectar a elementos esenciales o siendo sustancial no afecte a un elemento esencial del contrato no podrá calificarse de “despido” en el sentido de la Directiva (apartado 26 caso Socha). Por otra parte, la importantísima labor de interpretación del alcance sustancial o no de la modificación y el carácter esencial o no de la condición de trabajo concernida, clave para activar la expansión del concepto de despido y, en consecuencia, el **ámbito de las garantías de la Directiva**, es responsabilidad que el TJUE deja al juez interno previa ponderación de las circunstancias de cada caso litigioso en que se ventile la existencia de un despido colectivo (apartado 30 caso Ciupa). A consecuencia de lo anterior, cumplidos los presupuestos establecidos, el art. 2 de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas en dicho **artículo desde el momento en que planea** llevar a cabo ese tipo de modificaciones (apartado 31 caso Ciupa y 29 caso Socha).

¿Qué proyección tiene en el derecho español la equiparación conceptual entre modificación sustancial y despido colectivo ex Directiva 98/59 acuñada por la doctrina Ciupa y Socha?

- En primer término, existe convención doctrinal en que el concepto de modificación sustancial afectante a elemento esencial del contrato al que se refieren las dos sentencias, permite la subsunción de los supuestos modificativos de los art. 40 ET (traslados) y 41 ET (modificaciones sustanciales), sin perjuicio de que los órganos judiciales puedan identificar conforme a la competencia que, en ese sentido, les atribuye expresamente el TJUE otros supuestos (apartado 30 asunto Ciupa), dado la textura abierta de este último precepto estatutario.
- En segundo término, y también en ello hay coincidencia doctrinal<sup>36</sup>, cuando el número de trabajadores afectado por una modificación sustancial, no transitoria y afectante a elementos esenciales del contrato alcance los umbrales del art. 51.1 ET el empresario está **obligado** a la apertura del procedimiento que incluye consulta a los representantes y comunicación a la Autoridad Laboral, desde el mismo momento en que proyecten esas novaciones modificativas, ya que el procedimiento tiene precisamente un enfoque preventivo enderezado a evitar en lo posible posteriores despidos. El incumplimiento de esta obligación viciaría de nulidad las modificaciones que se implanten.

A este respecto surgen, no obstante, algunas dudas interpretativas de no poco calado. Por un lado, en lo concerniente a cuál debe ser la unidad referencial para el cómputo de las modificaciones proyectadas, entiendo que habría que aplicar, por la evidente identidad de razón, el doble criterio de **cómputo** marcado por el TS en el caso Zardoya Otis para el despido colectivo, atendiendo primero, por tanto, al conjunto de la empresa y, subsidiariamente, al centro de trabajo de integrarse en esta unidad de empleo los umbrales.

---

<sup>36</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “Modificaciones (sustanciales y no sustanciales) de trabajo que pueden acabar en la extinción de contratos. Su impacto sobre el cómputo de trabajadores a efectos de un despido colectivo y sobre la obligación de celebrar el periodo de consultas. Notas a dos importantes sentencias del TJUE de 21 de septiembre (asuntos c-429/16 y c-149/16), en Blog Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, [http:// www. Eduardorojotorrecilla. es](http://www.Eduardorojotorrecilla.es). en [http:// www. Ignasibeltran. com](http://www.Ignasibeltran.com). post 22-09-2017; BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Modificación sustancial y cómputo del despido colectivo: más precisiones sobre los casos Ciupa y Socha del TJUE”, en [http. . .](http://...), post. 26-09-2017; ALFONSO MELLADO, C.L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo. A propósito de las dos SSTJUE de 21 de septiembre de 2017”, Trabajo y Derecho, n° 37, enero 2018; MONEREO PÉREZ, JL y ORTEGA LOZANO, P: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual”, La Ley Unión Europea, n° 54, 2017.

Por otro lado, cabe preguntarse si la exigencia de activar el procedimiento garantista del art. 2 de la Directiva se entendería cumplida por la apertura del procedimiento de consultas previsto en el art. 41.4 ET para las modificaciones y traslados colectivos o, por el contrario, habría que acudir necesariamente al específico de despido colectivo del art. 51 y RDC 1483/12. En este sentido, conviene recordar que entre ambos procedimientos existen algunas diferencias significativas. Así, mientras que en el del despido colectivo, los arts. 3-5 del RDC imponen la aportación por la empresa de una prolija documentación relativa a las causas justificativas de la medida extintiva, el de modificaciones sustanciales no se contempla tal obligación, como tampoco la de comunicación a la AL y las funciones que se le atribuyen a ésta en el desarrollo de las consultas. De la reducción de las garantías en este último procedimiento (MSCT) ¿habría que inferir la conveniencia de optar por el primero, esto es, el de despido?.

En lo que respecta a las divergencias existentes entre la documentación a aportar en las consultas, no parece que puedan representar un obstáculo serio de inaplicación del procedimiento de MSCT. En efecto, conviene traer aquí a colación la jurisprudencia unificadora que ha establecido que la documentación prevista reglamentariamente en el procedimiento de despido colectivo no constituye presupuesto de legalidad y validez formal en el caso de modificaciones sustanciales colectivas, sino que aquí tiene más bien un valor orientativo que permitirá por ello ponderar en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes –particularmente cuando se aleguen causas económicas– la necesidad de su aportación, siempre desde la perspectiva del principio de buena fe que debe informar la negociación y con vistas a la consecución de un acuerdo (SSTS 16 julio 2015, rec. 180/14 y 24 julio 2015, rec. 210/14). Visto así, habida cuenta de que, según el TS, habrá de garantizarse la aportación de todo aquello que sea necesario para el desarrollo de la negociación, este desajuste no debería imponer la superposición del procedimiento más complejo de despido.

Otra cosa es la omisión de la obligación de comunicación a la Autoridad Laboral en las MSCT. Así, mientras en los supuestos de traslado colectivo se prevé dicha comunicación con carácter previo a la apertura de las consultas y del resultado de las mismas a su **término**, si bien meramente a efectos de su conocimiento, nada impediría que la Administración competente pueda desarrollar en ese contexto las funciones de información, asesoramiento y promoción de acuerdos que desempeña en el despido colectivo. Sin embargo, la ausencia de esa previsión de comunicación en las modificaciones sustanciales ex art. 41 hace albergar dudas sobre la adecuación del procedimiento ad hoc a los requerimientos de la Directiva 98/59, tal como requieren las sentencias comentadas<sup>37</sup>.

- También suscita dudas interpretativas la calificación que correspondería a las rescisiones contractuales que eventualmente puedan deducir los trabajadores afectados a resultas de la modificación sustancial de condiciones esenciales de contrato de trabajo. A este respecto, lo farragoso y equívoco de la nueva jurisprudencia comunitaria reclama un labor interno de clarificación judicial que puede discurrir por dos soluciones interpretativas: podrían calificarse de extinciones asimiladas, tal como se apunta en algunos apartados de la fundamentación jurídica (apartado 31 sentencia Ciupa), pero en mi opinión existen más y mejores argumentos para su equiparación a los despidos en sentido estricto (despidos “verdaderos”). No sólo porque así se afirma en otros apartados

---

<sup>37</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit.

de la parte dispositiva de la sentencia Ciupa<sup>38</sup>, sino porque además es la solución que aportó anteriormente el TJUE en la sentencia Pujante Rivera de forma a mi parecer indubitada<sup>39</sup>. De esta forma, además de computar respecto a los umbrales, los trabajadores afectados por estas rescisiones inducidas quedarían incluidos y protegidos por las garantías inherentes al procedimiento de despido, dando así mejor cumplimiento al efecto útil de la Directiva.

Esta enésima apuesta expansiva del concepto de despido colectivo por parte del TJUE ha tenido eco en la doctrina de suplicación a propósito de un intento de interpretación conjunta y sistemática de la Directiva 2008/94, de 22 de octubre, sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario y la Directiva 98/59, de despidos colectivos, en relación con la responsabilidad del FOGASA en extinciones inducidas por MSCT. En efecto, la STSJ Murcia, de 15-11-2017 (rec. 245/2017), debe dilucidar si la indemnización extintiva anudada a una rescisión contractual inducida por una MSCT ex art. 41.3.2º ET debe ser asumida por el FOGASA en el caso de insolvencia de la empleadora, de conformidad al art. 33 ET. La Sala murciana, rectificando su doctrina anterior, estima el recurso del trabajador y declara la responsabilidad del FOGASA con fundamento en la doctrina Ciupa, que identifica estas extinciones con el despido ex Directiva 98/59 y en la propia jurisprudencia del TS que la recepciona. Por su parte, el TSJ Comunidad Valencia, al enfrentarse a una controversia igual a la resuelta por la Sala murciana, había promovido con anterioridad una cuestión prejudicial (Auto 19 de enero 2017, rec. 170/16, asunto Checa Hornado). En ambos casos, el debate jurídico se centra, como ha señalado la doctrina, en si la expansión jurisprudencial del concepto de despido colectivo ex Directiva 98/59 es extrapolable al ámbito de la Directiva 2008/94, de insolvencia, en la que no se habla de despido, sino más genéricamente de “término de la relación laboral”, para referenciar las indemnizaciones a garantizar por los Estados en caso de insolvencia empresarial.

Pues bien, el TJUE ya ha dado respuesta a las cuestiones planteadas por la Sala valenciana caso por medio de la sentencia 28 de junio 2018 (C-57/17, asunto Checa Hornado). En ella el Tribunal europeo admite que de la lectura conjunta de los arts. 3.1 y 2.2 de la Directiva se desprende que corresponde al Derecho nacional determinar las indemnizaciones comprendidas en el ámbito de protección de la Directiva 2008/94, pero sin perjuicio de ello entiende que esta facultad estatal está supeditada a las exigencias que se derivan del principio general de igualdad y no discriminación (esto es, que “las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que este se justifique objetivamente”). A partir de esa premisa, considera que son comparables las situaciones en las que el trabajador extingue el contrato en virtud del art. 50 ET y el art. 40 ET, en la medida en que los trabajadores *“se decantan por la extinción debido a que el empresario lleva a cabo modificaciones sustanciales de sus condiciones de trabajo que el legislador español ha considerado que no se les pueden imponer; ya que en ambos casos ha previsto que el trabajador pueda optar por la extinción del contrato de trabajo y que reciba,*

<sup>38</sup> En este sentido, BELTRAN DE HEREDIA, I.: “Modificación sustancial equiparada a despido “ex” doctrina Ciupa: primeras reacciones internas (a propósito de la garantía del FOGASA), en <http://www.ignasibeltran.com>, post 5-3-2018.

<sup>39</sup> En efecto, la sentencia Pujante Rivera afirmaba: *“Sin embargo, como revela el auto de remisión, la reducción de la remuneración fija de la trabajadora en cuestión fue impuesta unilateralmente por el empresario, por razones económicas y de producción, y, al no ser aceptada por la persona afectada, dio lugar a la rescisión del contrato de trabajo, acompañada del pago de una indemnización calculada del mismo modo que las que se aplican en caso de despido improcedente (apartado 52). Para seguidamente sostener: “Así pues, cualquier normativa nacional o interpretación de dicho concepto que llevase a considerar que, en una situación como la debatida en el litigio principal, la rescisión del contrato de trabajo no es un despido, en el sentido de la Directiva 98/59, alteraría el ámbito de aplicación de dicha Directiva y la privaría así de su plena eficacia” (apartado 54).*

*además, una indemnización*". Para el TJUE no sólo serían supuestos equiparables de "despidos indirectos", sino que, yendo más allá, asimila la extinción deducida de un traslado al despido por causas objetivas ex art. 52 ET a efectos de la cobertura por la institución de garantía de los créditos indemnizatorios no satisfechos. Consecuencia de esa asimilación, el Tribunal entiende que no hay justificación "*para un trato distinto por lo que respecta a la cobertura por el Fogasa de los créditos derivados de las indemnizaciones previstas en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores y de los créditos resultantes de las indemnizaciones previstas en los artículos 50 a 52 de dicho Estatuto*". Entiendo, no obstante, que, siguiendo su doctrina precedente respecto a las extinciones inducidas de MSCT, cabe inferir dos soluciones. La primera, que la asimilación no sólo comprende al traslado, que es el objeto de debate en el proceso principal en este caso, sino a las restantes modificaciones sustanciales ex art. 41 ET. En segundo lugar, que no hubiera sido necesario acudir a la asimilación con el despido objetivo ex art. 52 ET, como hace la sentencia, para la integración de las indemnizaciones resultantes de las extinciones en el art. 33 ET. Su asimilación al despido colectivo ex Directiva 98/59 (asuntos Pujante, Ciupa y Socha), hubiera bastado para fundamentar una reinterpretación del art. 33 ET en el sentido de subsumir la indemnizaciones previstas en el primer caso en las vinculadas al despido colectivo garantizadas por el FOGASA, como hizo la Sala murciana en la precitada sentencia<sup>40</sup> y como también hiciera con anterioridad la Sala IV en STS 24 enero 2017, extrapolando esa extensión del concepto de despido colectivo al ámbito de la reposición del derecho a prestaciones por desempleo tras una extinción deducida de una traslado no aceptado por el trabajador.

La sentencia Checa Hornado, ahonda, pues, en la tendencia expansiva del concepto de despido colectivo y pone de manifiesto, una vez más, su transversalidad, afectando en este caso a otra institución nuclear del Derecho Laboral, cual es la de protección de los trabajadores en casos de insolvencia empresarial, dando ocasión de nuevo aquí a los tribunales españoles para reconstruir (re-crear) la norma interna (ex art. 33 ET) y reconocer derechos subjetivos a los trabajadores no contemplados en la misma.

### *3.2.4. El papel de la Administración en el procedimiento de despido*

Es de sobra conocido, que el núcleo de las garantías de la Directiva 98/59 se centra, por un lado, en la fase de consultas con los representantes de los trabajadores, enderezada a la consecución de un acuerdo sindical que evite o reduzca su alcance numérico y atenúe, mediante medidas sociales, las consecuencias de las extinciones (art. 2); y, por otro lado, en la comunicación que la empresa debe hacer a la autoridad pública competente del proyecto de despido y de las consultas (art. 3). Cumplido el trámite de consulta sin acuerdo, la norma europea desplaza la decisión extintiva al empresario, que surtirá efectos transcurridos 30 días de la notificación (art. 4). En ese plazo, la autoridad administrativa puede buscar soluciones o prorrogar el plazo de efectividad del despido, pero carece de potestad sobre la decisión final. Es decir, la norma europea no exige un sistema de control público "fuerte" representado por la autorización administrativa previa de la medida extintiva. No obstante, al amparo de la cláusula de mejora, los Estados pueden atribuir a la Administración mayores poderes en el procedimiento, que pueden ir desde la mediación en el conflicto y la promoción del acuerdo hasta algún tipo de autorización pública (art. 5). En este esquema de protección reforzada se inscribía nuestro sistema de despido previo a la reforma laboral 2012, basado en la autorización administrativa final a la que

<sup>40</sup> En el mismo sentido, BELTRAN DE HEREDIA. I.: "Modificación sustancial equiparada a despido ex doctrina Ciupa...", cit.

se supeditaba el despido cuando no se hubiese logrado un acuerdo con los representantes de los trabajadores. Pese a tratarse de un modelo descartado de momento por nuestro legislador, puede resultar de interés la interpretación del TJUE respecto a su adecuación a la Directiva a la vista de su eventual recuperación en el marco del desmantelamiento parcial de la reforma de 2012 que reivindican las organizaciones sindicales y algunas fuerzas políticas.

El toque de atención viene dado por la sentencia TJUE de 21 diciembre 2016 (c-201/15, asunto Consejo Estado Grecia), que responde a una cuestión prejudicial relativa al modelo griego de control administrativo del despido, equiparable a nuestro precedente estatutario, en la que el TJUE apuesta por la preeminencia de la racionalidad económica subyacente a la Directiva 98/59. Con esta sentencia, con la que parte de nuestra doctrina se ha mostrado muy crítica<sup>41</sup>, el Tribunal europeo rechaza un procedimiento que, amparándose en la cláusula de mejora nacional (art. 5 Directiva), desplace la decisión de despido a la Autoridad pública quedando “*excluida en la práctica toda posibilidad efectiva de que el empresario realice los despidos*” finalmente. Para el TJUE, el procedimiento debe garantizar que, de no lograrse acuerdo sindical, los despidos proyectados por el empresario sigan siendo posibles, aunque su implementación se sujete al cumplimiento de las exigencias objetivas que establezca la normativa nacional aplicable, ya que de otro modo, de supeditarlos a la autorización administrativa, el sistema de decisión de despido no sólo privaría a la Directiva 98/59 de su efecto útil (frustrando su finalidad de uniformizar a nivel europeo las cargas de las empresas) sino que supondría una injerencia de la libertad de establecimiento (art.49 TJUE) y de la libertad de empresa (art. 16 CDFUE). Las restricciones de ambas libertades, basilares en la integración europea, no están justificadas en este caso, según el TJUE, por “razones de interés general” “proporcionadas” (apartados 61 y ss.), ya que, si bien cabría invocar jurisprudencia anterior que, haciendo valer la razón social inherente al Derecho europeo, admite que “*consideraciones basadas en el mantenimiento del empleo puedan constituir, en determinadas circunstancias y con sujeción a determinados requisitos, justificaciones aceptables de una normativa nacional que tenga por efecto obstaculizar la libertad de establecimiento*”, la proporcionalidad requerida estaría ausente cuando las medidas adoptadas por el Derecho interno para la protección de los trabajadores frente al despido injustificado y, en particular, frente a las consecuencias del despido colectivo, consistan en una autorización administrativa discrecional e indiscriminada basada en criterios genéricos de protección del empleo con un alcance de veto de la decisión empresarial.

En ese orden de ideas, creo que la argumentación del Tribunal europeo se puede compartir, situados en el marco de sistemas jurídicos que, como el español, garantizan un exhaustivo control judicial *ex post* de las causas justificativas y la conformidad a Derecho del procedimiento legal, incluida la garantía de efectividad de la negociación colectiva inherente al mismo. Los jueces y tribunales del orden social son ahora los garantes de la protección de los trabajadores afectados frente a despidos colectivos injustificados y/o formalmente viciados a través de la doble vía impugnativa, colectiva e individual, prevista en nuestra LJS. Y no olvidemos que se trata de un control efectivo y eficiente, que ha “tumbado” en torno a la mitad de los despidos colectivos implementados en España tras la “desadministrativización” del procedimiento ex art. 51 ET.

---

<sup>41</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ¿héroe o villano? A propósito de la autorización administrativa para proceder a un despido colectivo (en Grecia) como una limitación a la libertad de empresa. Notas a la sentencia del 21 de diciembre (C-2011/15) y amplio recordatorio (muy crítico) de las conclusiones del abogado general”, [http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/12/el-tribunal-de-justicia-de-la-union\\_22.html](http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/12/el-tribunal-de-justicia-de-la-union_22.html), entrada 22-12-2016.

En clave nacional y en el contexto del debate político sobre la recuperación del modelo procedimental pre-reforma laboral 2012, la jurisprudencia comunitaria comentada supone, como se ha apuntado doctrinalmente, un serio obstáculo cuando no un impedimento para ello si la pretensión es recuperar un sistema de control administrativo indiscriminado y basado en criterios genéricos e indeterminados de protección de los trabajadores y del empleo<sup>42</sup>, pero, sin embargo, no impediría, en mi opinión, un fortalecimiento del papel de la Administración laboral. En este sentido, la propia sentencia TJUE del asunto Grecia no excluye tajantemente una autorización administrativa dirimente en el despido impuesta por los Estados miembros como norma más favorable, siempre que ese control fuerte sea de carácter excepcional y quede sujeto a límites precisos, de modo que la decisión administrativa se habría de fundar en motivos de interés general y atenerse a criterios específicos, concretos, objetivos y proporcionados puestos al servicio de dicho interés.

Por lo demás, pese a la eliminación de la autorización previa, el vigente procedimiento de despido colectivo no está absolutamente desadministrativizado, bien al contrario, las funciones de la Administración laboral, a las que se suman las atribuidas a la ITSS, siendo distintas, resultan de gran relevancia y suficientes (art. 51.2. 11º ET y 10-11 RD 1483/2012, 29-10). Es cierto que se abandona su anterior función cuasi-jurisdiccional pero se pasa a otorgarle otras **funciones, en mi opinión, más acordes con el mayor peso que el legislador ha querido proporcionar a la negociación colectiva**, representada por la fase de consultas, convertida ahora en el nuevo eje del sistema de decisión nacional, al igual que en la Directiva 98/59, que, como se ha dicho, se inscribe en una técnica de legitimación de los poderes empresariales (aquí reorganizativos), cada vez más extendida en los sistemas de relaciones laborales, basada en la proceduralización reflexiva o participada del sistema decisorio (democratización industrial “débil”)<sup>43</sup>. Así, corresponde a la AL velar por la efectividad de las consultas-negociación entre empresa y representantes de los trabajadores, lo que implica una labor de supervisión y apoyo de la negociación para que exista una negociación real y que la misma se desarrolle, como exige la ley, conforme a las exigencias de la buena fe (poder de supervisión), lo cual resultará de gran trascendencia en un ulterior proceso impugnativo en el que se ventile la nulidad del despido. Por otro lado, podrá remitir advertencias y recomendaciones a las partes en aras de dinamizar la negociación y promover los acuerdos (poder potestativo de tutela). Igualmente, la autoridad laboral podrá realizar, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo resolviendo situaciones de bloqueo (potestades mediadoras potestativas) (arts. 51.2 ET y 10-11 RDC 1382/12). De este modo, el legislador español apuesta por una implicación pro-activa de la Administración laboral, siguiendo las pautas marcadas por la Directiva 98/59<sup>44</sup>, si bien las articula mediante funciones mayormente potestativas, por lo que su efectividad real dependerá del grado de compromiso que en cada caso decida tener la Autoridad Laboral, proclive frecuentemente a una actitud pasiva en el procedimiento de despido.

<sup>42</sup> LAHERA FORTEZA, J.: “Límites europeos a la autorización administrativa en el despido colectivo”, Trabajo y Derecho, n.28, 2017.

<sup>43</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea y su incidencia en el Derecho interno”, Temas Laborales, núm. 130, 2015, pg.340.

<sup>44</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....”, cit. pg. 337.



### 3.2.5. ¿Resultan de aplicación los criterios expansivos de la jurisprudencia comunitaria a los despidos colectivos en el sector público?

Esta cuestión tiene un hondo calado dado que, tratándose de despidos atinentes a empleador y trabajadores asalariados públicos, la Directiva 98/59 (y su jurisprudencia interpretativa) tiene eficacia vertical, resultando por tanto de aplicabilidad directa a los litigios derivados sin necesidad de recurrir a la interpretación conforme.

Pues bien, la respuesta a la duda interpretativa exige partir, en primer lugar, del art. 1.2.b) de la Directiva 98/59, que excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los «los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)». Al amparo de esta regla excluyente, el TS en consolidada doctrina viene rechazando su aplicación al sector público, afirmando que en este ámbito de empleo “*no ha de jugar papel ninguno ni siquiera interpretativo*”, de modo que la cuestión controvertida ha de dilucidarse exclusivamente a la luz de las prescripciones estatutarias españolas (por todas, STS 21 abril 2015, rec. 1235/14). En contraste con la posición del TS, la doctrina de suplicación ha recurrido en algunos supuestos a la jurisprudencia comunitaria (Rabal Cañas y Pujante Rivera) en la resolución de litigios sobre despidos colectivos contextualizados en las Administraciones Públicas, bien es cierto que sin proporcionar mayores argumentos que justificaran el “descuelgue” de la doctrina casacional y sin que, de momento, el TS haya tenido que enfrentarse a resolver discrepancias al respecto en unificación de doctrina.

No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia comunitaria aporta argumentos para defender la solución contraria, esto es, la posible aplicación de la Directiva 98/59, y los recientes criterios interpretativos del TJUE analizados, a los despidos colectivos en el sector público si se cumplen determinados requisitos. En efecto, **la sentencia TJUE 21 septiembre 2017 (Socha)** parte de esa premisa para entrar a conocer de la controversia objeto del proceso principal, dado que esta se ubica en un hospital público. En este sentido, el TJUE considera que la aplicación será posible cuando existan elementos que permitan deducir la voluntad del legislador nacional de extender la protección de la Directiva a los empleados públicos. En el asunto Socha, llega a esta conclusión tras la información proporcionada por el tribunal remitente según la cual la norma interna polaca de transposición ha ampliado el ámbito de aplicación de la Directiva, resultando también aplicable a los trabajadores hospitalarios implicados en el litigio (apartados 20-21 sentencia Socha).

Desde esta perspectiva, el parámetro para determinar si la Directiva (y su jurisprudencia interpretativa) resulta de aplicación al sector público reside en dilucidar si el legislador interno de un Estado miembro, acogándose a la regla de mejora potestativa prevista en la norma europea (art. 5), ha ampliado en este sentido su ámbito de aplicación. Abordando esa operación interpretativa respecto a nuestro ordenamiento, puede afirmarse que arroja indicios suficientes para concluir que se ha producido la extensión implícita de la norma estatutaria de trasposición de la Directiva a los empleados públicos<sup>45</sup>. Es lo que cabe inferir, con carácter general, del art. 7 del TR Ley 5/2015, 30 octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando establece que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por la legislación laboral, resultando por tanto de aplicación el art. 51 ET. Por otra parte, y ya en particular respecto a los despidos, la

<sup>45</sup> Vid. ALFONSO MELLADO, C.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo”, cit., Trabajo y Derecho, 2018.

DA 16ª ET establece que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) ET y sus normas de desarrollo. Finalmente, el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo (arts. 34-48 RD 1483/2012) apunta en el mismo sentido, con normas aplicables específicamente al procedimiento de despido cuando este opere en las Administraciones y demás entes comprendidos en el sector público.

Pudiendo inferir, así, por vía interpretativa, que la voluntad del legislador español ha sido, indubitadamente, extender el régimen jurídico general del despido colectivo ex art. 51 ET al personal laboral del sector público, al amparo del art. 5 de la Directiva 98/59, también habrá de considerarse indubitadamente aplicable a estos despidos la extensión subjetiva y objetiva del concepto operada por la jurisprudencia del TJUE analizada.

#### 4. CONCLUSIONES

- La emergencia y fortalecimiento del sistema de control multinivel de los derechos sociales –forjado por la jurisprudencia comunitaria y articulado mediante el diálogo TJUE-jueces nacionales–, está generando importantes y contrapuestos efectos en lo concerniente al concepto y régimen jurídico español de despido colectivo. La inusitada intensidad cronológica y densidad temática de este diálogo se debe, en buena parte, al activismo de jueces y tribunales de suplicación españoles, aunque también han contribuido los de otros Estados con normativa equiparable a la española en la materia. Resultado de lo anterior, podemos hablar de una recreación judicial del art. 51 ET operada por nuestros tribunales sociales para reconocer derechos que, al parecer del TJUE, la Directiva 98/59 atribuye a los trabajadores pero que, sin embargo, no presentes en la norma estatutaria. Esta operación de creación judicial de Derecho y derechos, que está poniendo a prueba la ductilidad y adaptabilidad del modelo estatutario de despido colectivo está resultando ambivalente, aportando luces pero también sombras en un ámbito tan sensible, cual el de las reestructuraciones empresariales, en el que se enmarca la institución extintiva. Así, por un lado, está aportando positivas soluciones pro-operario que nuestra doctrina de suplicación y, con mayor resistencia, el Tribunal Supremo está aplicando en su recepción de la jurisprudencia comunitaria, pero a cambio de ello está generando aporías e indeseables dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica en las empresas, llegando incluso en ocasiones hasta soluciones rayanas en la interpretación contra legem.
- Los vectores más destacables del desarrollo de la reciente jurisprudencia comunitaria y su impacto en el régimen del despido colectivos se resumen en dos. Por un lado, la tendencia expansiva del concepto europeo de despido colectivo, en sus dos vertientes: subjetiva, que enlaza con la expansión del concepto europeo de trabajador (sentencia Balkaya) y objetiva, a propósito de las nuevas extinciones computables pese a producirse formalmente a iniciativa de trabajador (sentencias Pujante, Ciupa y Socha). El segundo vector, se centra en el fortalecimiento de la “transversalidad” del concepto de despido colectivo, concerniendo a otras instituciones nucleares del Derecho social del Trabajo: protección de la maternidad y no discriminación por razón de género (sentencia Porras Guisado) y derechos de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial (sentencia Checa Hornado).

- Con respecto al primero, la expansión del concepto de despido colectivo, las soluciones interpretativas del TJUE resultan irregulares y, en ocasiones, ambivalentes al bascular sobre los principios pro-operario y pro-empresa. Así, algunas sentencias están informadas por el principio pro operario al hacer primar la razón social sobre la racionalidad económica subyacentes a la Directiva de despido colectivo. Es el caso de las sentencias Pujante, Ciupa y Socha, que incluyen no sólo en el cómputo de los umbrales, sino como despidos en sentido estricto, las extinciones deducidas a iniciativa del trabajador a resultas de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Otras resultan ambivalentes, como sucede con la sentencia Rabal Cañas, que establece la exigencia del que el centro de trabajo sea parámetro referencial para el cómputo de los umbrales, con efectos diversos y contrapuestos pro-operario o pro-empresa en función de las características organizativas de las empresas –uni o pluricelulares–. Este valor ambivalente lo ostenta también la sentencia Balkaya, ya que la consideración de administradores societarios y becarios en prácticas en las extinciones computables tiene un indudable efecto pro-operario, pero a cambio su consideración a efectos de la plantilla “habitual” de la empresa, sobre la que se referencia el cómputo de los despidos, tiene justamente, por lo general, el efecto contrario. La misma calificación puede atribuirse a la doctrina Porras Guisado, que, por un lado, impone mayores cargas informativas a las empresas en la procedimentalización del despido individual de trabajadoras embarazadas incluidas en un despido colectivo a cambio de no exigir el reforzamiento de la protección preventiva o ex ante de las mismas frente al despido colectivo mediante técnicas específicas como la prioridad de permanencia o la recolocación.

Por su parte, existen otras en las que ha prevalecido la racionalidad económica para preservar, ante todo, los derechos fundamentales de libre establecimiento y libertad de empresa frente a modelos nacionales de procedimentalización del despido colectivo desproporcionadamente administrativizados (caso Consejo de Estado Grecia), lo que resulta trasladable, en clave nacional, al debate político existente sobre el desmantelamiento de la reforma laboral de 2012.

- En cuanto a la transversalidad del despido colectivo, las sentencias Porras Guisado y Checa Hornado resultan muy ilustrativas. La primera, pone en conexión el despido colectivo y la Directiva 92/85, de protección de la maternidad e indirectamente, con las directivas antidiscriminatorias, obligando a una rectificación del criterio flexibilizador del TS respecto al contenido de la comunicación de los despidos individuales. Y de la segunda, se deriva una ampliación del ámbito del art. 33 ET para albergar las indemnizaciones por rescisión contractual inducida por traslado o MSCT.
- Nuestros tribunales de suplicación, amén de ser promotores de un buen número de cuestiones prejudiciales que han decantado algunos de los más trascendentes pronunciamientos del Tribunal europeo atinentes al régimen jurídico del despido colectivo, se han mostrado muy receptivos a la pronta aplicación de la doctrina comunitaria, si bien de forma contradictoria en algunos casos, forzando la intervención unificadora del TS poco proclive, por cierto, a recepcionar las correcciones, no siempre precisas, impuestas por el Tribunal de Luxemburgo. Entre las fortalezas de la doctrina casacional decantada de este proceso cabe resaltar la aportación de soluciones prácticas pro-operario respecto a la unidad de empleo referencial del cómputo de los despidos (caso Zardoya Otis); el cómputo

y aplicación de la protección a las peculiares extinciones deducidas de MSCT (STS 14 julio 2017, (rec. 74/17, caso Mampower Group), referencia a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador confirma implícitamente la STSJ País Vasco 19 diciembre 2016, rec. 41/16, que a su vez apostaba por considerar a afectos de los umbrales del art. 51.1 ET todas las extinciones producidas en el periodo de, entre las que figuran los ceses producidos a consecuencia de traslado o modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de los arts. 40.1.4 y 41.3.2 ET. Así como la importante STS 24 enero 2017, rec. 38/16, que también recepciona indirectamente la doctrina Pujante Rivera al entender que debe equiparse al despido por causa no imputable al trabajador previsto en la Directiva 98/59 y el art. 51 ET una extinción contractual producida no directamente por imposición del plan negociado de reestructuración aplicado en la empresa demandante sino por la decisión del trabajador de no acogerse a una movilidad geográfica prevista en dicho plan. La equiparación se hace valer aquí a efectos de la reposición de las prestaciones por desempleo al trabajador afectado, pero, aunque el TS no se pronuncie expresamente al respecto, entiendo que debe entenderse implícitamente trasladable a efectos de cómputo de los despidos y sustentar una solución favorable a la existencia de uno colectivo.

Pero también se detectan debilidades. Así, algunas soluciones interpretativas constituyen una operación de recreación (más que de integración) del art. 51.1 ET, (caso Zardoya) que después, con cierta incoherencia, se desmonta cuando se trata de extrapolar el criterio comunitario de cómputo de los despidos a supuestos de cierre total de un centro de trabajo con cese de toda su plantilla (caso Urbaser). En otros casos, el TS simplemente esquiva la aplicación de la jurisprudencia comunitaria en una prueba de su resistencia a rectificar su doctrina precedente, como ha ocurrido en relación con la protección de las trabajadoras embarazadas incluidas en un despido colectivo (sentencia 20 julio 2018, caso Grupo Rodilla).

## 5. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La prohibición de despedir a la trabajadora que haya comunicado su embarazo: comentario de urgencia a la STJUE de 22 febrero 2018 (Jessica Porras Guisado-Bankia)”, Revista Ciudad del Trabajo, n. 4, 2018.

ALCARAZ ORTIZ, S.: El despido colectivo en la empresa, Lex Nova, Valladolid, 2015

ALFONSO MELLADO, C.L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo. A propósito de las dos SSTJUE de 21 de septiembre de 2017”, Trabajo y Derecho, nº 37, enero 2018.

BALLESTER PASTOR, A.: “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado”, Trabajo y Derecho, n. 45, septiembre 2018

BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Modificación sustancial y cómputo del despido colectivo: más precisiones sobre los casos Ciupa y Socha del TJUE”, en [http:// www. ignasibeltran. com](http://www.ignasibeltran.com), entrada 26-09-2017

BELTRAN DE HEREDIA, I.: Embarazadas y despido colectivo: la respuesta del TSJ de Cataluña al caso Porras Guisado”, en [http:// www. ignasibeltran. com](http://www.ignasibeltran.com) , entrada 1-06-2018

BELTRAN DE HEREDIA, I.: “Modificación sustancial equiparada a despido “ex” doctrina Ciupa: primeras reacciones internas (a propósito de la garantía del FOGASA), en <http://www.ignasibeltran.com>, entrada 5-3-2018.

CASAS BAHAMONDE, M.E.: “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales.

Los efectos de la sentencia del TJUE Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo del ET”, *Derecho de Relaciones Laborales*, n.º 4, 2015, pg. 397-398.

CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Los conceptos de «centro de trabajo» y «despido colectivo» en el «Derecho de la Unión», a propósito de la Directiva 98/59/CE”, *La Ley Unión Europea*, N.º 29, Año III, 30 de Septiembre de 2015, Editorial LA LEY

DESDENTADO BONETE, A.: “Problemas de aplicación del derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis”, *Revista de Jurisprudencia*, 15 febrero 2017.

FERNANDEZ AVILÉS, J.A.: “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo. Nuestra tutela preventiva es insuficiente”, *CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 425-426, 2018.

GODINO REYES, M.: “Nuevamente sobre la carta de despido realizado en ejecución de un despido colectivo. ¿Controversia agotada?, *CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 425-426, 2018.

GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial”, *CEF, Revista de Trabajo y Seguridad social*, n. 401-402, 2016.

GUTIERREZ VELASCO, I.: “El “trabajador europeo” se pone en forma”, *Revista Trabajo y Derecho*, n. 19, 2016

LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, n.º 34, 2017.

LAHERA FORTEZA, J.: “ Límites europeos a la autorización administrativa del despido colectivo. Comentario a la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Trabajo y Derecho*, n.º 28, 2017.

MANEIRO VAZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo*, n.º 127, 2017.

MARTÍNEZ MORENO, C.: “Cap. V. Vicisitudes y crisis empresariales”, en *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, (GARCÍA MURCIA, J. (dir.), MTAS, Madrid, 2005.

MERCADER UGUINA/DE LA PUEBLA: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

MOLINA NAVARRETE, C.: “¿Cuál es el ámbito de cómputo del despido colectivo. Una lectura “pro comunitate” a favor de la empresa (favor bussines)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 398, mayo 2016.

MOLINA NAVARRETE, C.: “La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de última palabra?. Experiencias de tutela del contratante débil”, *Diario La Ley*, n.º 9008, 2017.

MOLINA NAVARRETE, C.: “La doctrina “Diego Porras” desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿noble sueño o nueva pesadilla?”, *Diario La Ley*, n.º 9053, octubre 2017.

MOLINA NAVARRETE, C.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, Wolters Kluwer, La Ley, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea y su incidencia en el Derecho interno”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores” I, *Civitas*. Revista española de derecho del trabajo, nº 56, 1992.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 53”, en VV.AA: *La Europa de los derechos. Estudios sistemático de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual”, *La Ley Unión Europea*, nº 54, 2017.

MONTALVO CORREA, J.: “Delimitación jurídica del supuesto del despido colectivo”, en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*

NAVARRO NIETO, F.: *El despido colectivo en el Derecho español*, Aranzadi, 1997.

PRADOS DE REYES, F.J.: “Despidos colectivos”, en AA.VV.: *La Reforma laboral de 1994* (Alarcón Caracuel, M.R. coord.), Madrid, 1994.

ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos. Concepto de trabajador. Inclusión de altos cargos y de quienes realizan prácticas formativas. Nota a la sentencia del TJUE de 9 de julio (asunto C-229/14)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/07/ue-despidos-colectivos-concepto-de.html>, entrada 29-07-2015.

ROJO TORRECILLA, E.: “Modificaciones (sustanciales y no sustanciales) de trabajo que pueden acabar en la extinción de contratos. Su impacto sobre el cómputo de trabajadores a efectos de un despido colectivo y sobre la obligación de celebrar el periodo de consultas. Notas a dos importantes sentencias del TJUE de 21 de septiembre (asuntos c-429/16 y c-149/16), en Blog Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, <http://www.eduardorojotorrecilla.es>, entrada 22-09-2017.

ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ¿héroe o villano? A propósito de la autorización administrativa para proceder a un despido colectivo (en Grecia) como una limitación a la libertad de empresa. Notas a la sentencia del 21 de diciembre (C-2011/15) y amplio recordatorio (muy crítico) de las conclusiones del abogado general”, [http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/12/el-tribunal-de-justicia-de-la-union\\_22.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/12/el-tribunal-de-justicia-de-la-union_22.html), entrada 22-12-2016.

ROJO TORRECILLA, E.: “Despidos colectivos. Dos nuevas sentencias del TJUE sobre el concepto de centro de trabajo y el método de cálculo del número de trabajadores despedidos. Notas a la sentencias de 13 de mayo, con especial atención al asunto C-392/13 y su posible impacto sobre la legislación y jurisprudencia española”, [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es), entrada.

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Hacia el concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea, en especial, en la Política social propiamente dicha”, Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, Vol. 20, N<sup>o</sup>. 1, 2017.

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea”, La Ley Unión Europea, número 50, 2017.

VALDES DAL-RÉ, F.: “Los tribunales laborales en España y el Derecho social comunitario: un diálogo emergente”, Actualidad Laboral, t. 3, 1998.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, en AA.VV.: La Reforma del mercado laboral, Valladolid, 1994.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El papel del juez laboral como juez comunitario: colaboración externa y disidencia interna”, Relaciones Laborales, n<sup>o</sup> 3, febrero 1998.

VALDÉS DAL-RÉ. F.: *El Constitucionalismo europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales laborales: luces y sombras*. Bomarzo, Albacete, 2016.

**IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA  
DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA  
UNIÓN EUROPEA**

**LA PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LOS PROCESOS DE  
MOVILIDAD LABORAL**

D<sup>a</sup>. MARGARITA ARENAS VIRUEZ

*Prof<sup>a</sup>. Contratada Doctora de D<sup>o</sup> del Trabajo y de la Seguridad Social. Acreditada para  
Titular de Universidad. Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL ENTRE LA UE Y LOS ESTADOS MIEMBROS
3. LAS PRESTACIONES DE PROTECCIÓN SOCIAL: NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN
4. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL
5. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA PROTECCIÓN DE ASISTENCIA SOCIAL DEL MIGRANTE POR MOTIVOS LABORALES
6. CONCLUSIONES



## 1. INTRODUCCIÓN

La protección social frente a los procesos de movilidad laboral es un tema de gran amplitud, incluso aunque se aborde teniendo como referencia los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante). Y es que son numerosísimas las sentencias del TJUE que se pronuncian sobre la adecuación de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, incluido el español, al Derecho de la Unión Europea en materia de protección social, en relación con la aplicación del Derecho comunitario, sobre todo de las normas que regulan la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en los supuestos en los que los ciudadanos se desplazan de un país a otro, en los que surgen complejas cuestiones sobre la determinación de la legislación de aplicación y sobre las propias reglas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en aras de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas.

Pero el tema de esta ponencia ha de tratarse desde la temática de las Jornadas Universitarias en la que se enmarca, por lo que la protección social frente a los procesos de movilidad laboral ha de abordarse desde el impacto que la jurisprudencia del TJUE haya tenido en la legislación española. Este enfoque reduce de forma considerable el tema objeto de estudio. Y es que, aunque es cierto que las cuestiones prejudiciales planteadas en materia laboral y de Seguridad Social por nuestros Tribunales de Justicia se han incrementado en los últimos tiempos<sup>1</sup>, también lo es que los pronunciamientos del TJUE que han impactado en la legislación española en materia de protección social en procesos de movilidad laboral no son muchos, a pesar de que, en principio, la perspectiva de análisis adquiere una gran amplitud.

En efecto, este tema se puede abordar atendiendo a dos perspectivas de análisis. Primero, atendiendo a los supuestos de movilidad laboral entre Estados miembros de la UE, siendo condición necesaria que uno de esos Estados sea el español, en cuyo caso pueden surgir cuestiones controvertidas sobre las que se haya pronunciado el TJUE, si bien sólo interesan aquellos pronunciamientos que hayan tenido por objeto la adecuación de la normativa española al Derecho de la UE puesto que sólo éstos pueden tener un impacto directo en la legislación española. Y, segundo, atendiendo a los supuestos de movilidad laboral entre Estados miembros de la UE diferentes al español, en cuyo caso los pronunciamientos del TJUE que hayan recaído podrán tener una incidencia indirecta, en el sentido de que su doctrina ha de ser tenida en cuenta a los efectos de interpretar el Derecho de la UE y, con ello, de acomodar el ordenamiento jurídico interno; pero no un impacto directo en la legislación nacional en el sentido de que el conflicto no versa sobre una norma del Derecho español<sup>2</sup>. Por ello, este segundo punto de análisis queda fuera de nuestro objeto de estudio.

---

<sup>1</sup> Véase a MIRANDO BOTO, J.M.: “Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social”, en VV.AA., *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral*, Bomarzo, 2014, págs. 281-301 y “El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos”. *Revista Aranzadi Unión Europea número 5/2018, parte Doctrina*. Editorial Aranzadi, BIB 2018/8759, pág. 2 (versión online). En otros tiempos, las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces y tribunales españoles del orden social al TJCE eran muy pocas (entre 1992 y 1999 apenas superaban la docena). Así se especifica en LUJÁN ALCARAZ, J.: “La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el juez español: la cuestión prejudicial en el orden social (I)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social, vol. V, parte Tribuna*. Editorial Aranzadi, 1999 (BIB/1999/1381), pág. 2.

<sup>2</sup> Sirva como ilustración de lo que se quiere decir la influencia que podría tener la STJE de 23 de abril de 2015 (TJCE/2015/121), caso Franzen y otros, en la que el TJUE declara que la persona que ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro (Alemania) está sometida a la legislación de éste, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro (Holanda), lo que no impide al Estado de residencia conceder prestaciones familiares a dicha persona con arreglo a su legislación. Sobre esta sentencia puede verse a Véase a PÉREZ DEL

Como también queda fuera el análisis de la jurisprudencia del TJUE con impacto en la legislación española de protección social, de considerable importancia en los últimos años, pero que no tiene como base fáctica un proceso de movilidad laboral. Por ello, no serán analizados pronunciamientos del TJUE de relevancia por su incidencia en la legislación de Seguridad Social, tales como, por poner un par de ejemplos, la STJUE de 14 de abril de 2015 (TJCE/2015/15), caso Cachaldora Fernández y la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (TJCE/2017/196), caso Espadas Recio, en las que se analiza si son discriminatorias ciertas normas en virtud de las cuales se aplican reglas particulares para los trabajos a tiempo parcial.

De esta forma, el tema objeto de estudio queda delimitado en el sentido de que se requiere que se haya producido un proceso de movilidad laboral, habiéndose iniciado una actividad laboral o profesional (incluyendo a los trabajadores transfronterizos y a los trabajadores desplazados por sus empresas), en el que haya surgido alguna controversia de carácter jurídico en materia de protección social que haya dado lugar a un pronunciamiento del TJUE con incidencia directa en la legislación española. Pero, en estos procesos de movilidad laboral, también se ha de prestar debida atención a la jurisprudencia del TJUE sobre protección social, en concreto, en materia de asistencia social, de las personas que emigran por motivos laborales pero que aún no han encontrado un empleo o, en su caso, cuando se produce la finalización del mismo.

Ahora bien, antes de entrar a analizar el impacto que la jurisprudencia del TJUE ha tenido sobre la legislación española en materia de protección social, en los términos que se han perfilado, se considera oportuno abordar dos cuestiones previas: la delimitación competencial en materia de protección social entre la UE y los Estados miembros, así como la identificación de las prestaciones que se integran dentro del concepto de protección social; aspectos, ambos, que adquieren gran relevancia, en la mayoría de las ocasiones, a los efectos de enmarcar jurídicamente la respuesta y la argumentación seguida por los pronunciamientos del TJUE con impacto en la legislación española en materia de protección social.

## **2. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL ENTRE LA UE Y LOS ESTADOS MIEMBROS**

Dentro del marco del principio de atribución, el art. 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante) dispone que las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros se aplicarán, entre otros, al ámbito de la política social, en los aspectos definidos en el propio TFUE. Así, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la UE tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con “la garantía de una protección social adecuada” y “con la lucha contra la exclusión social” (art. 9 del TFUE). Siendo una de las finalidades de la UE y de los Estados miembros, a tenor del art. 151 del TFUE, la de conseguir “una protección social adecuada”, teniendo presente derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los

---

PRADO, D.: “¿Quién paga las prestaciones? Reflexiones al hilo del caso Franzen”. *Revista de Información Laboral número 7/2015, parte art. doctrinal*. Editorial Aranzadi, BIB 2015/2935. Otro ejemplo sería la STJUE de 6 de febrero de 2018 (TJUE/2018/20), caso Altun y otros, sobre el control de las obligaciones en materia de Seguridad Social en las empresas que desplazan trabajadores a otros Estados de la UE.

trabajadores, de 1989<sup>3</sup>. Para ello, para la consecución de este objetivo, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la Seguridad Social y la protección social, así como en la modernización de los sistemas de protección social. (art. 153.1 del TFUE). Asimismo, con este mismo fin, la Comisión fomentará, tal y como indica el art. 156 del mismo texto, la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social, particularmente en la materia, entre otras, de Seguridad Social.

Como se deduce de estos preceptos, tanto la UE como los Estados miembros adquieren importantes cometidos en la relevante tarea de garantizar una protección social adecuada, asumiendo la UE una labor de apoyo y complemento de la acción de los Estados miembros en el ámbito de la protección social. Sin perjuicio de que en el siguiente apartado se analice en detalle el contenido de la protección social, ahora, a los efectos de conocer la distribución competencial entre la UE y los Estados miembros, es necesario diferenciar, dentro de la protección social, la Seguridad Social y la Asistencia Social. Y es necesario hacer tal distinción porque el principio de territorialidad en que se fundan ambos sistemas de previsión social está más arraigado, es más intenso, en materia de asistencia social, lo que obedece o es resultado del proceso de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, que, sin embargo, no ha tenido lugar en relación con los sistemas de Asistencia Social.

En efecto, la labor de apoyo y complemento de la UE a la acción de los Estados miembros ha sido más intensa en materia de seguridad social que en asistencia social puesto que en ésta cada Estado miembro ha implementado y desarrollado su propio sistema de Asistencia Social, no existiendo normativa de coordinación al respecto puesto que, como se indicará más adelante, la asistencia social quedó fuera del ámbito de aplicación material de la normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Por ello, no es que no exista un Sistema europeo de Asistencia Social, sino que ni siquiera se han adoptado normas que permitan una mínima coordinación de los sistemas de Asistencia Social de los distintos Estados miembros. Cada Estado miembro dispone, pues, de su propio sistema de Asistencia Social, debiendo guardar el debido respeto a las normas del Derecho de la UE, habiéndose planteado ante el TJUE, tal y como se analiza más adelante, cuantiosos problemas en relación con la exigencia del requisito de la residencia (a los efectos de generar el derecho a determinadas prestaciones de asistencia social) y sobre su adecuación o no al Derecho de la Unión Europea, en concreto, en cuanto al respeto al derecho a la libre circulación de personas y a la de no discriminación por razón de nacionalidad.

Sin embargo, en materia de seguridad social sí se han aprobado unas normas de coordinación con las que se pretende garantizar a las personas que se desplazan dentro de la UE, a las personas a su cargo y a sus supérstites, el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo. Estas normas se regulan en el Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>4</sup> y en el Reglamento 988/2009,

---

<sup>3</sup> Entre ellos, interesa destacar el apartado 2 de art. 34 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, que dispone que “Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

<sup>4</sup> DOL de 30 de abril de 2004. Del artículo 1, apartado 1, del anexo II del Acuerdo sobre la libre circulación de personas, en relación con la Decisión nº 1/2012, resulta que, en el ámbito de la coordinación de las prestaciones a que se refiere dicho Acuerdo, los Reglamentos nos 1408/71 y 574/72 se aplican durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2002 y el 31 de marzo de 2012. En cambio, los Reglamentos nos 883/2004 y 987/2009 se aplican a partir

de 16 de septiembre, que adopta las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>5</sup> (en adelante, para ambos, RCSS). El objetivo único de estos RCSS, como ha señalado TJUE<sup>6</sup>, es articular la coordinación entre los regímenes nacionales de Seguridad Social a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas. De esta forma, como se indica en el primer considerando del RCSS de 2004, “las normas de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas”<sup>7</sup>. Estos RCSS y sus normas de coordinación constituyen, pues, mecanismos con los que garantizar uno de los grandes pilares sobre los que se constituyó la UE, cual es la libre circulación de personas.

Ahora bien, la coordinación no es armonización, ni la coordinación hace que la UE restrinja las competencias de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social, pues, como ha manifestado el TJUE en numerosas ocasiones, el RCSS de 2004 no establece un sistema común de Seguridad Social, sino que permite la existencia de diversos sistemas nacionales de Seguridad Social, y su único objetivo es garantizar la coordinación de tales sistemas. Según jurisprudencia reiterada del TJUE, los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social y, a falta de una armonización en el ámbito de la UE, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, entre otros aspectos, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones. Así, los Estados miembros siguen siendo competentes para definir los requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones de Seguridad Social, aunque los hagan más rigurosos, siempre que los requisitos establecidos no impliquen ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores comunitarios<sup>8</sup>. Y es que, como no podía ser de otra forma, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deberán respetar el Derecho de la UE y, en concreto, las disposiciones del TFUE sobre la libertad que se reconoce a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros<sup>9</sup> y, en especial por la materia objeto de estudio, las disposiciones del TFUE relativas la libre circulación de trabajadores<sup>10</sup>.

Al respecto, el TJUE ha manifestado que el art. 45 del TFUE se opone a cualquier medida que, aunque se aplique sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por los nacionales de la UE de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE<sup>11</sup>. Así, el Derecho primario de la UE no puede garantizar a un asegurado que el desplazamiento a otro Estado miembro sea

---

del 1 de abril de 2012, de ahí que algunas de las sentencias del TJUE que se destacan en este trabajo se refieran al ya derogado Reglamento 1408/1971.

<sup>5</sup> DOL de 30 de octubre de 2009. Este reglamento también entró en vigor el 1 de abril de 2012.

<sup>6</sup> Entre otras, la STJUE de 19 de septiembre de 2013 (TJCE/2013/287), Brey, apartado 43, la STJUE de 21 de febrero de 2013 (TJCE/2013/44), asunto Dumont de Chassart, apartado 40 y la STJUE de 14 de junio de 2016 (TJCE/2016/101), caso Comisión contra Reino Unido e Irlanda del Norte, apartado 67.

<sup>7</sup> STJUE de 13 de julio de 2017 (TJCE/2017/175), Caso Szoja, apartado 34.

<sup>8</sup> En este sentido, véanse, entre otras, la STJCE de 20 de septiembre de 1994 (TJCE/1994/160), Caso Drake, apartado 27, 1 STJCE de 20 de febrero de 1997 (TJCE/1997/31), Caso Martínez Losada y otros, apartado 43, la STJCE de 25 de febrero de 1999 (TJCE/1999/32), Caso Ferreiro Alvite, apartado 23, y la STJCE de 20 de enero de 2005 (TJCE/2005/21), Caso Salgado Alonso, apartado 27.

<sup>9</sup> Entre otras, véanse la STUE de 21 de julio de 2011 (TJCE 2011/222), Caso Stewart, apartado 75, la STJUE de 21 de febrero de 2013 (TJCE/2013/45), Caso Salgado González, apartados 35, 36 y 37, la STJUE de 7 de diciembre de 2017 (JUR/2017/306834), Caso Zaniewicz-Dybecck, apartados 38, 39 y 40) y la STJUE de 28 de junio de 2018 (JUR/2018/179044), Caso C.R., apartados 45, 46 y 47.

<sup>10</sup> Al respecto, véase la STJUE de 6 de octubre de 2016 (JUR/2016/266720), Caso Adrien y otros, apartado 22.

<sup>11</sup> Véanse, entre otras, la STUE de 10 de marzo de 2011 (TJCE/2011/49), Casteels, apartado 22, la STJUE de 5 de febrero de 2015 (TJCE/2015/44), Comisión/Bélgica, apartado 23), y la STJUE de 6 de octubre de 2016 (JUR/2016/266720), Caso Adrien y otros, apartado 26.

neutro en lo que respecta a la Seguridad Social puesto que tal desplazamiento, debido a las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros, puede ser más o menos ventajoso, según el caso, para la persona de que se trate en el plano de la protección social. Pero, según jurisprudencia reiterada del TJUE, en el caso en que su aplicación resulte menos favorable, la normativa nacional sólo será conforme con el Derecho de la UE si la misma no perjudica al trabajador interesado con relación a quienes ejercen todas sus actividades en el Estado miembro en el que aquélla se aplica y si no conduce pura y simplemente a un abono de cotizaciones sociales a fondo perdido<sup>12</sup>.

Pues bien, precisamente, en esta tesitura, en el respeto a la competencia de los Estados miembros en materia de protección social (que no queda restringida por las reglas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social) y en el debido respeto al Derecho de la UE, incluyendo las propias normas de coordinación contenidas en el RCSS, y, en especial, al debido respecto al derecho a la libre circulación de los trabajadores, así como en la identificación y, en su caso, superación de obstáculos al mismo por parte de la normativa de los Estados miembros, es donde se sitúa la argumentación jurídica en que se basa el TJUE para dar solución a gran parte de los conflictos cuyos pronunciamientos, en relación con la protección social frente a los procesos de movilidad laboral, han tenido mayor impacto en la legislación española. Como se analiza más adelante, la comprobación de si una determinada regulación en materia de Seguridad Social constituye o no un obstáculo al derecho a la libre circulación de los trabajadores, en conexión, en muchas ocasiones, con las propias reglas de coordinación (tales como, el principio de totalización de cotizaciones, las reglas de cálculo de prestaciones o aplicación de cláusulas de reducción), se erige en la cuestión clave para la resolución de la controversia planteada ante el TJUE y, con ello, para determinar el impacto de sus pronunciamientos en la legislación española en esta materia.

### 3. LAS PRESTACIONES DE PROTECCIÓN SOCIAL: NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN

Pese a las numerosas referencias que los textos normativos comunitarios hacen al concepto de protección social, algunas de las cuales se han mencionado en el apartado anterior por referencia al TFUE, no existe una interpretación autónoma y uniforme, con arreglo al Derecho de la UE, de los conceptos de seguridad social, de asistencia social y de protección social<sup>13</sup>; ni tampoco una enumeración de las prestaciones que se pueden calificar de protección social, a pesar de la relevancia que ello adquiere a los efectos de la libre circulación y residencia en el seno de la UE<sup>14</sup>. De hecho, algunos preceptos, como los arts. 21 y 153 del TFUE, pueden generar dudas por el uso que hacen, indistintamente, de los conceptos de seguridad social y protección social. En otras ocasiones, se emplean los términos de asistencia social, ventaja social o ayuda social, sin que se especifique su contenido lo que, asimismo, hace que surjan dudas sobre las prestaciones que los conforman. Por su parte, los sistemas de protección social de los Estados miembros se

<sup>12</sup> En este sentido, pueden verse la STJUE de 12 de junio de 2012 (TJCE/2012/135), Caso Hudzinski, apartado 43, la STJUE de 18 de abril de 2013 (TJCE/2013/257), Caso Mulders, apartado 45, la STJUE de 21 de enero de 2016 (TJCE/2016/12) Comisión/Chipre, apartado 40, y la STJUE de 6 de octubre de 2016 (JUR/2016/266720), Caso Adrien y otros, apartado 27.

<sup>13</sup> Así lo indica la STJUE de 24 de abril de 2012 (TJCE/2012/93), Caso Kamberaj, apartado 78.

<sup>14</sup> Véase al respecto a SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social”. *Revista Española de Derecho Europeo*, número 56/2015: Editorial Civitas (BIB/2015/167253), pág. 10.

componen de determinadas y variadas prestaciones, cuyas lógicas protectoras y requisitos de acceso son diferentes, lo que incide en la mayor o menor asistencialidad de los mismos.

Por ello, ante la diversidad de prestaciones que conforman los sistemas de protección social de los Estados miembros y ante la coordinación, que no armonización, sólo de los sistemas de Seguridad Social, quedando al margen la asistencia social, ha sido el TJUE el que ha tenido que pronunciarse en multitud de ocasiones (en algunas de estas ocasiones en sentencias que han tenido incidencia en la legislación española en los procesos de movilidad laboral, tal y como se analiza más adelante) sobre la naturaleza de determinadas prestaciones, sobre todo a los efectos de determinar si son prestaciones de seguridad social y, por ello, prestaciones coordinables, o, en su caso, si son prestaciones de asistencia social, las cuales quedan al margen del ámbito material de coordinación. A las que se añaden las denominadas prestaciones especiales en metálico no contributivas, las cuales presentan características tanto de seguridad social como de asistencia social, tal y como dispone el art. 70.1 del RCSS de 2004.

Como ha señalado el TJUE, los Estados miembros, en base al principio de cooperación legal, tienen la obligación de declarar las legislaciones y los regímenes relativos a prestaciones de seguridad social comprendidos en el ámbito de aplicación material del RCSS de 2004. De esta forma, tal declaración crea una presunción de que las legislaciones declaradas están comprendidas en el ámbito material del citado reglamento<sup>15</sup>; sin embargo, el hecho de que no se haya mencionado una ley o norma en la declaración no basta por sí solo para afirmar que dicha ley o norma no está incluida en el ámbito de aplicación del RCSS<sup>16</sup>.

En efecto, según reiterada jurisprudencia del TJUE, la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del RCSS de 2004 y prestaciones incluidas en él, no se basa en el hecho de que una prestación sea calificada como prestación de seguridad social por una legislación nacional, por lo que las características meramente formales no deben considerarse elementos constitutivos para la clasificación de las prestaciones. Sino que la distinción ha de atender a los elementos constitutivos de cada prestación y, principalmente, a su finalidad y a los requisitos para obtenerla<sup>17</sup>. Por lo que respecta a las prestaciones de seguridad social incluidas en el ámbito material del RCSS, el TJUE también se ha pronunciado en numerosas ocasiones, indicando que “una prestación podrá considerarse como prestación de seguridad social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de sus beneficiarios, se conceda a estos en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que esté en relación con alguna de las contingencias enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 883/2004”<sup>18</sup>.

Pues bien, en aplicación de esta jurisprudencia, el TJUE ha determinado en cuantiosas ocasiones si determinadas prestaciones, cuya calificación se discutía, son prestaciones de seguridad social por cumplir los requisitos antes señalados, quedando, pues, incluidas

<sup>15</sup> En estos términos se pronuncian la STJUE de 3 de marzo de 2016 (TJCE/2016/62), Caso Comisión Europea contra República de Malta, apartado s 36 y 38, y la STJUE de 30 de mayo de 2018 (JUR/2018/152570), Caso C., apartados 29 y 31.

<sup>16</sup> STJUE de 19 de septiembre de 2013 (TJCE/2013/299), Caso Hiddal, apartado 46, y STJUE de STJUE de 30 de mayo de 2018 (JUR/2018/152570), Caso C., apartado 32.

<sup>17</sup> Al respecto, pueden verse, entre otras, la STJUE de 24 de octubre de 2013 (TJCE/2013/426), Caso Lachheb y Lachheb, apartado 28, la STJUE de 16 de septiembre de 2015 (TJCE/2015/367), Caso Comisión/Eslovaquia, apartado 46 y la STJUE de STJUE de 30 de mayo de 2018 (JUR/2018/152570), Caso C., apartado 33.

<sup>18</sup> STJUE de 16 de septiembre de 2015 (TJCE/2015/367), Caso Comisión/Eslovaquia, apartado 47. Véanse también la STJUE de 5 de mayo de 2011 (TJCE/2011/121), Caso Comisión/Alemania, apartado 27, la STJUE de 30 de junio de 2011 (TJCE/2011/205), Caso da Silva Martins, apartado 38, la STJUE de 24 de octubre de 2013

dentro del ámbito de aplicación del RCSS. En concreto, por citar algunos ejemplos: el complemento del 20% a la incapacidad permanente total del sistema español de Seguridad Social<sup>19</sup>; el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, por constituir una prestación por desempleo<sup>20</sup>; el componente de dependencia del subsidio para minusválidos de la legislación de Reino Unido puesto que constituye una prestación de enfermedad<sup>21</sup>; las prestaciones del seguro de dependencia alemán, por su equiparación a las prestaciones de enfermedad<sup>22</sup>; la pensión transitoria polaca por considerarla pensión de vejez<sup>23</sup>; los complementos familiares y sobre el crédito fiscal por hijo a cargo de Reino Unido, por ser consideradas prestaciones familiares de Seguridad Social<sup>24</sup>; y las prestaciones por hijo a cargo del sistema español y alemán de protección social por ser, igualmente, prestaciones familiares de Seguridad Social<sup>25</sup>.

Como se ha dicho, la consideración de una prestación como prestación de seguridad social incluida en el ámbito material de aplicación del RCSS de 2004 tiene, como consecuencia, que son de aplicación, según las circunstancias de cada caso, las diversas reglas de coordinación, tales como totalización de los períodos de seguro, exportación de prestaciones, etc... Precisamente, a los efectos de aplicar una de estas reglas, en concreto, a los efectos de aplicar una cláusula de reducción, el TJUE se ha pronunciado recientemente, tal y como había hecho en muchas otras ocasiones al resolver sobre esta misma cuestión o sobre otras diferentes, sobre cuándo las prestaciones son de la misma naturaleza. En este sentido, es jurisprudencia reiterada del TJUE que “las prestaciones de seguridad social son de la misma naturaleza cuando su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean idénticos”, sin que puedan considerarse elementos constitutivos, para la clasificación de las prestaciones, las características meramente formales<sup>26</sup>.

En concreto, en la STJUE de 15 de marzo de 2018 (TJCE/2018/31), Asunto Blanco Marqués, el TJUE se pronuncia sobre si el complemento del 20%, concedido por la legislación española de Seguridad Social al trabajador que percibe una pensión de incapacidad permanente total, es de la misma naturaleza que la pensión de jubilación adquirida en otro país (Suiza). Entiende el TJUE que el complemento del 20% y la pensión de incapacidad permanente total, de la que constituye un accesorio de pleno Derecho, “presentan características análogas a las de las prestaciones de vejez, en la medida en que tienen por objeto garantizar medios de subsistencia a los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y que, habiendo alcanzado una cierta edad, tendrán además dificultades para encontrar un empleo en un ámbito diferente al de su profesión habitual” (apartado 53). Siendo diferentes de una

(TJCE/2013/426), Caso Lachheb y Lachheb, apartado 30, la STJUE de 14 de junio de 2016 (TJCE/2016/101), Caso Comisión/Reino Unido, apartado 60, y la STJUE de 1 de febrero de 2017 (TJCE/2017/33), Caso Tolley, apartado 43.

<sup>19</sup> STJUE de 15 de marzo de 2018 (TJCE/2018/31), Caso Blanco Marqués, apartado 32.

<sup>20</sup> STJCE de 20 de febrero de 1997 (TJCE/1997/31), Caso Martínez Losada y otros y STJCE de 25 de febrero de 1999 (TJCE/1999/32), Caso Ferreiro Alvite.

<sup>21</sup> Así lo entendió la STJUE de 1 de febrero de 2017 (TJCE/2017/733), Caso Tolley, apartado 55. Según indica el TJUE, deben de equipararse a prestaciones de enfermedad ciertas prestaciones correspondientes al riesgo de dependencia, a pesar de que, a diferencia de las prestaciones de enfermedad en sentido estricto, no están destinadas en principio a hacerse efectivas durante breve tiempo y pueden presentar, en especial por sus modalidades de aplicación, características que en la práctica se aproximan también, en cierto grado, a las ramas de invalidez y vejez.

<sup>22</sup> STJUE de 30 de junio de 2011 (TJCE/2011/205), Caso da Silva Martins, apartado 42.

<sup>23</sup> STJUE de 30 de mayo de 2018 (JUR/2018/152570), Caso C., apartado 57.

<sup>24</sup> STJUE de 14 de junio de 2016 (TJCE/2016/101), Caso Comisión/Reino Unido, apartado 60.

<sup>25</sup> STJUE de 20 de octubre de 2011 (TJCE/2011/321), Caso Pérez García y otros, apartado 37.

<sup>26</sup> STJUE de 7 de marzo de 2013 (TJCE/2013/80), Caso van den Booren, apartado 31, STJUE de 15 de marzo de 2018 (TJCE/2018/31), Caso Blanco Marqués, apartado 50, y STJUE de 30 de mayo de 2018 (JUR/2018/152570), Caso C., apartado 43.

prestación por desempleo, cuyo objeto es cubrir el riesgo ligado a la pérdida de ingresos que sufre el trabajador por la pérdida de su puesto de trabajo cuando conserva todavía su aptitud para trabajar.

Junto a las prestaciones de seguridad social, asimismo, son prestaciones incluidas en el ámbito de aplicación del RCSS de 2004 las prestaciones especiales en metálico no contributivas, las cuales no son exportables puesto que a estas prestaciones no se les aplica la supresión de la cláusula de residencia<sup>27</sup>. El TJUE también se ha pronunciado en cuantiosas ocasiones (a los efectos de analizar si la exigencia del requisito de residencia, por parte de la legislación de un Estado miembro para tener derecho a una concreta prestación, se acomoda o no al Derecho Comunitario) sobre si determinadas prestaciones presentan o no el carácter de prestaciones especiales no contributivas, al discutirse su consideración como tales prestaciones o como prestaciones de asistencia social. Así, igualmente a modo de ejemplo, se pueden destacar como prestaciones especiales en metálico no contributivas las siguientes: el seguro básico alemán<sup>28</sup>; el suplemento compensatorio de la pensión de vejez de la Ley de Seguridad Social de Austria<sup>29</sup>; el componente de movilidad del subsidio de subsistencia para personas con discapacidad del Reino Unido<sup>30</sup>; y la prestación complementaria regulada por la legislación de los Países Bajos<sup>31</sup>.

De la jurisprudencia del TJUE resulta que el carácter especial de una prestación depende de su finalidad. Así, según la jurisprudencia del TJUE, una prestación especial debe reemplazar o completar una prestación de seguridad social, a la vez que se distingue de ésta, y tener carácter de ayuda social justificada por razones económicas y sociales y establecida en una normativa que defina criterios objetivos<sup>32</sup>. Por este carácter asistencial, la jurisprudencia del TJUE considera que las prestaciones especiales en metálico no contributivas del art. 70.2 del RCSS de 2004 están comprendidas en el concepto de prestaciones de asistencia social. Éste, según ha señalado el TJUE, “se refiere a todos los regímenes de ayudas establecidos por autorizadas públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia”<sup>33</sup>. A partir de esta definición se puede entender que este tipo de ayudas de asistencia social puede ser muy diversa, tanto como diversa sea la configuración de cada sistema de protección social de los distintos Estados miembros.

<sup>27</sup> Según dispone el art. 70.4 del RCSS de 2004, estas prestaciones “únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación”. Véanse al respecto la STJUE de 5 de mayo de 2011 (TJCE/2011/114), Caso Bartlett y otros, apartado 38, y la STJUE de 11 de noviembre de 2014 (TJCE/2014/311), Caso Dano, apartado 54.

<sup>28</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2014 (TJCE/2014/311), Caso Dano, apartado 47.

<sup>29</sup> STJUE de 29 de abril de 2004 (TJCE/2004/122), Caso Skalka y STJUE de 19 de septiembre de 2013 (TJCE/2013/287), apartado 33.

<sup>30</sup> STJUE de 5 de mayo de 2011 (TJCE/2011/114), Caso Bartlett y otros, apartado 33.

<sup>31</sup> STJUE de 26 de mayo de 2011 (TJCE/2011/161), Caso Akdas y otros y STJUE de 14 de noviembre de 2015 (TJCE/2015/28), Caso Demirci y otros.

<sup>32</sup> Véase al respecto la STJUE de 5 de mayo de 2011 (TJCE/2011/121), Caso Comisión/Alemania, apartado 22. Además, según dispone el art. 70.2 del RCSS de 2004, las prestaciones especiales en metálico no contributivas tienen que cumplir dos requisitos más: uno, que la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario; y, dos, figuren en el anexo X.

<sup>33</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2014 (TJCE/2014/311), Caso Dano, apartado 63, y STJUE de 15 de septiembre de 2015 (TJCE/2016/364), Caso Alimanovic, apartado 44. En esta última sentencia, el TJUE consideró que las prestaciones controvertidas no se podían calificar como prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro, sino que deben calificarse como prestaciones de asistencia social.



La consideración de las prestaciones especiales no contributivas como prestaciones de asistencia social tiene importancia a los efectos de determinar el alcance de la protección social de los migrantes en el sentido de que, por su carácter de prestación de garantía de recursos de subsistencia, su reconocimiento puede hacer que se conviertan en una carga para las fianzas públicas. Lo que tiene incidencia en el nivel de protección social en los procesos de movilidad laboral, al menos, en los momentos previos al desempeño de una actividad laboral o profesional o cuando dicha actividad se extingue, en relación con la exigencia del derecho de residencia legal, en los términos que se exponen más adelante.

Así, atendiendo a este breve repaso de la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la clasificación de las prestaciones de protección social, se considera conveniente diferenciar, a los efectos de conocer el impacto que la jurisprudencia del TJUE ha tenido en la legislación española en relación con la protección social en los procesos de movilidad laboral, cómo ha sido dicho impacto, por un lado, en la normativa española en materia de seguridad social y, por el otro, cómo ha incidido tal jurisprudencia en materia de asistencia social.

#### **4. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL**

En este apartado, se van a analizar las sentencias del TJUE que se han dictado en procesos de movilidad laboral, con impacto en la legislación española de Seguridad Social, así como aquellas otras sentencias que han impactado en la forma de interpretar y aplicar dicha legislación por parte de las Entidades Gestoras, lo que incide en el nivel de protección social frente a estos procesos de movilidad. Para ello, se va a hacer una diferenciación atendiendo a las prestaciones de seguridad social que se han visto afectadas.

##### **4.1. Pensiones de jubilación e incapacidad permanente: requisitos de acceso, cuantía y regla de compatibilidad**

El mayor número de sentencias del TJUE con impacto en la legislación española de Seguridad Social en los procesos de movilidad laboral ha recaído, sin duda, en la pensión de jubilación (y en menor medida, en la pensión de incapacidad permanente), en el escenario fáctico, más frecuente, de ciudadanos españoles que a lo largo de su vida laboral han estado afiliados al sistema español de Seguridad e, igualmente, tras emigrar por motivos laborales a otros países de la UE, también han cotizado a sus sistemas de Seguridad Social. En relación con la pensión de jubilación se han planteado diversas controversias sobre los requisitos de acceso a la misma y sobre las reglas de cálculo de la cuantía de esta pensión que, en algunos supuestos, también han afectado, en los mismos términos, a la pensión de incapacidad permanente.

##### *4.1.1. No cómputo de la cotización abonada por la entidad gestora durante el desempleo para mayores de 55 años: no obstáculo a la libre circulación [STJCE 20 de enero de 2005 (TJCE/2005/21), Caso Salgado Alonso]*

La STJCE 20 de enero de 2005 (TJCE/2005/21), Caso Salgado Alonso, resuelve una cuestión prejudicial en virtud de la cual se plantea si una norma nacional española, en concreto, la entonces vigente disposición adicional vigésima octava de la LGSS<sup>34</sup>,

<sup>34</sup> Actualmente, esta regla se contempla en el art. 280.1 de la LGSS.

se opone a la normativa comunitaria al no permitir a las autoridades competentes de un Estado miembro (el INSS) tener en cuenta, para poder causar derecho a la pensión de jubilación del sistema español de Seguridad Social, determinados períodos de seguro cubiertos en el territorio español por un trabajador desempleado y durante los cuales las cotizaciones por la contingencia de jubilación han sido ingresadas por la entidad gestora del desempleo (INEM), puesto que tales cotizaciones sólo se pueden computar para calcular el importe de dicha pensión.

En este supuesto no se cuestiona la denegación del subsidio por desempleo para mayores de 52 años (actualmente 55 años), pues, si bien es cierto que en un principio le fue denegada, posteriormente, en virtud del cambio jurisprudencial que más adelante se analizará, se le reconoció dicho subsidio por desempleo, teniéndose en cuenta las cotizaciones cubiertas en otros Estados miembros. En concreto, la trabajadora beneficiaria del subsidio por desempleo para mayores de 52 años tenía acreditados períodos de seguro en Alemania, Suiza y España. Tras la finalización del subsidio por desempleo, solicitó una pensión de jubilación que el INSS le denegó porque no cumplía en España el período mínimo de cotización ni se podía proceder a la totalización porque el período de seguro cubierto en España era inferior a un año.

A los efectos de resolver esta cuestión, el TJUE recuerda que el principio de acumulación de los períodos de seguro, de residencia o de empleo es uno de los principios básicos de la coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros, el cual tiende a garantizar que el ejercicio del derecho a la libre circulación no tenga como efecto privar a un trabajador de las ventajas de Seguridad Social a las que hubiera tenido derecho si hubiese realizado toda su carrera en un solo Estado miembro. Y ello porque tal consecuencia podría disuadir al trabajador comunitario de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría un obstáculo para dicha libertad. Asimismo, el TJUE recuerda su jurisprudencia reiterada, ya analizada con anterioridad, en virtud de la cual los Estados miembros son competentes para definir los requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones de Seguridad Social (en este caso, para exigir un período de carencia para causar derecho a la pensión de jubilación), siempre que los mismos no impliquen ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores comunitarios.

De esta forma, continúa argumentando el TJUE, los Estados miembros tienen derecho a establecer un período de carencia para causar derecho a una pensión, así como a determinar la naturaleza de dicho período, siempre que los períodos cubiertos con arreglo a la legislación de cualquier Estado miembro también se tengan en cuenta como si hubiesen sido cubiertos de acuerdo con la legislación nacional. Ahora bien, en el caso concreto no se trata sobre períodos de seguro que se hayan cubierto con arreglo a la legislación de un Estado miembro diferente al Estado español (en el que se ha solicitado la pensión), sino sobre períodos de cotización cubiertos en la Seguridad Social española, sin que resulte de aplicación el principio de totalización.

Y es que, como destacó la Abogacía General, la norma prevista en la LGSS objeto de controversia se aplica indistintamente a los trabajadores que hayan desarrollado toda su carrera profesional en territorio nacional y a los que también hayan trabajado en otros Estados miembros. No se ha demostrado que los trabajadores que hayan ejercido su derecho a la libre circulación tengan un mayor riesgo de desempleo prolongado cuando vuelven a España que los trabajadores que hayan ejercido su actividad profesional sólo en dicho Estado, por lo que no les afecta más la restricción controvertida. No se ha probado el

carácter discriminatorio y, en consecuencia, la previsión de la Seguridad Social española que no permite tener en cuenta, para causar derecho a la pensión de jubilación (aunque sí para calcular el importe de dicha pensión), los períodos de seguro cubiertos por un trabajador en desempleo y durante los cuales las cotizaciones fueron ingresadas por la entidad gestora competente, no se opone al Derecho comunitario.

El impacto de esta sentencia del TJUE en la legislación española de Seguridad Social es mínimo puesto que tan sólo viene a confirmar que la norma española controvertida se ajusta a la normativa comunitaria, si bien es cierto que disipa (y ésta es su incidencia) cualquier duda que pudiera surgir sobre si la misma lesiona o no el derecho a la libre circulación. Y es que, no es que la norma controvertida no permita tener en cuenta las cotizaciones abonadas a los sistemas de Seguridad Social de otros Estados miembros, consecuencia de la movilidad laboral de los trabajadores, sino que no permite computar, para tener derecho a la pensión de jubilación (aunque sí para calcular la cuantía de la misma, una vez causada), las cotizaciones abonadas por la Entidad Gestora mientras se percibe el subsidio por desempleo para mayores de 55 años; regla que se aplica al margen de que haya existido o un proceso de movilidad laboral y que es una manifestación de cómo los Estados miembros son los competentes para definir los requisitos necesarios (período mínimo de cotización, en su cuantía y en su naturaleza) para la concesión de las prestaciones de Seguridad Social.

#### *4.1.2.Reglas de cálculo de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente*

- a) *La base mínima de cotización en el convenio especial para los emigrantes españoles: un obstáculo a la libre circulación y consecuencias [STJUE de 28 de junio de 2018 (JUR/2018/179044), Caso C.R.]*

El supuesto de hecho de esta sentencia es el siguientes: tras haber cotizado en España durante un cierto tiempo con arreglo a bases superiores a la base mínima para el Régimen General de la Seguridad Social, el Sr. C.R. se instaló en Suiza, cotizando al sistema de Seguridad Social de dicho país justo hasta el día anterior al día de inicio de la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social española en virtud del cual estuvo cotizando por la base mínima de cotización del Régimen General de la Seguridad Social. El INSS le reconoció una pensión de jubilación cuya cuantía se calculó tomando en consideración, a los efectos de calcular la base reguladora, la base mínima de cotización tanto para determinar las bases de cotización durante el período en el que había cotizado en el marco del convenio especial con la Seguridad Social, como para determinar las bases de cotización a tener en cuenta durante el tiempo en que trabajó en Suiza antes de la suscripción de tal convenio.

Este cálculo fue el resultado de la aplicación del anexo XI, rúbrica España, punto dos, del RCSS de 2004, de manera que, en aplicación del artículo 56, apartado 1, letra c), de dicho reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuó sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (esto es, las cuotas mínimas que abonó con arreglo al convenio especial). Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros (en este caso, el tiempo de trabajo en Suiza), según indica dicho precepto, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el

tiempo (que, según el criterio del INSS, como se ha dicho, era también la base mínima de cotización con arreglo al cual se abonaron las cuotas en el marco del convenio especial). El resultado fue que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación, sólo se tomó en cuenta esta base mínima, a pesar de que antes de ejercer su derecho a la libre circulación el Sr. C.R. había cotizado con arreglo a bases superiores a la mínima.

El TJUE entiende que la norma nacional, al obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización (incluso en el caso de que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, haya cotizado con arreglo a bases de cotización superiores a la mínima) establece una diferencia que puede suponer para los trabajadores migrantes un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión. Así, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de tal trabajador, el INSS equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en su territorio, teniendo en cuenta, a los efectos de hacer dicho cálculo, sólo las cuotas mínimas abonadas en el marco del convenio. Lo que, en opinión del TJUE, puede suponer para el trabajador migrante un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores que realizan toda su carrera profesional en dicho Estado.

El TJUE aplica, también en esta ocasión, su reiterada jurisprudencia según la cual, a falta de una armonización en el ámbito de la UE, los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social; pero, en el ejercicio de dicha competencia, deben respetar el Derecho de la Unión y, en este caso concreto, el Acuerdo sobre libre circulación de personas cuyo objetivo es lograr, en favor de los nacionales de los Estados miembros de la UE y de la Confederación Suiza, la libertad de circulación de las personas en el territorio de las Partes contratantes de dicho Acuerdo. Pues bien, en aplicación de dicha jurisprudencia, el TJUE concluye que el Acuerdo sobre la libre circulación de personas debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como la controvertida pues obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial a cotizar con arreglo a la base mínima.

En atención a la jurisprudencia del TJUE<sup>35</sup>, si el Derecho nacional prevé un trato diferenciado entre varios grupos de personas infringiendo lo dispuesto por el Derecho de la UE, tal y como ocurre en el supuesto analizado, los miembros del grupo perjudicado (trabajadores migrantes) deben recibir un mismo trato y ha de aplicarse el mismo régimen que a los demás interesados (trabajadores sedentarios). Así, a falta de una correcta aplicación del Derecho de la UE, el régimen aplicable a los miembros del grupo favorecido sigue siendo el único sistema de referencia válido. Es cierto, continúa diciendo el TJUE, que corresponde al órgano jurisdiccional determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los trabajadores sedentarios. Ahora bien, en opinión del TJUE, “este objetivo podría alcanzarse, a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases”.

Esta sentencia tiene, pues, un impacto directo en la legislación española de Seguridad Social pues considera que la norma controvertida, la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, que regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social,

<sup>35</sup> Véanse la STJUE de 24 de enero de 2012 (TJCE/2012/7), Caso Domínguez, apartado 27, la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (TJCE/2015/441) Caso Klausner Holz Niedersachsen, apartado 34, y la STJUE de 13 de julio de 2016 (TJCE/2016/226), Caso Genentech, apartado 43.

supone un obstáculo a la libre circulación ya que no se acomoda al Acuerdo de libre circulación de personas. Pero, además, este pronunciamiento del TJUE incluso ofrece una propuesta para poder superar la diferencia de trato entre los trabajadores migrantes y los trabajadores sedentarios, consistente en permitir a los primeros la posibilidad de cotizar retroactivamente por unas bases superiores a la base mínima y poder recalcular, así, la cuantía de su pensión.

B) *Fórmula fija de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación: un obstáculo a la libre circulación [STJUE de 21 de febrero de 2013 (TJCE/2013/45), Caso Salgado González]*

En esta ocasión el TJUE ha de pronunciarse sobre si se opone a la libre circulación de los trabajadores una normativa española, en virtud de la cual la cuantía teórica de la pensión de jubilación de un trabajador por cuenta propia se calcula de forma invariable a partir de las bases de cotización de ese trabajador en el período de referencia fijo de los quince años anteriores al pago de su última cuota en España, divididas por 210<sup>36</sup>, sin que resulte posible adaptar ni la duración de ese período ni el divisor empleado con la finalidad de tener en cuenta el hecho de que el trabajador ha ejercido su derecho a la libre circulación.

Es el caso de una trabajadora autónoma, que había cotizado en España y, posteriormente, en Portugal, quien solicita una pensión de jubilación la cual le fue reconocida por el INSS, sin que la trabajadora esté conforme con el cálculo de la cuantía. Es cierto, y no controvertido, que el INSS, en aplicación de la normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>37</sup>, tuvo en cuenta, a los efectos de comprobar el cumplimiento del período mínimo de cotización para causar derecho a dicha pensión, los períodos cotizados en España y en Portugal. Las dudas se plantean acerca de si el Derecho de la UE se opone al procedimiento de cálculo de la cuantía teórica de la pensión de jubilación seguido por el INSS, que aplicó la regla prevista en el art. 162.1 del anterior texto refundido de la LGSS, según la cual el importe de la cuantía teórica debe calcularse a partir de una base de cotización media. En aplicación de dicha regla, el INSS añadió un período ficticio de cotización con el fin de cumplir la condición de cotización durante un período de quince años anteriores a la última cuota satisfecha por la trabajadora en España. La Entidad Gestora obtuvo así un numerador al que aplicar el divisor de 210 y poder calcular la base de cotización media para obtener la base reguladora de la pensión de jubilación; pero, al no haber cotización por parte de la trabajadora por cuenta propia durante el período ficticio que se tuvo en cuenta, ese período se contabilizó con el valor de cero, produciéndose una reducción considerable en la base de cotización media.

Esta norma, según entiende el TJUE, se opone al Derecho comunitario, en concreto, al derecho a la libre circulación de los trabajadores y a las reglas de coordinación previstas en el RCSS de 1971 (de aplicación al caso). Para responder en estos términos a las cuestiones prejudiciales planteadas, el TJUE parte, una vez más, de recordar su reiterada jurisprudencia sobre que los Estados miembros, a falta de una armonización en el ámbito de la UE en materia de Seguridad Social, conservan su competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social, si bien con el debido respeto al Derecho de la UE y, en concreto, las disposiciones del TFUE sobre la libertad de circulación y

---

<sup>36</sup> Esta fórmula se regulaba en el art. 162 del anterior texto refundido de la LGSS. En la actualidad, según indica el art. 209 de la LGSS, la fórmula es diferente, habiéndose ampliado, si bien progresivamente, el período a tener en cuenta para calcular la base reguladora, de manera que, a partir de 2022, se han de atender a los últimos 25 años (300/350).

<sup>37</sup> En concreto, en aplicación del entonces vigente art. 45 del RCSS de 1971.

residencia. Asimismo, recuerda su jurisprudencia bien asentada en virtud de la cual las reglas del RCSS relativas al cálculo de la pensión de jubilación han de interpretarse “a la luz del objetivo fijado por el artículo 48 del TFUE, que implica concretamente que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de seguridad social por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación”<sup>38</sup>. Es el principio de intangibilidad de los derechos nacionales por aplicación de los RCSS, que parte del propio fundamento tuitivo de la normativa de coordinación en los Tratados, en concreto, en el art. 48 del TFUE<sup>39</sup>.

Según preveía el art. 47.1 g) y la sección H del anexo VI del RCSS de 1971 (al igual que dispone actualmente el Anexo XI, 2.a) dedicado a España del RCSS de 2004), el cálculo de la prestación teórica española se efectúa sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, produciéndose, así, una traslación del período de referencia (que no se fija en el momento del hecho causante). Dicha regla implica que el cálculo de la base de cotización media se base únicamente en el importe de las cuotas satisfechas en virtud de la legislación de que se trate (en este caso, la española). Sin embargo, el INSS no calculó la base de cotización media de la trabajadora únicamente en función de los períodos de seguro cumplidos por ella en España durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cuota a la Seguridad Social española; sino que, como se ha dicho, el INSS añadió un período ficticio para cumplimentar la fórmula fija contemplada en el art. 162 de la LGSS, contabilizándolo con el valor de cero, tomando en consideración, pues, períodos de seguro que no estaban cubiertos en España.

Esta regla, entiende el TJUE, produce una reducción de la cuantía de la pensión de jubilación que no se habría producido si la trabajadora hubiera cotizado sólo en España, sin ejercer su derecho a la libre circulación. La cuantía teórica no ha sido calculada como si la trabajadora hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en España, de ahí que se considere que la aplicación de esta norma es contraria al Derecho de la UE. Por ello, entiende que esta fórmula, consistente en tener en cuenta unas bases de cotización en un período de referencia, sin posibilidad de adaptación para tener en cuenta el hecho de que el trabajador ha ejercido su derecho a la libre circulación, no se acomoda al Derecho comunitario.

Esta sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013 impacta en la legislación española de Seguridad Social en el sentido de que entiende que la aplicación de la fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, sin adaptación alguna al supuesto en el que el trabajador autónomo ha ejercido su derecho a la libre circulación de trabajadores, es contraria al Derecho de la UE. Ahora bien, dicho impacto no es tanto en la norma española y, en concreto, en la fórmula mencionada, puesto que no es que el TJUE entienda que la fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación sea contraria al Derecho de la UE; sino que lo que no se acomoda al Derecho comunitario es que dicha fórmula se aplique, sin adaptación alguna, al supuesto, como el controvertido, en el que el trabajador afectado ha ejercitado su derecho a la libre circulación. Por ello, lo que se opone al Derecho de la UE es la regla que ha utilizado el INSS para calcular la pensión teórica en un supuesto como el controvertido pues aplica la fórmula de cálculo de la base reguladora contemplada en la LGSS, sin adaptación alguna, con la consiguiente reducción de la cuantía de la pensión en el caso de que hubiera períodos vacíos de cotización.

<sup>38</sup> STJUE de 12 de septiembre de 1996 (TJCE/1996/150), Caso Lafuente Nieto, apartado 33.

<sup>39</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Base reguladora de la pensión para migrantes tras el asunto Salgado González”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 9/2014 y 10/2014, parte Informes, BIB 2014/66, pág. 3.

Así, la superación del obstáculo a la libre circulación de trabajadores que implica la aplicación de esta fórmula a supuestos como el controvertido, tendría que venir por la vía de la aplicación de la norma prevista en el actual Anexo XI.2. a) del RCSS, en cuyo caso habría que tener en cuenta las bases reales durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. La norma comunitaria no prevé un período concreto de referencia para hacer al cálculo de la base de cotización media, de ahí que el INSS aplicara la fórmula prevista en la legislación española y se retrotrajera quince años. Por ello, en esta sentencia el TJUE plantea la posibilidad de que se aplique algún mecanismo de ajuste, adaptándose, por ejemplo, el divisor para reflejar al número de cuotas efectivamente satisfechas por el trabajador<sup>40</sup>. Así, al no establecer la norma comunitaria ningún período de referencia, aunque sí, como se ha visto, una traslación del período de cotización, podría plantearse la posibilidad de obtener la media de las cotizaciones reales, que habría que calcularla en cada caso en función del período de cotización, sin tener en cuenta períodos en los que no exista cotización al sistema de Seguridad Social.

Ante la inexistencia de tal mecanismo de adaptación en la legislación española, la aplicación de este período de referencia fijo no hubiera tenido un perjuicio tan considerable para la cuantía de la pensión si se hubiese tenido en cuenta, tal y como prevé la legislación española para el Régimen General, la regla de la integración de lagunas para los meses en los que no hubiera habido cotización real. Al menos así, la ficción de cotización a la que acude el INSS no tendría valor de cero y sería una fórmula para superar las consecuencias negativas que puede acarrear el ejercicio del derecho a la libre circulación en supuestos como el descrito. Superación que adquiere cada vez más importancia por el incremento de los procesos migratorios laborales a raíz de la crisis económica y por la ampliación, de forma progresiva, del período de referencia a los efectos de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, ampliándose así los períodos que se tienen en cuenta para el cálculo de dicha base, aunque el trabajador no tenga cotización real.

Pero, al no poder aplicarse esta regla para los trabajadores autónomos por expresa previsión del art. 318 d) de la LGSS, en nuestra opinión, cabe superar este obstáculo a la libre circulación de personas mediante la fórmula de la media de cotizaciones reales, adaptando el tiempo de referencia para tener en cuenta las cuotas efectivamente satisfechas por el trabajador<sup>41</sup>. Y es que la regla de integración de lagunas que se incorporó al Anexo XI.2. a) del RCSS de 2004, al margen de que no resulta de aplicación al asunto en cuestión, tampoco ofrece una solución a supuestos como el controvertido puesto que se refiere a la integración de lagunas en las que no se cotiza al sistema español de Seguridad Social pero sí se cotiza bajo la legislación de otro Estado miembro.

c) *La incidencia de las cotizaciones ficticias para mutualistas en el cálculo de la pensión de jubilación: obstáculo a la libre circulación de trabajadores [STJCE de 3 de octubre de 2002 (TJCE/2002/273), Caso Barreira Pérez]*

La STJCE de 3 de octubre de 2002 se pronuncia sobre si los períodos de bonificación de cotizaciones, que prevé la legislación española a favor del interesado en función de la

<sup>40</sup> Así, la STJS de Galicia de 15 de marzo de 2013, que resuelve el fondo del asunto, procedió a adaptar el divisor, estableciendo que “la base reguladora de su pensión de jubilación es el resultado de dividir el total de las cotizaciones españolas realizadas durante 8 años y 3 meses -un total de 99 meses-, que asciende a 71.746,24 euros, entre 115,5 -que son las pagas ordinarias y extraordinarias cotizadas durante 99 meses”.

<sup>41</sup> Sobre algunas otras fórmulas que se han barajado por los Tribunales de Justicia y por el legislador español para superar, al menos parcialmente, el perjuicio que el trabajar autónomo sufre en supuestos como el analizado (aplicación preferente de convenios bilaterales, actualización de cotizaciones o reconocimiento de complementos a mínimos), puede verse a CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Base reguladora de la pensión para migrantes tras el asunto Salgado González”, op. cit., págs., 8 y ss.

edad que tuviera el 1 de enero de 1967, que se atribuyen, en el marco de la liquidación de los derechos de pensión, para tener en cuenta derechos causados conforme a regímenes anteriores de seguro de vejez, han de tomarse en consideración para el cálculo del importe efectivo de la dicha pensión.

En el supuesto controvertido, de un trabajador español, que había trabajado en Alemania y en España y que solicita una pensión de jubilación, el INSS, en aplicación de las reglas de totalización, tuvo en cuenta los períodos de seguro cumplidos en ambos Estados y, asimismo, añadió un tiempo de cotización ficticia en función de la edad del interesado el 1 de enero de 1967; pero esta cotización ficticia sólo la tuvo en cuenta para el cálculo de la cuantía teórica de pensión y no para el cálculo de la pensión prorrateada, lo que produjo que el coeficiente empleado por el INSS fuese menos elevado.

Con carácter previo, el TJCE ha de aclarar dos cuestiones. Por un lado, que estos períodos de bonificación deben considerarse períodos de seguro conforme a la normativa comunitaria de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, puesto que la definición de períodos de seguro contenida en el art. 1 del RCSS (al que se ha de atender para la aplicación de la cuantía teórica de la pensión de jubilación) abarca los períodos de seguro determinados exclusivamente con arreglo a la legislación nacional y, en especial, los períodos asimilados por ésta a los períodos de seguro. Y, por el otro, que, en contra de la opinión del INSS y del Gobierno de España, los períodos de bonificación controvertidos son períodos de seguro cumplidos antes de la fecha del hecho causante pues el reconocimiento de estos períodos tiene por objeto salvaguardar derechos causados en virtud de antiguos regímenes de seguro de vejez, por lo que necesariamente son anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación. El hecho de que no se atribuyan hasta el momento en que se liquidan los derechos a pensión no contradice este análisis, pues lo mismo sucede con cualquier período de seguro real que se tenga en cuenta para el cálculo de la cuantía teórica y del importe efectivo de la pensión.

Por ello, estos períodos han de incluirse en el cálculo de la cuantía teórica y en el cálculo del importe efectivo de la pensión, de manera que, a los períodos de seguro real, se añaden los períodos de cotización ficticia, anteriores al hecho causante. De no entenderse así, se perjudicaría al trabajador que ha ejercido su derecho a la libre circulación y que, para la liquidación de sus derechos de pensión, ha de ver totalizados períodos de seguro cumplidos en dos o más Estados miembros. En tal caso, el beneficiario quedaría privado de la bonificación que sí se le reconocería de haber efectuado toda su carrera al amparo de la legislación del Estado español, lo que supondría una reducción del coeficiente utilizado para el cálculo de pensión prorrateada. El trabajador migrante no puede perder ventajas de Seguridad Social que le reconoce su Estado miembro puesto que ello podría disuadir a tales trabajadores a ejercitar su derecho a la libre circulación y, en consecuencia, supondría un obstáculo a dicha libertad.

La STJCE de 3 de octubre de 2002 no tiene un impacto directo en la legislación española de Seguridad Social; pero sí incide en la aplicación que de la misma se hizo por parte del INSS al considerar que la interpretación que éste hizo, consistente en no tener en cuenta para calcular el importe efectivo de la pensión de jubilación los períodos de bonificación que prevé la legislación española, es contraria al derecho a la libre circulación de trabajadores. De ahí que, para acomodarse al Derecho de la UE, estos períodos de bonificación han de ser tenidos en cuenta por el INSS, no sólo para el cálculo teórico de la pensión de jubilación, sino también para el cálculo del importe efectivo de la misma. Sin que, además, como precisa el TJCE, se puedan limitar en el tiempo los efectos



de esta sentencia, pues, a pesar de las alegaciones del Gobierno español en relación con el perjuicio grave para el desequilibrio económico del sistema de Seguridad Social, en este caso no concurre el carácter excepcional que pudiera llevar al TJCE, en aplicación del principio de seguridad jurídica, a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición que haya interpretado con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe<sup>42</sup>. De esta forma, a los trabajadores migrantes a quienes les hubiese reconocido una pensión de jubilación sin tener en cuenta los años de bonificación, se les reconoció el derecho a que se les revisase la cuantía de dicha pensión, teniendo en cuenta los años de bonificación a efectos del cálculo de la cuantía real de la prestación<sup>43</sup>.

D) *Bases medias de cotización para el cálculo de las cuantías teóricas de las pensiones de invalidez y jubilación: interpretación acorde con el derecho a la libre circulación [STJCE de 12 de septiembre de 1996(TJCE/1996/150), Caso Lafuente Nieto, STJCE de 9 de octubre de 1997 (TJCE/1997/203), Caso Naranjo Arjona, y STJCE de 17 de diciembre de 1998 (TJCE/1998/319), Caso Grajera Rodríguez]*

En estas sentencias, el TJCE interpreta la regla comunitaria en virtud de la cual, a los efectos de proceder al cálculo teórico de las pensiones de jubilación e invalidez en los supuestos en los que se proceda a la totalización de períodos de cotización, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúa sobre una base de cotización media (tal y como prevé la legislación española a los efectos del cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente), determinará dicha base media en función únicamente de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación de dicho Estado. Si bien es cierto que, con posterioridad a estos pronunciamientos del TJCE, esta norma ha sido complementada, habiéndose añadido varias reglas de aplicación a España, en los términos que se exponen más adelante.

En concreto, en la primera de estas sentencias<sup>44</sup>, se plantea al TJCE si, para el cálculo de la base media de cotización, se han de computar las cotizaciones pagadas conforme a otra legislación. En este caso, el Sr. Lafuente, trabajador de nacionalidad española que ejerció actividades por cuenta ajena en España y, posteriormente, en Alemania, quedó afectado por una incapacidad permanente, que el INSS le reconoció. Al calcular la cuantía de la pensión, el INSS utilizó, en el período de referencia a tener en consideración para calcular la base reguladora, la regla de cálculo de las bases mínimas de cotización, prevista para los casos en los que el trabajador no tiene obligación de cotizar. La aplicación de esta regla al supuesto controvertido supuso que durante el período en el que el trabajador estuvo trabajando en Alemania (los años previos al hecho causante), al no tener obligación de cotizar en España, las bases de cotización a tener en cuenta fueran las bases mínimas, según prevé la normativa española.

Ello puede suponer, en opinión del TJCE, un perjuicio para el trabajador migrante puesto que, si el trabajador hubiera trabajado siempre en España y hubiera cubierto en dicho país todos sus períodos de seguro, habría tenido derecho a una pensión de invalidez

<sup>42</sup> STJCE de 4 de mayo de 1999 (TJCE/1998/98), Caso Sürül, apartado 107.

<sup>43</sup> Sobre los efectos del establecimiento de la retroactividad de esta sentencia, puede verse a GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: "Los "años de bonificación" y el cálculo de la pensión de jubilación de los emigrantes españoles retornados". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 3/2003 parte Estudio. Editorial Aranzadi, BIB/2003/519, págs. 16 y 17.

<sup>44</sup> Sobre esta sentencia, pueden verse a LUJÁN ALCARAZ, J.: "Determinación de la base reguladora y cálculo del importe de la pensión de invalidez (y jubilación) reconocida a emigrantes retornados". *Aranzadi Social*, núm. 19, 1996, págs. 7 y ss. y RÍOS SALMERÓN, B.: "Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez. Nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, Caso "Lafuente"". *Actualidad Laboral*, 1997, núm. 1, págs. 1 y ss.

de cuantía superior. De esta forma, entiende el TJCE que, en el supuesto controvertido, en el que el trabajador no estaba obligado a cotizar en España, pero sí en otro Estado miembro, el INSS tendría que haber tenido en cuenta esta circunstancia, e interpretar la regla comunitaria de manera que el trabajador migrante no debe sufrir una reducción de la cuantía de la prestación que hubiera obtenido si no fuera migrante. Ahora bien, ello no significa que se tengan en cuenta las cotizaciones pagadas en el otro Estado miembro puesto que ello iría en contra de la regla de cálculo de la base media prevista en el RCSS; sino que en tal caso la base media sea para el interesado igual que si hubiera conservado la obligación de cotizar con arreglo a la legislación de que se trate (en este caso, la española). Por ello, en tal caso, el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación española, “debe ser actualizado y revalorizado, de manera que corresponda al que el interesado habría pagado efectivamente si hubiera seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata”.

Como ha destacado la doctrina, esta sentencia hace referencia a dos sistemas de cálculo: uno, un cómputo muy complejo en la práctica, de bases de cotización realmente cotizadas por el emigrante antes de su salida de España, si bien debidamente actualizadas y revalorizadas; y, dos, un cómputo sobre las bases de cotización que el trabajador habría tenido hasta el momento en que se produce el hecho causante de no haber emigrado nunca o de bases reales últimas españolas revalorizadas como trabajador ficticio en España<sup>45</sup>. Sobre estas bases reales se pronuncian las otras sentencias del TJCE antes citadas.

En efecto, en la STJCE de 9 de octubre de 1997, se plantea al Tribunal si la base media de cotización para el cálculo de la cuantía teórica de jubilación e invalidez debe determinarse a partir de las bases teóricas de cotización (máxima, media o mínima) o a partir de las bases de cotización reales del interesado<sup>46</sup>. Fueron tres los supuestos de hecho que dieron lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial, en los que tres trabajadores, de nacionalidad española, habían trabajado en España y, posteriormente, en Alemania. El INSS reconoció una pensión de jubilación y una pensión de incapacidad permanente a dos de estos trabajadores, sin que, en ninguno de estos dos supuestos, la entidad gestora tuviese en cuenta, a los efectos de calcular las cuantías de dichas pensiones, los períodos cotizados en Alemania. En el tercer caso, el INSS denegó la pensión, si bien en vía judicial se le reconoció una pensión de incapacidad permanente cuyo importe se calculó tomando como base reguladora los topes máximos de cotización vigentes en España para los trabajadores de su categoría profesional durante el período de cotización en Alemania.

El TJCE, siguiendo el razonamiento del caso Lafuente, recuerda que la norma del RCSS relativa al cálculo de la base media en función únicamente de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, ha de interpretarse en el sentido de que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de seguridad social por el hecho de que hayan ejercitado su derecho a

<sup>45</sup> Véase al respecto a LUJÁN ALCARAZ, J.: “La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el juez español...”, op. cit., pág. 8.

<sup>46</sup> Para el TS, el cálculo de la base reguladora correspondiente a la pensión reconocida con arreglo a las normas del Derecho comunitario debía hacerse según la media aritmética de las bases máxima y mínima de cotización vigentes anualmente en España durante el período en que el trabajador estuvo vinculado a la Seguridad Social de otro país, y que correspondieran a un trabajador de la misma categoría profesional que la que desempeñaba el beneficiario [STS 25 febrero 1992 (RJ 1992, 1376)]. De esta forma, la ausencia de datos correspondientes al período cotizado en España no justificaba, a los efectos de cálculo de la correspondiente base reguladora, considerar como bases medias las “bases mínimas actualizadas” vigentes durante el período expresado, sino que debían computarse asimismo las determinadas aritméticamente entre las mínimas y las máximas de cada anualidad [STS 15 octubre 1993 (RJ 1993, 7604)]. Sobre esta reiteradísima doctrina, vid. SEMPERE NAVARRO A. V. y F. CAVAS MARTÍNEZ: *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina* 1995, Editorial Aranzadi. Pamplona 1996, pgs. 396 y ss., citado por LUJÁN ALCARAZ, J.: “La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el juez español...”, op. cit.

la libre circulación. De esta forma, la referida base ha de ser para el trabajador migrante la misma que si no hubiera ejercido su derecho a la libre circulación, por lo que el importe debe ser actualizado y revalorizado, en los términos ya indicados en el caso Lafuente. Ahora bien, en esta otra sentencia el TJCE añade que, en el caso de que la aplicación de esta disposición así interpretada resulte, para los trabajadores que antes de la entrada en vigor del RCSS en ese Estado miembro ya ejercían sus actividades asalariadas en otro Estado miembro, menos favorable que la de un Convenio anterior celebrado con este último Estado, el órgano jurisdiccional debe, excepcionalmente, aplicar las reglas establecidas por el referido Convenio (el Convenio entre la República Federal de Alemania y el Estado Español sobre Seguridad Social)<sup>47</sup>. De ahí que, según el momento en que se produzca la emigración del trabajador y según cuál sea el país de destino y, por ende, el Convenio bilateral de aplicación, la protección en materia de pensiones de jubilación e incapacidad permanente del trabajador migrante puede ser diferente.

Por su parte, la STJCE de 17 de diciembre de 1998 tiene su origen en la solicitud de pensión de jubilación por parte de un trabajador emigrante retornado que había realizado actividades por cuenta ajena en España y en Alemania, que fue reconocida por el INSS y calculada a partir de la revalorización de las cotizaciones abonadas sólo en España. El TS (que plantea la cuestión prejudicial) entiende que el derecho a la igualdad de trato del trabajador migrante sólo queda garantizado si se procede a la actualización de la base de cotización, oponiéndose a ello la pura revalorización de la cuantía de la pensión calculada sobre las bases de cotización de los ocho años anteriores al último año cotizado en España. El TJCE entiende que “no procede distinguir, a la luz de los principios del Derecho comunitario, entre la actualización de la base de cotización y la revalorización de la cuantía de la pensión. En ambos casos, el objetivo perseguido es el mismo y debe permitir, a partir de las bases de cotización reales del asegurado antes de trasladarse al extranjero y mediante una actualización efectiva que tenga en cuenta la evolución del coste de la vida y los incrementos de las prestaciones de la misma naturaleza, determinar finalmente una cuantía de pensión que se corresponda con la que habría percibido el trabajador migrante si hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trate”. Finalmente, el TJCE señala que en el supuesto controvertido sobre las modalidades de determinación de las bases de cotización iniciales que deben tomarse en consideración y sobre el método de actualización de dichas bases y de revalorización de la cuantía de la pensión que de él resulta, corresponde al órgano jurisdiccional que conozca del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más apropiados para alcanzar dicho resultado.

Estas sentencias no tienen un impacto directo en la legislación española de Seguridad Social, si bien es cierto que sí inciden en la forma de aplicar la normativa comunitaria de coordinación por parte del INSS, en el sentido de que la interpretación que da el TJCE a la norma controvertida supone un incremento de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, si bien no tanto como el que se produciría, en muchas ocasiones, si se tuvieran en cuenta las cotizaciones abonadas en los otros Estados miembros. De ahí que estos pronunciamientos del TJCE repercuten en el nivel de protección en materia

---

<sup>47</sup> Sobre la jurisprudencia comunitaria en virtud de la cual el conflicto entre convenio bilateral y reglamento comunitario debe resolverse conforme a lo que sea más favorable para el trabajador, siempre que éste hubiera abierto su expectativa de derecho antes de 1 de enero de 1986, es decir, siempre que el trabajador hubiera emigrado y trabajado antes de esa fecha en un país cubierto por la normativa comunitaria de coordinación, puede verse a GÓMEZ ALBELLERÍA, F.J.: “Base reguladora y preferente aplicación de los Convenios bilaterales sobre los Reglamentos comunitarios”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.num.2/2011 1/2011 parte Presentación. Editorial Aranzadi, 2011 (BIB/2011/369), págs. 3 y 4.

de seguridad social de los trabajadores migrantes. Así, para el cálculo de la base media de cotización, no han de tenerse en cuenta las cotizaciones pagadas en el otro Estado miembro (en todos estos supuestos, Alemania), descartándose la fórmula de la integración de lagunas con la cotización abonada a otros sistemas de Seguridad Social; sino sólo el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo al Estado miembro competente, España, aunque con aplicación de la compleja regla de revaloración y actualización de la cuantía teórica, como si el trabajador hubiera seguido trabajando en las mismas circunstancias en España. Es, también en esta ocasión, el derecho a la libre circulación de trabajadores, que no puede suponer un perjuicio para el trabajador migrante, lo que justifica la interpretación dada por el TJCE en estas tres sentencias.

Esta interpretación se ha visto confirmada por las reglas que actualmente se contemplan en el Anexo XI.2 para España del RCSS de 2004: bases reales españolas; traslación del período de referencia, de manera que se han de tener en cuenta los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española; regla de integración de lagunas para los períodos cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros; y revalorización de la cuantía. De esta forma, en virtud de estas reglas, en supuestos como los controvertidos, la prestación teórica española se ha de efectuar sobre las bases de cotización reales (no bases máximas, medias o mínimas) durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (y no anteriores al hecho causante, por lo que no se producen los vacíos de cotización en supuestos como los controvertidos en los que los años anteriores al hecho causante los trabajadores cotizaron a otro Estado miembro), debiendo incrementarse la pensión en los términos indicados, para no perjudicar al trabajador migrante. Ahora bien, si se diera el caso (que no se da en ninguno de los casos controvertidos) de existir en el período de referencia de cálculo de la base reguladora períodos de cotización en el extranjero, tal y como ocurrirá con mayor frecuencia en el futuro debido a procesos de movilidad laboral más movidos (más idas y vueltas), se ha de utilizar para los mencionados períodos “la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo”. Regla, esta última, que, como se ha expuesto al analizar otras sentencias, ha generado también controversias.

#### *4.1.3. Regla de compatibilidad de la incapacidad permanente total cualificada con la pensión de jubilación de otro estado miembro*

El TJUE se ha pronunciado, en la STJUE de 15 de marzo de 2018 (TJCE/2018/31), Caso Blanco Marqués, acerca de la compatibilidad del incremento del 20% de una incapacidad permanente total que se había reconocido computando sólo cotizaciones abonadas al sistema español de Seguridad Social, con la percepción de una pensión de jubilación de la Seguridad Social suiza, que igualmente se había reconocido teniendo en cuenta sólo las cotizaciones abonadas al sistema suizo de Seguridad Social. Antes de determinar si la norma que prohíbe la acumulación, contemplada en el art. 6.4 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio y según la interpretación dada por el TS, es de aplicación a las prestaciones controvertidas, el TJUE analiza tres cuestiones previas.

Primera, considera que esta norma nacional, según la cual el incremento del 20% queda en suspenso durante el período en el que el trabajador ejerce un empleo o, según interpretación del TS, percibe una pensión de jubilación (sea abonada por el sistema nacional de Seguridad Social o por el sistema de otro Estado miembro), es una cláusula de reducción. Puesto que, según jurisprudencia del TJUE, una norma nacional debe

calificarse así cuando el cálculo que impone tiene por efecto reducir el importe de la pensión a la que puede tener derecho el interesado debido a que percibe una prestación en otro Estado miembro<sup>48</sup>.

Segunda, entiende el TJUE que la interpretación realizada por el TS, en cuanto órgano jurisdiccional supremo, de una disposición legislativa debe calificarse de legislación. El alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales ha de apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales. Aunque no cabe tener en consideración resoluciones judiciales aisladas, no sucede lo mismo con una interpretación jurisprudencialmente confirmada por el órgano jurisdiccional nacional supremo.

Tercera, en atención a su objeto y finalidad, el incremento del 20% de la incapacidad permanente total y la pensión de jubilación son de la misma naturaleza, tal y como se analizó con anterioridad. Así, según dispone el RCSS, en relación con las disposiciones específicas aplicables a las prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia, las cláusulas que prohíben la acumulación contenidas en la legislación de un Estado miembro sólo se aplicarán a una prestación calculada en virtud únicamente de las disposiciones de la legislación que aplican, sin emplear reglas de totalización o de prorrateo (así en el caso controvertido), siempre que se cumplan dos requisitos acumulativos: uno, cuando se trate de una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos (requisito que incumbe determinar al tribunal nacional remitente); y dos, que la prestación se mencione en la parte D del Anexo IV (que no se cumple). Por ello, ante la falta de cumplimiento de este segundo requisito, el TJUE concluye que la norma nacional, el art. 6 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que prohíbe la acumulación, no es de aplicación a esta prestación.

Esta sentencia del TJUE tiene impacto en la legislación española de Seguridad Social, en concreto, en la regla de incompatibilidad del incremento del 20% de la incapacidad permanente total, según la interpretación dada por el TS. De manera que, a pesar de la jurisprudencia del TS, la suspensión de dicho incremento no se produce al percibir una pensión de jubilación de otro Estado miembro puesto que, según el RCSS, la norma española que prohíbe la acumulación sólo se aplica cuando se den los requisitos y condiciones previstos en el propio RCSS (lo que no ocurre en este supuesto). Así, no es que el TJUE determine que la norma nacional sea contraria al Derecho de la UE; pero sí condiciona la aplicación de la norma que prohíbe la acumulación de las prestaciones a que se den los requisitos exigidos por el RCSS, pese a que la jurisprudencia del TS venía interpretando que las prestaciones en cuestión son incompatibles. Esta sentencia es una muestra de cómo los Estados miembros son competentes para organizar sus respectivos sistemas de Seguridad Social, si bien con el debido respeto a las normas del Derecho de la UE y, en concreto, en esta ocasión, con respeto a la regulación aplicable a las cláusulas que prohíben la acumulación de prestaciones de la misma naturaleza<sup>49</sup>.

#### **4.2. Subsidio por desempleo para mayores de 55 años**

En materia de protección por desempleo, destacan dos sentencias del TJCE en las que se abordan cuestiones referentes al subsidio por desempleo para mayores de 52 años

<sup>48</sup> Véanse la STJUE de 7 de marzo de 2002 (TJCE/2002/81), Caso Insalaca, apartado 16, y STJUE de 7 de marzo de 2013 (TJCE/2013/80), Caso Booren, apartado 28.

<sup>49</sup> Atendiendo a la doctrina del Caso Blanco Marqués, el TS ha cambiado de criterio, tal y como se pone de manifiesto en la STS de 29 de junio de 2018 (RJ 2018/3970), que establece la compatibilidad de la pensión de jubilación con otra prestación por incapacidad permanente total recibida en otro Estado miembro.

(ahora 55 años), cuales son la STJCE de 20 de febrero de 1997 (TJCE/1997/31), Caso Martínez Losada y otros, y la STCE de 25 de febrero de 1999 (TJCE/1999/32), Caso Ferreiro Alvite<sup>50</sup>.

En ambos procesos, se plantea al TJCE si una persona que ha cubierto períodos de seguro en un primer Estado miembro (en un caso, fueron varios Estados, y en otro, uno solo cual era Reino Unido) puede prevalecerse de estos períodos para obtener el derecho a una prestación por desempleo (en concreto, el subsidio por desempleo para mayores de 52 años) en otro Estado miembro (en este caso, en España) cuando en éste no ha ejercido actividad, si bien el organismo competente en materia de desempleo ha cotizado en su nombre durante el período de percepción de otro tipo de subsidio por desempleo.

A los efectos de resolver esta cuestión, el TJUE, tras recordar el principio de acumulación de los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales y el de exportación de las prestaciones, señala que el RCSS no establece los requisitos de constitución de los períodos de empleo o de seguro, sino que es la legislación de los Estados miembros la que determina estos requisitos. Por ello, un Estado puede subordinar el reconocimiento de un subsidio por desempleo al requisito de que el interesado haya cubierto en último lugar períodos calificados como “períodos de seguro” o “períodos de empleo” en virtud de su propia legislación. Corresponde, pues, al órgano jurisdiccional nacional apreciar si el requisito que exige la norma comunitaria (en virtud del cual una persona que ha cubierto períodos de seguro en otro Estado miembro sólo puede prevalecerse de estos períodos para obtener una prestación por desempleo en el Estado de que se trate si ha cubierto en último lugar períodos de seguro con arreglo a la legislación de este Estado), se cumple en el caso de que el interesado no haya ejercido nunca una actividad en dicho Estado, pero el INEM haya cotizado en su nombre. Así, el órgano jurisdiccional nacional ha de determinar si los períodos durante los que el INEM cotizó durante la percepción del subsidio por desempleo constituyen o no períodos de seguro con arreglo a la legislación interna. En caso afirmativo, se cumpliría el denominado “requisito comunitario”, en cuanto uno de los requisitos exigidos para causar derecho a la prestación por desempleo<sup>51</sup>.

Es una clara manifestación de que la organización de los sistemas de Seguridad Social y la definición de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las prestaciones son competencias de los Estados miembro. Como también lo es la determinación de los otros requisitos, los “requisitos nacionales”, en concreto, el período de carencia exigido para tener derecho a este subsidio por desempleo. De esta forma, tal y como afirma el TJUE en estas dos sentencias, es acorde al Derecho de la UE que la legislación española exija, para causar derecho al subsidio para mayores de 55 años, que el interesado haya cotizado durante un período de quince años a un régimen de pensión de jubilación, siempre y cuando dicho período también se considera cubierto mediante cotizaciones abonadas, en todo o en parte, a los regímenes de Seguridad Social de otros Estados miembros.

<sup>50</sup> Comentarios a estas sentencias pueden verse en ROJAS CASTRO, M.: “Sentencia comunitaria Martínez Losada y otros, de 29 febrero 1997, C-88/95, 102/95 y 103/95, sobre subsidio por desempleo de los emigrantes retornados mayores de 52 años sin cotizaciones en España. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vuelve a contestar sin aclarar, por falta de una clara exposición de la Ley española en la cuestión prejudicial”, *Aranzadi Social*, 1998, V, págs. 389 y ss. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el juez español...”, *op. cit.*

<sup>51</sup> El Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela de 31 marzo 1997 consideró, en Sentencia de 31 marzo 1997 que durante el período de percepción del subsidio, la entidad gestora ingresa las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia, por lo que “nos encontramos en presencia de períodos de seguro, en los términos previstos en el artículo 1 r) del Reglamento 1408/1971, dándose por cumplido por tanto el requisito previsto en el artículo 67.3 del mismo Reglamento”.

Estas dos sentencias tampoco tienen un impacto directo en la legislación española de Seguridad Social, en el sentido de que consideran que la normativa reguladora del subsidio por desempleo para mayores de 55 años se acomoda al Derecho de la Unión Europea. Pero sí tienen incidencia en el nivel de protección por desempleo de los trabajadores migrantes, en el sentido de que estos pronunciamientos obligan al INEM a tener en cuenta, en contra de lo que venía haciendo, a los efectos de comprobar el cumplimiento del período de cotización necesario para tener derecho a este subsidio por desempleo, los períodos de cotización que se hayan abonado, en todo o en parte, a los regímenes de Seguridad Social de otros Estados miembros. Facilitándose, así, en supuestos como los controvertidos, el acceso a la protección por desempleo para trabajadores mayores de 55 años que no han ejercido en España una actividad profesional, aunque sí en otros Estados miembros.

#### 4.3. Prestaciones familiares

Son diversas las sentencias del TJUE en las que se interpretan y aplican varias normas de coordinación en materia de prestaciones familiares; pero son sentencias que no han tenido impacto directo en la legislación española de Seguridad Social puesto que no se cuestiona si la normativa española reguladora de estas prestaciones o, en su caso, la interpretación y aplicación que de la misma hagan las entidades gestoras, se acomoda o no al Derecho de la UE.

En la mayoría de los supuestos se trata de trabajadores emigrantes españoles, ya residentes en España, que han trabajado tanto en España como en Alemania y que perciben una pensión (normalmente, de jubilación o incapacidad permanente) bien en virtud de la aplicación de las reglas de totalización, computándose las cotizaciones en España y en Alemania<sup>52</sup>, bien únicamente sobre la base de la normativa alemana<sup>53</sup>. Estos titulares de pensiones solicitan prestaciones familiares en Alemania por no tener derecho a dichas prestaciones en España (por no cumplir los requisitos exigidos por la legislación española o, en su caso, por haber optado por otra prestación que es incompatible con la prestación familiar, en cuyo caso se entiende que no se cumplen los requisitos para percibir los subsidios familiares) o, en su caso, un complemento por la diferencia entre la cuantía de la prestación española y la alemana.

En virtud de las normas de coordinación reguladas en el RCSS, cuando el titular de pensiones haya estado sometido a las legislaciones de varios Estados miembros, las prestaciones familiares se conceden conforme a la legislación del Estado en cuyo territorio resida el titular de pensiones. De esta forma, el Estado miembro de residencia es designado como Estado competente para conceder prestaciones familiares; pero siempre que se tenga derecho a prestaciones familiares en virtud de su propia legislación, cuestión que ha de decidir el órgano jurisdiccional nacional.

Así, según jurisprudencia del TJUE, si no tiene derecho a prestaciones familiares en el Estado miembro de residencia, el titular de una pensión que haya estado sometido a la legislación de varios Estados miembros, pero cuyo derecho a pensión se base únicamente en la legislación del anterior Estado miembro de empleo, puede reclamar a éste el importe íntegro de los subsidios familiares, aunque no haya solicitado al Estado miembro de residencia subsidios comparables, puesto que el derecho a los subsidios

---

<sup>52</sup> Así en la STJCE de 27 de febrero de 1997 (TJCE/1997/38), Caso Bastos Moriana, y STJCE de 24 de septiembre de 2002 (TJCE/2002/266), Caso Martínez Domínguez.

<sup>53</sup> Así en la STJUE de 20 de noviembre de 2011 (TJCE/2011/321), Caso Pérez García.

familiares en el anterior Estado miembro de empleo se adquirió en virtud únicamente de la legislación de este Estado. Por ello, de no ser así, tal y como ocurre cuando se totalizan los períodos para el reconocimiento de la pensión, el Estado miembro de empleo no está obligado a reconocer a los pensionistas que residan en otro Estado miembro prestaciones familiares, íntegras o complementarias, cuando no se cumplan los requisitos previstos por la legislación del Estado de residencia o cuando el importe de la prestación de tal Estado sea menor, respectivamente.

Para llegar a esta solución, el TJUE atiende a los objetivos que sustentan la normativa comunitaria de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social, la cual no puede aplicarse de manera que prive al trabajador migrante del beneficio de las prestaciones concedidas en virtud únicamente de la legislación de un Estado miembro. Por ello, los preceptos del RCSS que regulan las normas particulares en materia de prestaciones familiares no pueden interpretarse de forma tal que se prive al trabajador de las prestaciones más favorables, sustituyendo por las prestaciones ofrecidas por el Estado miembro de la nueva residencia las prestaciones anteriormente adquiridas en virtud únicamente de la legislación de otro Estado miembro. Esta interpretación de los preceptos del RCSS se basa en el principio según el cual la finalidad de los arts. 48 a 51 del Tratado no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su libre circulación, los trabajadores llegaran a perder determinados beneficios de Seguridad Social que les garantiza la legislación de un solo Estado miembro.

Esta jurisprudencia del TJUE, como se ha dicho, no tiene un impacto directo en la legislación española de Seguridad Social pero sí incide en el nivel de protección social, en concreto, en materia de prestaciones familiares, de los trabajadores migrantes, tal y como ocurre, por la conexión de estas prestaciones con el requisito de la residencia, con la incidencia de la jurisprudencia de dicho tribunal en materia de asistencia social, en los términos que se analizan a continuación.

## **5. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN LA PROTECCIÓN DE ASISTENCIA SOCIAL DEL MIGRANTE POR MOTIVOS LABORALES**

Son numerosas las sentencias del TJUE en las que se cuestiona si la exigencia de la residencia legal, en cuanto requisito para causar derecho a concretas prestaciones en materia de asistencia social o ayudas sociales, incluidas las denominadas prestaciones especiales en metálico no contributivas<sup>54</sup>, se acomoda o no al Derecho de la UE y, en concreto, al derecho a la libre circulación y residencia. Ninguna de estas sentencias tiene impacto directo en la legislación española puesto que el examen sobre la adecuación al Derecho comunitario no ha versado sobre una norma española; pero sí inciden en el nivel de protección social que reciben los ciudadanos que emigran en búsqueda de un trabajo, mientras no adquieran la condición de trabajador o, en su caso, cuando sufran la pérdida de su empleo.

En este sentido, en muchos de los supuestos que se han planteado ante el TJUE, la controversia gira en torno a si el art. 24 de la Directiva 2004/38, de 29 de abril, sobre

---

<sup>54</sup> También se ha cuestionado la exigencia del requisito de la residencia legal para acceder a prestaciones familiares coordinables, incluidas en el ámbito de aplicación del RCSS, en cuyo caso, además, la exigencia de dicho requisito podría ser contrario al referido reglamento, que sólo exige la residencia habitual. Véase al respecto al STJUE de 14 de junio de 2016 (TJCE/2016/10), Caso Comisión Europea/Reino Unido.



libre circulación de personas, y el art. 4 del RCSS, que reconocen la igualdad de trato de los ciudadanos de la UE que residen en un Estado miembro de acogida respecto de los nacionales de dicho Estado, se oponen a una normativa de un Estado miembro que excluye de ciertas prestaciones de asistencia social a los nacionales de otro Estado miembro que buscan un empleo en el territorio del Estado miembro de acogida, aunque sí se reconocen a los nacionales de dicho Estado que se encuentran en la misma situación.

Para resolver esta cuestión, el TJUE parte, en la mayoría de las ocasiones, del art. 20 del TFUE, el cual confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga nacionalidad de un Estado miembro. La vocación de dicho estatuto es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a dichos nacionales que se encuentren en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas, el mismo trato jurídico. De manera que todo ciudadano de la Unión puede invocar la prohibición de discriminación por razón la nacionalidad en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, incluido el ejercicio de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros<sup>55</sup>. Ahora bien, el propio TFUE supedita el derecho de los ciudadanos de la UE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación<sup>56</sup>. De esta forma, es cuestión clave conocer cuáles son dichas condiciones y limitaciones.

Así, por un lado, sólo se puede reclamar la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida, en virtud del art. 24.1 de la Directiva 2004/38, si la estancia en el territorio de dicho Estado se ajusta a los requisitos de dicha Directiva, pues si no se entendiese así, se iría en contra de un objetivo de la misma: evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. En este sentido, se han de diferenciar tres supuestos, que configuran un régimen de residencia con influencia en el nivel de solidaridad del Estado de acogida<sup>57</sup>: uno, el derecho a la residencia por un período de hasta tres meses, durante los cuales no se exige ningún requisito, salvo disponer del documento de identidad; dos, el derecho a la residencia por más de tres meses, en cuyo caso se exige, si el sujeto no es trabajador, disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida<sup>58</sup>; y tres, el derecho a la residencia permanente, que se adquiere tras haber residido legalmente en el Estado de acogida durante un período continuado de cinco años.

Y, por el otro, el apartado 2 del art. 24 de la Directiva 2004/38 excepciona el principio de no discriminación durante los tres primeros meses de residencia o, si procede, durante el período más largo en el que se encuentren los ciudadanos de la Unión que entraron en

<sup>55</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2014 (TJCE/2014/311), Caso Dano, apartados 57, 58 y 59, y STJUE de 2 de junio de 2016 (TJCE/2016/177), Caso Comisión/Paises Bajos, apartado 75 y 76. Esta sentencia es comentada por PÉREZ DEL PRADO, D.: "Ciudadanía europea, derechos de libre circulación e igualdad de trato y protección social: tensión en época de crisis. A propósito de la STJUE de 11 de noviembre de 2014 (Caso Dano)". Revista de Información Laboral, número 12/2014, Parte Art. Doctrinal. Editorial Aranzadi, BIB/2014/4502.

<sup>56</sup> STJUE de 19 de septiembre de 2013 (TJCE/2013/287), Caso Brey, apartado 46 y STJUE de 11 de noviembre de 2014 (TJCE/2014/311), Caso Dano, apartado 60.

<sup>57</sup> Así, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social", op. cit., pág. 8.

<sup>58</sup> Este supuesto es una manifestación de cómo se produce una relación tensa entre, por un lado, el derecho a la libre circulación y residencia y, por el otro, el principio de solidaridad de los sistemas nacionales de asistencia social, constituyendo un reto al que se enfrentan los sistemas de protección social. Véase a RODRÍGUEZ-RICO ROLDAN, V.: "Sostenibilidad versus solidaridad: la libre circulación de personas en la Europa del Brexit", en VV.AA., *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*. Ediciones Laborum, 2017, pág. 23.

el territorio del Estado miembro de acogida para buscar trabajo, si demuestran que siguen buscando empleo y tienen posibilidades reales de ser contratados. En estos supuestos, el Estado miembro de acogida “no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”.

De esta forma, dejando al margen el supuesto en el que se ha adquirido el derecho a la residencia permanente, que no se presenta conflictivo, el ciudadano que emigra por motivos laborales tiene derecho de residencia durante los tres primeros meses, sin mayor exigencia, así como durante un período más largo si demuestra que busca empleo y tiene posibilidades de ser contratado y, en su caso, si no es trabajador, si dispone de recursos suficientes. Ahora bien, aunque tenga derecho de residencia, ello no significa que en todos estos supuestos se tenga derecho a causar prestaciones de asistencia social pues el Estado miembro de acogida no está obligado en todo caso. Por ello, las limitaciones o excepciones al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, en materia de asistencia social, pueden venir bien por no cumplir los requisitos para tener derecho a la residencia legal (básicamente, carecer de recursos suficientes cuando la estancia es superior a tres meses), o bien por vía de la excepción a dicho principio en virtud de la cual los Estados no están obligados a conceder prestaciones de asistencia social en los supuestos antes descritos (aunque se tenga derecho a residir legalmente).

Y es que el TJUE ha considerado que se acomodan al Derecho de la UE las normas que excluyen a nacionales de otros Estados miembros de la percepción de prestaciones de asistencia social, aunque estas prestaciones sí se garanticen a los nacionales del Estado de acogida, en la medida en que los nacionales de otros Estados miembros no disfruten del derecho de residencia. Así, el ciudadano que emigra tiene derecho de residencia durante los tres primeros meses y durante un período más largo si es demandante de empleo con posibilidades de ser contratado, si bien puede que no tenga de derecho a prestaciones de asistencia social puesto que ambos supuestos entran dentro de la excepción al principio de igualdad, sin que el Estado de acogida esté obligado a reconocer este tipo prestaciones. Cuando se prolonga la residencia más allá de los tres meses, sin que se trate de demandante de empleo con posibilidad de ser contratado, ni trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, se ha de diferenciar: primero, si tiene recursos suficientes, en cuyo caso tiene derecho de residencia pero, al superar (probablemente) el umbral de pobreza fijado en función de cuál sea la prestación de que se trate, no tendrá derecho a prestaciones de asistencia social; y, segundo, si no dispone de recursos suficientes, en cuyo caso no tiene derecho de residencia legal ni derecho a prestaciones de asistencia social, si bien habría que comprobar, además, si el reconocimiento de prestaciones de asistencia social se convierte en una carga excesiva.

En consecuencia, es determinante efectuar un examen concreto de la situación económica del interesado para comprobar si cumple o no tal requisito de disposición de recursos suficientes<sup>59</sup>. Al exigirse el requisito de disponer de recursos suficientes, como requisito para tener derecho de residencia, se pretende impedir que los ciudadanos de la UE que no ejerzan una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado

---

<sup>59</sup> Véase la STJUE de 11 de noviembre de 2014 (TJCE/2014/3119, Caso Dano, apartado 80, que atiende a las comprobaciones realizadas por el Tribunal remitente para entender que los demandantes no disponen de recursos suficiente.

miembro de acogida para garantizar su subsistencia, en aras de evitar que se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social. Con este razonamiento se produce, en nuestra opinión, una fusión (y confusión) del requisito de acceso (disponer o no de recursos suficientes) y del objetivo perseguido (convertirse en carga excesiva para la asistencia social); elementos diferentes que no necesariamente van unidos. Por ello, como se ha dicho, además de comprobar el cumplimiento del requisito de disposición de recursos suficientes, también se ha de comprobar si su carencia supone una carga excesiva para el sistema de asistencia social de que se trate.

En este sentido, la jurisprudencia del TJUE exige que el Estado miembro de acogida considere la situación individual de una persona cuando se disponga a constatar que la misma se ha convertido en una carga excesiva para la asistencia social; sin embargo, dicho examen individual no es exigible en los supuestos de pérdida de empleo, tras la pérdida de la condición de trabajador. Tal condición de trabajador se mantiene durante un período que no podrá ser inferior a seis meses, en el caso del trabajador migrante que se encuentra en paro involuntario debidamente acreditado tras finalizar un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses y se ha inscrito en los servicios de empleo competente con el fin de encontrar trabajo. Durante dicho período, el ciudadano conserva su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, pudiendo invocar el principio de igualdad y teniendo, por tanto, derecho a prestaciones de asistencia social durante ese período de seis meses al menos, si, evidentemente, cumpliera los demás requisitos exigidos por la normativa interna.

En tal caso, la Directiva 2004/38, que establece un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador, tiene en cuenta los diferentes factores que caracterizan la situación individual del solicitante de prestación social y, en especial, la duración del ejercicio de una actividad económica. Así se garantiza un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el contexto de concesión de prestaciones de asistencia social, ajustándose al principio de proporcionalidad. Por ello, no es necesario tal examen en el caso de un ciudadano que busca trabajo que ya no tiene la condición de trabajador [STJUE de 15 de septiembre de 2015 (TJCE/2016/364), Caso Alimanovic, apartado 60]<sup>60</sup>. Y esta misma argumentación ha seguido el TJUE en el caso de un ciudadano que emigra a otro Estado miembro en el que nunca ha trabajado [STJUE de 25 de febrero de 2016 (TJCE/2016/2), Caso García-Nieto y otros, apartado 48<sup>61</sup>], en cuyo caso se alude a la seguridad jurídica y transparencia que deriva de la previsión según la cual los Estados miembros de acogida no tienen obligación de conceder prestaciones de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia.

En estos últimos pronunciamientos del TJUE se detecta un automatismo en la denegación de las prestaciones de asistencia social, que contrasta con la necesidad de proceder a una apreciación global de la carga que supone la concesión de prestaciones de este tipo en el sistema nacional de Asistencia Social de que se trate en función de las circunstancias individuales de la situación del interesado, tal y como se argumentó en la

<sup>60</sup> Esta sentencia es comentada por SUÁREZ CORUJO, B.: “Ciudadanos de segunda: los obstáculos a la libre circulación de los pobres (trabajadores). A propósito de las STJUE de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic”. *Revista de Información Laboral*, número 1/2016, Parte Artículos Doctrinales. Editorial Aranzadi, BIB/2016/35.

<sup>61</sup> Sentencia comentada por PANIZO ROBLES, J.A.: “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en contra del “turismo social” o contra la “solidaridad” en la Unión Europea (STJUE de 25 de febrero de 2016. Asunto C 299-14 Caso García Nieto)”. *Aranzadi Digital*, número 1/2016 parte Estudios y Comentarios. Editorial Aranzadi, BIB/2016/6126).

STJUE de 19 de septiembre de 2013 (TJCE/2013/287), Caso Brey, apartado 64<sup>62</sup>. Sin embargo, en las sentencias antes citadas, posteriores en el tiempo a ésta última, el TJUE entiende que lo dispuesto en la Directiva 2004/38, en relación con los supuestos en los que no se reconoce el derecho a las prestaciones de asistencia social (de forma expresa en el art. 24.2 de la Directiva 2004/38 durante los tres primeros meses, por un lado, y al perder la condición de trabajador y, con ello, el derecho a la residencia legal, por el otro) es suficiente para entender, para presumir, que ello produce una carga excesiva para la asistencia social<sup>63</sup>. Se hace prevalecer, así, el interés económico del Estado en cuestión sobre el principio de solidaridad entre Estados miembros de la UE. Las razones que alega el TJUE permiten entender que tal examen tampoco será necesario en el caso de emigrante demandante de empleo mientras tiene posibilidades de ser contratado, aunque sea más allá de los tres meses, por entrar también en la excepción al principio de igualdad de trabajo.

Una argumentación poco convincente, con la que se deja sin cobertura social a los ciudadanos, con necesidades de integración social y laboral, que se encuentran en tales situaciones, aunque su protección no necesariamente suponga una carga excesiva para el sistema nacional de asistencia social (incluso en el caso de que no dispongan de recursos suficientes), que es lo que permite justificar la diferencia de trato. Y es que, en nuestra opinión, la inscripción como demandante de empleo debería ser un elemento de peso a la hora de valorar si el reconocimiento de prestaciones asistenciales constituye una carga excesiva para el sistema nacional de asistencia social puesto que, además de poner de manifiesto que el desplazamiento no se hace sólo por disfrutar de tales prestaciones, es una prueba de que la necesidad de protección será breve, desapareciendo tan pronto como el ciudadano encuentre empleo en el Estado de acogida. La inscripción como demandante de empleo es un primer paso para la creación de un vínculo económico y social con el Estado de acogida por parte del ciudadano que nunca ha trabajado en dicho Estado. De la misma forma que, para el trabajador que ha perdido su empleo, pero que quiere reincorporarse al mercado de trabajo, es una prueba de que pervive tal vínculo. Lo que, asimismo, también reducirá la necesidad de aceptar cualquier tipo de empleo para poder mantenerse en dicho Estado, precarizándose, así, los flujos migratorios<sup>64</sup>.

Ahora bien, la excepción al principio de no discriminación contemplada en el art. 24.2 de la Directiva 2004/83 (que no impide el reconocimiento de prestaciones de asistencia social, sino que sólo dispone que los Estados no están obligados) no elimina la potestad de apreciación de que disponen las autoridades nacionales para, teniendo en cuenta un conjunto de factores y a la vista del principio de proporcionalidad, determinar si la concesión de una prestación social puede representar una carga para el sistema de asistencia social de un Estado miembro. Admitiendo tal directiva cierta solidaridad económica de los nacionales del Estado miembro de acogida con los de otros Estados miembros, sobre todo, si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de

<sup>62</sup> Comentarios a estas sentencias pueden verse en MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: “El “turismo social” en la Unión Europea antes y después del “Brexit”. Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero y de 14 de junio de 2016”. *Revista de Información Laboral*, número 3/2017, Parte Art. Doctrinal. Editorial Aranzadi, BIB/2017/1104; y en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La exigencia de residencia legal para acceder a las prestaciones de Seguridad Social. ¿Retroceso para la libre circulación de nacionales de la UE?”. *Revista Aranzadi Unión Europea*, número 8/2016, Parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, BIB/2016/80230, págs. 5 y ss.

<sup>63</sup> Con esta presunción se quiebra el espíritu y la letra de la Directiva 2004/38. MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de circulación de personas y limitaciones de la acción asistencial: ¿*Quo vadis* modelo de solidaridad europeo?”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, número 394, 2016, pág. 192.

<sup>64</sup> Véase a MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de circulación de personas y limitaciones de la acción asistencial...”, op. cit., págs. 192 y 193.

residencia tienen carácter temporal<sup>65</sup>. Otra cosa es que los Estados que tienen un sistema de protección social más avanzado, con prestaciones de más elevadas cuantías y, por ello, destino preferido por ciudadanos en búsqueda de empleo, encuentran en dicho precepto, sobre todo en momentos de mayores dificultades económicas, una sólida base normativa para negar la protección en materia de asistencia social en los supuestos que se han analizado.

Esta jurisprudencia del TJUE en materia de asistencia social, que ha sido insistentemente criticada por la doctrina por la falta de solidaridad en que se sustenta, habiéndose denunciado el modelo social europeo que configura<sup>66</sup>, no es sino manifestación de cómo los sistemas nacionales de Asistencia Social exigen el requisito de la residencia como muestra de la vinculación a un territorio concreto, el cual se solidariza con los ciudadanos que carecen de recursos para vivir de forma digna. Alcanzando tal exigencia de vinculación con el territorio incluso al brazo no contributivo del sistema español de Seguridad Social puesto que, como es sabido, a los efectos de acceder a las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, se exige un período mínimo de residencia.

Por ello, sería coherente, además de reclamar el desarrollo de adecuadas y eficientes políticas activas de empleo por parte de los Estados miembros, demandar también una mayor dosis de solidaridad a los sistemas nacionales de Asistencia Social, permitiendo el acceso a prestaciones de garantía de recursos de subsistencia a aquellos sujetos que carezcan de recursos, para que puedan subsistir de forma digna; pero no sólo por la vía de la flexibilización del requisito de la residencia sino también por otras vías, sobre todo en relación con prestaciones vinculadas a la situación de desempleo, que conduzcan a la ampliación del ámbito subjetivo de protección, lo que podría contribuir a frenar los procesos migratorios basados, si fuera realmente el caso, en el denominado “turismo social” que, como se ha expuesto, subyace en gran parte de estos pronunciamientos del TJUE. Aparte quedarían los distintos niveles cuantitativos de protección, en cuanto consecuencia de la existencia de tantos sistemas de Asistencia Social como Estados miembros componen la UE, que generan lugares preferidos de emigración; algo inevitable mientras no se construya un sistema europeo de protección social, que se halla en el origen de estos conflictos.

Más preocupante aún es la STJUE de 14 de junio de 2016 (TJCE/2016/10), Caso Comisión Europea/Reino Unido, en la que se analiza también la exigencia de la residencia legal en cuanto requisito para causar derecho a unas prestaciones familiares de Seguridad Social, en cuyo caso, además de la posible vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación, se cuestiona si contradice el RCSS, que sólo exige la residencia habitual. En esta ocasión, el TJUE, por un lado, atiende, para determinar la legalidad de este requisito, a la competencia de los Estados miembros para fijar los requisitos de

<sup>65</sup> STJUE de 19 de septiembre de 2013 (TJCE/2013/13), Caso Brey, apartado 72. De hecho, en España la mayoría de las prestaciones de carácter asistencial, especialmente las que regulan y otorgan las distintas Comunidades Autónomas, se reconocen por el hecho de ser ciudadano europeo, sin entrar a diferenciar en función de la situación administrativa. Véase al respecto a CARRIZOSA PRIETO, E.: “La protección social de los ciudadanos españoles (no activos) desplazados temporalmente en territorio de la Unión Europea”, en VV.AA., *Protección social en España, en la Unión Europea...*, op. cit., pág. 520.

<sup>66</sup> Véanse, entre otros, a PÉREZ DEL PRADO, D.: “¿Quién paga las prestaciones? Reflexiones al hilo del caso Franzen...”, op. cit., pág. 1; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social...”, op. cit., pág. 23; a PÉREZ DEL PRADO, D.: “Ciudadanía europea, derechos de libre circulación e igualdad de trato...”, op. cit., pág. 1; a ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La exigencia de residencia legal para acceder a las prestaciones de Seguridad Social...”, op. cit., pág. 8; a MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de circulación de personas y limitaciones de la acción asistencial...”, op. cit., pág. 193; y MIÑARRO YANINI, M.: “Límite económicos a la libertad de circulación: ¿‘sopa boba’ o ‘solidaridad’ para los comunitarios no nacionales?”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), número 382, 2015.

acceso a las prestaciones de Seguridad Social. Y, por el otro, justifica la discriminación indirecta por motivo de nacionalidad (que entiende que sí se da) en la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida. En fin, una misma razón, el interés económico del Estado miembro de acogida, para considerar ajustado al Derecho de la UE el requisito de la residencia, ampliándose así el ámbito material, más allá de prestaciones de asistencia social, en el que el ciudadano que no cumpla con el mismo queda sin protección social.

En cualquier caso, como se anticipó, ninguna de estas sentencias tiene impacto directo en la legislación española, si bien es cierto que, a tenor de esta jurisprudencia, se confirma que la exigencia de la residencia legal, incluso durante un período mínimo, en cuanto requisito de acceso a las prestaciones de asistencia social que pueden requerir las normas autonómicas del Estado español (al igual que la legislación española de Seguridad Social en relación con las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación), se acomoda al Derecho de la UE. Esta incidencia, aunque sea menor, en la legislación española en materia de protección social en conexión con los procesos de movilidad laboral, al menos mientras no se adquiere la condición de trabajador, es lo que justifica que se haya hecho referencia a estos pronunciamientos judiciales. Además de por la relevancia que adquiere esta línea jurisprudencial en momentos como los actuales en los que los flujos migratorios, provocados por la situación de crisis económica y elevadas tasas de desempleo que padecen ciertos Estados miembros, se han incrementado en los últimos años.

## 6. CONCLUSIONES

La existencia de tantos sistemas nacionales de protección social como Estados miembros componen la UE, habiéndose alcanzado sólo la coordinación, que no armonización, de los sistemas de Seguridad Social, cuyo significado y alcance, a tenor de la jurisprudencia del TJUE, implica que los Estados miembros sean competentes para organizar los sistemas nacionales de Seguridad Social y para determinar los requisitos de acceso a las prestaciones que conforman la acción protectora de cada sistema, si bien con el debido respecto al Derecho de la UE, se encuentra en el origen de muchas de las cuestiones que se han planteado al TJUE. Algunas de las cuales han tenido impacto en la legislación española en materia de protección social frente a los procesos de movilidad laboral. En concreto, la comprobación de si una determinada norma en materia de Seguridad Social constituye o no un obstáculo al derecho a la libre circulación de los trabajadores (o a la libre circulación y residencia de ciudadanos, para las prestaciones de asistencia social), en conexión, en muchas ocasiones, con las propias reglas de coordinación, se erige en la cuestión clave para la resolución de muchas de las controversias planteadas ante el TJUE y, con ello, para determinar el impacto de sus pronunciamientos en la legislación española en esta materia. Dicho impacto se puede graduar diferenciando tres niveles, atendiendo a la mayor o menor intensidad de la incidencia de los pronunciamientos del TJUE en la legislación española de protección social.

En primer lugar, un nivel máximo de impacto, en el que se incluyen aquellas sentencias del TJUE en las que se determina que una concreta norma del sistema de Seguridad Social se opone al Derecho de la UE, sobre todo, al derecho a la libre circulación de trabajadores. En este primer nivel se incluye la STJUE de 28 de junio de 2018, Caso C.R, que tiene un impacto máximo en la legislación española de Seguridad Social pues considera que la norma controvertida, la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, que

regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, supone un obstáculo a la libre circulación al obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización. Esta sentencia ofrece, incluso, una propuesta para poder superar la diferencia de trato entre los trabajadores migrantes y los trabajadores sedentarios, consistente en permitir a los primeros la posibilidad de cotizar por unas bases superiores a la base mínima.

Asimismo, la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013, Caso Salgado González, tiene un impacto directo en la legislación española de Seguridad Social en el sentido de que considera que la aplicación de la fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación (regulada en el actual art. 209 de la LGSS), sin adaptación alguna al supuesto en el que el trabajador autónomo ha ejercido su derecho a la libre circulación de trabajadores, es contraria al Derecho de la UE. Lo que se opone al Derecho de la UE es la regla en virtud de la cual se aplica la fórmula de cálculo de la base reguladora contemplada en la LGSS, sin adaptación alguna, con la consiguiente reducción de la cuantía de la pensión en el caso de que hubiera períodos vacíos de cotización.

También la STJUE de 15 de marzo de 2018 (TJCE/2018/31), Caso Blanco Marqués, tiene un impacto directo en la legislación española de Seguridad Social, en concreto, en la regla de incompatibilidad del incremento del 20% de la incapacidad permanente total que se regula en el art. 6 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio, según la interpretación dada por el TS. Como se expuso, no es que el TJUE determine que la norma nacional es contraria al Derecho de la UE; pero sí condiciona la aplicación de la norma que prohíbe la acumulación de las prestaciones a que se den los requisitos exigidos por el RCSS (lo que no ocurre en el supuesto controvertido), pese a que la jurisprudencia del TS venía interpretando que el incremento del 20% era incompatible con una pensión de jubilación abonada por el sistema español de Seguridad Social o por el de otro Estado miembro. Por ello, el impacto de esta sentencia se produce sobre la interpretación que venía haciendo de dicho precepto el TS.

En segundo lugar, un nivel medio de impacto, en el que se incluyen las sentencias que también afectan a la legislación española, considerándose no ajustada al Derecho de la UE; pero no la norma en sí, sino la interpretación y aplicación que de la misma o, en su caso, de la norma comunitaria, hacen las entidades gestoras. En este segundo grupo se incluye la STJCE de 3 de octubre de 2002, Caso Barreira Pérez, que incide en la aplicación que hizo el INSS, que no tuvo en cuenta, para calcular el importe efectivo de la pensión de jubilación, los períodos de bonificación, en función de la edad del mutualista, que prevé la legislación española, lo que es contrario al derecho a la libre circulación de trabajadores. Por ello, para acomodarse al Derecho de la UE, estos períodos de bonificación han de ser tenidos en cuenta por el INSS, no sólo para el cálculo teórico de la pensión de jubilación, sino también para el cálculo del importe efectivo de la misma.

También pertenecen a este segundo nivel la STJCE de 12 de septiembre de 1996, Caso Lafuente Nieto, la STJCE de 9 de octubre de 1997, Caso Naranjo Arjona, y STJCE de 17 de diciembre de 1998, Caso Grajera Rodríguez, que igualmente inciden en la forma de aplicar la normativa comunitaria de coordinación por parte del INSS, en el sentido de que la interpretación que da el TJCE a la norma controvertida supone un incremento de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, repercutiendo en el nivel de protección en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Así, para el cálculo de la base media de cotización, no han de tenerse en cuenta las cotizaciones pagadas en el otro Estado miembro (en todos estos supuestos, Alemania),

descartándose la fórmula de la integración de lagunas con la cotización abonada a otros sistemas de Seguridad Social; sino sólo el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo al Estado miembro competente, España, aunque con aplicación de la compleja regla de revaloración y actualización de la cuantía teórica, como si el trabajador hubiera seguido trabajando en las mismas circunstancias en España.

Asimismo, la STJCE de 20 de febrero de 1997, Caso Martínez Losada y otros, y la STCE de 25 de febrero de 1999, Caso Ferreiro Alvite, consideran que la normativa reguladora del subsidio por desempleo para mayores de 55 años se acomoda al Derecho de la Unión Europea. Pero inciden en el nivel de protección por desempleo de los trabajadores migrantes, en el sentido de que estos pronunciamientos obligan al INEM a tener en cuenta, en contra de lo que venía haciendo, a los efectos de comprobar el cumplimiento del período de cotización necesario para tener derecho a este subsidio por desempleo, los períodos de cotización que se hayan abonado, en todo o en parte, a los regímenes de Seguridad Social de otros Estados miembros. Facilitándose, así, el acceso a la protección por desempleo para trabajadores mayores de 55 años que no han ejercido en España una actividad profesional, aunque sí en otros Estados miembros.

Y, en tercer lugar, un nivel mínimo de impacto en la legislación española de protección social, en el que se incluyen las sentencias del TJUE relativas a las prestaciones de asistencia social. Ninguna de las sentencias que se han analizado tiene impacto directo en la legislación española puesto que el examen sobre la adecuación al Derecho comunitario, en relación con la exigencia del requisito de la residencia a los efectos de causar derecho a ciertas prestaciones asistenciales, no ha versado sobre una norma española; pero sí inciden en el nivel de protección social que reciben los ciudadanos que emigran en búsqueda de un trabajo, mientras no adquieran la condición de trabajador o, en su caso, cuando sufren la pérdida de su empleo. Lo mismo ocurre con las sentencias del TJUE en materia de prestaciones familiares, las cuales tampoco inciden directamente en la legislación española de Seguridad Social pues no se cuestiona ninguna norma de nuestro sistema de Seguridad Social; pero sí repercuten en el nivel de protección social de los trabajadores migrantes.

Finalmente, el impacto de la STJCE 20 de enero de 2005, Caso Salgado Alonso en la legislación española de Seguridad Social también es mínimo. En este caso no porque no afecte directamente a una norma española (que sí), sino porque lo que hace es confirmar que la norma española controvertida se ajusta al Derecho de la UE. Y es que la norma controvertida permite tener en cuenta las cotizaciones abonadas a los sistemas de Seguridad Social de otros Estados miembros, consecuencia de la movilidad laboral de los trabajadores, pero no permite computar, para causar derecho a la pensión de jubilación (aunque sí para calcular la cuantía de la misma, una vez causada), las cotizaciones abonadas por la Entidad Gestora mientras se percibe el subsidio por desempleo para mayores de 55 años; regla que se aplica al margen de que haya existido o un proceso de movilidad laboral y que es una manifestación de cómo los Estados miembros son los competentes para definir los requisitos necesarios (período mínimo de cotización, en su cuantía y en su naturaleza) para la concesión de las prestaciones de Seguridad Social.





# **CLÁUSULAS SOCIO-LABORALES, CONTRATACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

*Titular de Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén*

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL
2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE CLÁUSULAS SOCIO LABORALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
3. RECONOCIMIENTO EN NUESTRO DERECHO INTERNO DE COMPROMISOS DE CARÁCTER SOCIO LABORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
4. DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA INCORPORACIÓN DE OBJETIVOS SOCIO LABORALES.
5. LAS CLÁUSULAS SOCIO LABORALES EN FASE DE ADJUDICACIÓN.
6. ANÁLISIS DEL CRITERIO ECONÓMICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE
7. CLÁUSULAS SOCIO LABORALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN
8. CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS ASUMIDOS.
9. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El objeto de este estudio consiste en explorar y poner de manifiesto, con las lógicas limitaciones derivadas de una obra de estas características, las múltiples potencialidades, así como también los obstáculos y limitaciones, que el instrumento de la contratación desarrollada por las entidades pertenecientes al sector público, presenta en nuestros días para coadyuvar a la consecución de objetivos de política socio laboral.

La importancia de explorar este potencial queda patente si atendemos tanto a la relevancia del volumen de los recursos económicos y presupuestarios que se invierten cada año en esta actividad<sup>1</sup>, como al impacto cualitativo que la misma genera, dado su alto valor ejemplarizante y su capacidad para actuar de referencia y modelo para otras entidades del sector público, pero también de manera destacada del ámbito privado. Así, las empresas interesadas en ofrecer bienes y servicios a estas entidades del sector público, se mostrarán más proclives a adoptar en su seno políticas coincidentes con estos objetivos de carácter socio laboral, si con ello pueden obtener una ventaja competitiva respecto a otras empresas del sector, a la hora de convertirse en adjudicatarias de contratos públicos.

Pese a esta amplia capacidad de la contratación pública, no ha sido hasta fechas muy recientes cuando la misma ha recibido el impulso y beneplácito necesario para su desarrollo por parte del Derecho de la Unión Europea (en adelante UE), el cual, por el contrario, ha venido manteniendo una posición muy restrictiva a este respecto, inspirado en el propósito de salvaguardar los principios inspiradores de la libre competencia en el mercado único europeo.

## 2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE CLÁUSULAS SOCIO LABORALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

### 2.1 Principales etapas de esta evolución

La inclusión del Derecho de la UE en el ámbito de la contratación pública se inicia en el año 1971 con intervenciones tendentes a conseguir la eliminación de los obstáculos y restricciones que de este ámbito se derivaban para la libre prestación de servicios<sup>2</sup>.

Posteriormente, ya en la década de los noventa se aprobaron nuevas normas en el marco de la UE, inspiradas en el propósito de lograr una mayor coordinación entre los procedimientos de adjudicación de los distintos tipos de contratos públicos, con el omnipresente objetivo de eliminar restricciones a la libre prestación de servicios y a

---

<sup>1</sup> Según datos de la Comisión Europea, la contratación pública representa aproximadamente un 14% del PIB a nivel europeo y el 20% en España. Comunicación de la Comisión “*Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa*”, Estrasburgo, 3.10.2017 COM (2017) 572 final. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-572-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> consultada el 4 de marzo 2019.

<sup>2</sup> Se produce en este año la aprobación de importantes instrumentos, como la Directiva 71/304/CEE del Consejo, relativa a la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales; la Directiva 71/305/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; y la Decisión del Consejo, de 26 de julio de 1971, de creación de un Comité consultivo para los contratos públicos de obras.

la competencia en el mercado, como fórmula de garantizar los intereses finales de los consumidores<sup>3</sup>.

En el año 2001 se aprueba la Comunicación de la Comisión sobre Legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, (COM (2001) 566, de 15 de octubre), en la que en todo momento quedaba salvaguardado el derecho a la libre competencia, garantizando que la incorporación de cláusulas sociales no se tradujese en un menoscabo de éste<sup>4</sup>.

El siguiente paso supuso un notable avance en materia de contratación pública, en virtud de la Directiva 2004/18/CE relativa a sectores considerados clásicos en este ámbito y la Directiva 2004/17/CE sobre sectores especiales, ambas aprobadas el 31 de marzo de 2004<sup>5</sup>. Sin embargo, estos instrumentos jurídicos pronto evidenciarían sus limitaciones, puesto que no estaban pensados para desplegar sus efectos en el contexto de crisis económica que sufrió Europa durante su vigencia, por lo que resultaba patente la necesidad de repensar nuevas políticas en el ámbito de la contratación pública, tarea que se abordó mediante el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, “Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”<sup>6</sup>, convirtiéndose así en el precursor de un nuevo paquete legislativo que años más tarde se aprobaría para contribuir a los objetivos de la “Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. En esta Estrategia la contratación pública recibe una destacada atención. En concreto, los procedimientos de licitación son considerados un importante instrumento de mercado, destinado a contribuir de forma efectiva a la consecución de los objetivos sociales que le sirven de inspiración, garantizando asimismo un empleo más eficiente de los fondos públicos. Nace así el concepto de “contratación responsable o estratégica” y con él, la aparición de una serie de cláusulas sociales que se han venido a denominar de “segunda generación”<sup>7</sup>, definidas como “toda disposición incluida en un contrato o acuerdo comercial en virtud de la cual, la parte prestadora del servicio o ejecutora de la obra asume, como condición de acceso o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política socio laboral, como pueden ser la creación de más y mejor empleo, la garantía de los derechos laborales, en especial de la igualdad de oportunidades”<sup>8</sup>.

En el año 2014, concretamente el 26 de febrero, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron un nuevo y decisivo paquete legislativo en materia de contratación pública, cuyos principales objetivos eran simplificar y flexibilizar los procedimientos

<sup>3</sup> Cabe citar, a título de ejemplo, las Directivas del Consejo 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 y la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, dedicadas respectivamente a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de suministro y de obras. En 1996 se adoptó el Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* y en 1998 se aprueba la Comunicación de la Comisión sobre *La contratación pública en la Unión Europea*.

<sup>4</sup> Este objetivo ha venido provocando entre otras consecuencias, un planteamiento bastante reactivo de la Comisión Europea a admitir cláusulas sociales como criterios de adjudicación de estos contratos públicos. Vid. Molina Navarrete, C. “Mercados nacionales de trabajo y derecho comunitario de la Competencia: Libertad de empresa, relaciones laborales y cláusulas sociales”. *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*. La Ley. 2017.

<sup>5</sup> Mediante estos instrumentos normativos se coordinaban respectivamente los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y por otra parte, los de los contratos de los sectores del agua, la energía, transportes y servicios postales.

<sup>6</sup> COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011.

<sup>7</sup> Ortiz Vidal, M.D. Las cláusulas sociales en el derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública. *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. García Romero, B. Pardo López, M.M. (Dir.) Aranzadi. Navarra. 2017. pág. 35-54.

<sup>8</sup> Molina Navarrete, C. “Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º. 302. 2008. Pág. 7.

de licitación, en el intento de fomentar la participación en los mismos de las pequeñas y medianas empresas y dotar de más peso a los criterios sociales y medioambientales. Estas Directivas, conocidas como de Cuarta Generación, han promovido una profunda modernización del sistema público de contratación en la Unión Europea. En concreto, se trata de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, por la que se deroga la anterior Directiva 2004/18/CE, que establece el nuevo marco al que se debe someter la contratación administrativa en los Estados miembros de la Unión; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, aspecto que supone una novedad puesto que nunca antes había sido objeto de atención en el Derecho de la Unión Europea<sup>9</sup>.

Es la Directiva 2014/24/CE la que mayor incidencia tiene en la vertiente social de la contratación pública y entre otros objetivos, se orienta a lograr una contratación socialmente más responsable que incorpore en sus procedimientos objetivos de política social. Siendo cierto que esta Directiva amplía el juego de las cláusulas sociales, no lo es menos que responde también al objetivo tradicional tendente a asegurar que el juego de estas cláusulas no entren en conflicto con la lógica del mercado, por lo que les reserva únicamente un papel secundario, es decir, por sí mismas no podrán servir para justificar la contratación pública, puesto que su objetivo fundamental sigue siendo garantizar una competencia efectiva entre las empresas<sup>10</sup>.

Estas Directivas por otro lado, sólo resultan de aplicación a determinados contratos públicos por razón de su objeto y siempre que su importe sea igual o superior a los umbrales económicos fijados cada año por la Comisión Europea. Por debajo de ellos, los Legisladores nacionales tienen libertad para establecer una regulación diferente, pero sin que ello signifique que se encuentren excluidos de la aplicación del Derecho de la UE y del consiguiente respeto a los principios generales de la contratación pública, que de esta manera se erigen en barreras infranqueables<sup>11</sup>.

Entre estos límites infranqueables se encuentran los principios de publicidad<sup>12</sup>, concurrencia, proporcionalidad, no discriminación e igualdad de trato, principios todos ellos que inspiran la contratación pública desde que se promulgaran las primeras Directivas en esta materia. Ello se debe a que la importancia de las distintas dimensiones económica, política y social que concurren en la contratación pública, los fuertes intereses financieros que entran en juego y la estrecha colaboración entre el sector público y privado, convierten a la licitación pública en un “ámbito especialmente expuesto a prácticas fraudulentas y a

---

<sup>9</sup> Este paquete normativo establecía un mandato de transposición al Derecho interno de cada uno de los países miembros, hasta el 18 de abril de 2016, siendo destacable que a tal fecha, sólo cuatro países habían incorporado estas Directivas a su normativa interna: Reino Unido, Dinamarca, Portugal y Francia. España lo haría a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

<sup>10</sup> M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. “Cláusulas sociales y contratación pública”. Rev. *Diario La Ley* nº 8766. Mayo. 2016.

<sup>11</sup> Vid. STJUE 8 de febrero 2018, (Asunto 144/2017), en el procedimiento entre Lloyd’s of London y Agenzia Regionale per la Protezione dell’Ambiente della Calabria, relativo a la decisión de esta última de excluir a dos sindicatos pertenecientes al Lloyd’s de la participación de un procedimiento para la licitación de un contrato público de servicios de seguro.

<sup>12</sup> Esta exigencia se traduce en la práctica en la exigencia de una idónea publicidad de las distintas ofertas de contratos públicos en el Diario Oficial de la Unión Europea, siendo calificada por el TJUE la celebración ilegal de los contratos de adjudicación como la infracción “más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos”. Vid. STJUE de 7 de diciembre de 2000, *ARGE Gewässerschutz*, as. C-94/99; STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, as. C-26/03.

la corrupción”<sup>13</sup>. Precisamente por ello, las Directivas aprobada en el año 2014 pretenden garantizar la eficiencia de los fondos públicos y poner cerco a estas prácticas indeseables.

Por tanto, el margen de actuación con que van a contar las entidades pertenecientes al sector público, a la hora de orientar su contratación hacia objetivos de política social siendo amplio no es ilimitado, pues deberán respetar las condiciones que desde el Derecho de la UE se establecen para su válida inclusión en los contratos públicos. De esta forma, podemos entender que el papel que el Ordenamiento Europeo está llamado a desempeñar en la consideración de objetivos sociales en la contratación pública, se desarrolla en una doble vertiente: de un lado, fomenta e incluso impone en algunos casos, su contemplación en el procedimiento de licitación pública; y al mismo tiempo, actuará como límite a la hora de definir su contenido y alcance.

## 2.2 Su recepción en sede jurisdiccional: Doctrina del Tribunal de Justicia de la UE

De manera paralela al paulatino reconocimiento que han venido experimentando las cláusulas sociales en la contratación pública en el ámbito del Derecho de la UE, también su Tribunal de Justicia (en adelante TJUE) ha venido mostrando una lenta evolución a la hora de enjuiciar la legalidad de este tipo de cláusulas, si bien en líneas generales, podemos anticipar que se ha venido mostrando bastante reacio a su reconocimiento y sólo en los más recientes pronunciamientos muestra una mayor apertura en este sentido.

En cuanto a la conformación de esta doctrina del TJUE en materia de contratación pública, y pese a que no supone ninguna novedad el conflicto existente entre el Derecho Social y los preceptos del TFUE que regulan los principios de la libre competencia, como pilar sobre el que se construye el mercado único comunitario, lo cierto es que en los últimos tiempos las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros se han formulado con mucha intensidad ante el TJUE. Ello le ha permitido conformar un sólido cuerpo doctrinal en esta materia, hasta el punto que doctrina autorizada lo ha calificado de “infiltración” del Derecho de la Competencia en el Derecho Social<sup>14</sup>.

Contamos por tanto con una consolidada doctrina del Tribunal Europeo que se ha venido encargando de resolver las dudas interpretativas generadas ante estas situaciones de conflicto, donde queda especialmente patente el valor que el citado órgano jurisdiccional otorga a la libre competencia y a la libre prestación de servicios<sup>15</sup>, como límites a las cláusulas sociales que imponen el cumplimiento por parte de contratistas y en su caso, subcontratistas<sup>16</sup>, de ciertas condiciones de contenido socio laboral.

La primera ocasión en que el TJUE aborda la posibilidad de incorporar este tipo de cláusulas sociales a la contratación pública fue en su Sentencia de 20 de septiembre de 1988, en la que se rechaza la legalidad como criterio de adjudicación del contrato, de una cláusula social tendente a propiciar la contratación de desempleados en situación

<sup>13</sup> Moreno Molina, J. A. “Las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español”. *Gabílex. Número extraordinario*. Abril. 2015. Pág. 113.

<sup>14</sup> Lyon-Caen, G. “L’ infiltration du Droit du Travail par le Droit du la Concurrence”. *Droit Ouvrier*. N° 525. 1992. Pág. 313.

<sup>15</sup> Fernández Lomada García, M. “Las clausulas socio laborales en la contratación administrativa”. *Revista El Derecho*. [https://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Clausulas-socio-laborales-contratacion-administrativa\\_11\\_1108555001.html](https://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Clausulas-socio-laborales-contratacion-administrativa_11_1108555001.html). Entrada de 15 de julio 2017. Consultada 7 de marzo 2019.

<sup>16</sup> Para un estudio en profundidad de la regulación de la contratación, contiene la actual regulación existente en nuestro país, Vid. Miranda Boto, J.M. Fotinopoulou Basurko, O. “Contratación pública y cláusulas sociales en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores”. *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona. Atelier. 2017. pág. 211-232.

de paro prolongado<sup>17</sup>. No obstante, en sus pronunciamientos posteriores el TJUE se ha mostrado bastante divergente sobre esta cuestión<sup>18</sup>, admitiendo en ocasiones el juego de determinadas cláusulas sociales como criterio de adjudicación, para rechazar en cambio en otras ocasiones, incluso que éstas puedan desplazar su eficacia en fase de ejecución del contrato<sup>19</sup>.

De forma muy sintética, son principalmente dos las ideas que podemos extraer de esta doctrina que ha venido conformando TJUE en materia de reconocimiento de cláusulas socio laborales incorporadas a la contratación pública. En principio, se muestra favorable al reconocimiento de la legalidad de aquellas cláusulas incorporadas a los procedimientos de licitación cuando tengan por objeto garantizar el cumplimiento de la normativa laboral de un Estado miembro<sup>20</sup>. En cambio, cuando se trate de cláusulas que traten de ir más allá de lo establecido por la normativa nacional, la posición del TJUE viene siendo con carácter general restrictiva, al entender que las mismas pueden suponer una limitación a la libre competencia<sup>21</sup>.

Queda así patente en materia de contratación pública la existencia de una relación entre las libertades económicas y los derechos sociales basada en el principio de jerarquía, en base al cual, estos derechos quedan supeditados a las primeras<sup>22</sup>. Esta tradicional relación de sumisión ha venido favoreciendo una competencia transnacional entre empresas basada en los menores costes salariales y en definitiva, manifestaciones del denominado “dumping social”<sup>23</sup>.

### 3. RECONOCIMIENTO EN NUESTRO DERECHO INTERNO DE COMPROMISOS DE CARÁCTER SOCIO LABORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

También nuestro Derecho interno ha venido experimentando, de forma paralela al Derecho de la UE, esta corriente de impulso hacia el reconocimiento de objetivos de

<sup>17</sup> Asunto C-31/87, Gebroeders Beentjes. El TJUE analiza la compatibilidad de esta cláusula con el Derecho Europeo, rechazando su inclusión como criterio de adjudicación, admitiendo su posible legalidad como condición de ejecución del contrato, siempre que cumpla el doble requisito: que respete el principio de publicidad y que no resulte discriminatoria.

<sup>18</sup> Concretamente, el TJUE, en su Sentencia de 26 de septiembre de 2000, (C-225/98), en un recurso interpuesto por la Comisión europea contra Francia, tuvo oportunidad de valorar de nuevo la posibilidad de incorporar cláusulas sociales como criterios de adjudicación, encaminadas a la lucha contra el desempleo de carácter local, admitiendo en esta ocasión su legalidad.

<sup>19</sup> La doctrina del TJUE sobre la introducción de cláusulas sociales como condiciones de ejecución está integrada por la TJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, *Rüffert*, y por la STJUE de 18 de septiembre de 2014, as C-549/13, *Bundesdruckerei*. Con algunos matices, dicha doctrina puede entenderse superada por la STJUE de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost*, asunto C-115/2014, en la cual, tras analizar si el art.26 de la Directiva 2004/18 resulta contrario a la normativa de una entidad regional del Estado Alemán, que obligaba a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse a pagar un salario mínimo fijado por dicha normativa, concluye que dicha exigencia, al quedar establecida en la propia norma legal, resulta conforme con el Derecho de la Unión Europea. Vid. Gallego Córcoles I. “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”. *Documentación administrativa. Nueva Época*. Nº 4. 2017.

<sup>20</sup> Así se desprende de STJCE 4-12-00 (C-172/1999) y STJUE 17-11-15 (C-115/14).

<sup>21</sup> A tal conclusión es posible llegar tras el análisis de la doctrina del TJUE vertida en sus Sentencias de 9 de septiembre de 2004, (Asunto C-460/2002); 3 de abril de 2008 (Asunto C-346/2006) y de 18 de septiembre de 2014 (C- 549/13).

<sup>22</sup> Doctrina reiterada por en nuestro ámbito nacional por el Tribunal Supremo. Vid. STS 23-1-17 (rec 1874/15).

<sup>23</sup> STJUE de 3 de abril de 2008, (*Rüffert*, as. C-346/06, FD.33) señala que la medida nacional no es proporcionada si no se puede presumir que los trabajadores del sector privado necesitan la misma protección que los de la contratación pública. Por su parte, la STJUE de 18 de septiembre de 2014, (Asunto C-549/13, **Bundesdruckerei GmbH contra Stadt Dortmund**) entiende el Tribunal que si el contrato público conlleva desplazamiento temporal de trabajadores, el

política social en el marco de la contratación pública. Así, con ocasión de las sucesivas modificaciones legales operadas sobre esta materia, se han venido incorporando progresivamente consideraciones de carácter social, con diferente alcance e intensidad en relación con las distintas fases del procedimiento de licitación de contratos públicos<sup>24</sup>.

En concreto, la contratación pública responsable entendida como aquella promovida por el sector público, que aspira entre sus objetivos al impulso y fomento de una mayor responsabilidad ética, social o medioambiental<sup>25</sup>, encuentra su fundamento constitucional vinculado a varios preceptos de nuestra Carta Magna. Así, al art. 40.1 CE, cuando insta a los poderes públicos a promover el progreso social y económico, una distribución de la renta más equitativa y una política orientada al pleno empleo, considerando como expresión de su realización el hecho de valorar el grado de compromiso de las potenciales empresas concesionarias con los mismos; también a la formación y readaptación profesional (art. 40.1), la seguridad frente a situaciones de necesidad (art. 41), la seguridad e higiene en el trabajo (art.40.2), la salud pública (art. 43), la integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49). En cualquier caso, todos ellos estarían presididos por el art. 14 CE que trata de desterrar cualquier discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, instando el art. 9.2 C.E a los Poderes públicos a remover todos los obstáculos que impidan que la igualdad y la libertad entre los ciudadanos se ejerzan en condiciones de efectividad<sup>26</sup>.

La posibilidad de introducir cláusulas sociales en la contratación pública se contempla por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de forma expresa en la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Esta regulación pasó sin novedades relevantes al RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), donde se reconocía la posibilidad de introducir consideraciones de tipo social como criterios para valorar las ofertas y determinar aquella que resultase económicamente más ventajosa (art. 150.1) o como condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118.1).

Más contundente y ambiciosa en cuanto a la inclusión de compromisos de contenido social y laboral en los procedimientos de licitación pública se presenta la vigente regulación, contenida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, de 8 de noviembre<sup>27</sup> (en adelante LCSP), por la que se transponen a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Esta regulación abre un abanico de amplias posibilidades a entidades pertenecientes al sector público para impulsar verdaderas políticas sociales, a través de la contratación administrativa, al tiempo que pretende también poner su atención en los principales obstáculos que tradicionalmente se han venido oponiendo a este objetivo y que reclaman la supremacía de criterios mercantilistas en la adquisición de bienes y servicios por parte

---

establecimiento de requisitos de carácter social dirigidos a proteger a los trabajadores del contratista, aplicándoles la normativa del lugar de ejecución de la contrata, es contrario a la libre prestación de servicios.

<sup>24</sup> No obstante, esta consideración favorable a la consecución de objetivos sociales a través de la contratación pública no es del todo pacífica. Así, el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de julio de 2015 sobre el Anteproyecto de lo que más tarde se convertiría en la Ley 9/2017, considera que éste no es el instrumento correcto para el cumplimiento de los objetivos sociales, por entender que existen otros más apropiados y que pueden causar una menor distorsión sobre la competencia, tales como la política de beneficios e incentivos fiscales.

<sup>25</sup> Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 16/2015, de 4 de noviembre.

<sup>26</sup> Vid. Martínez Fons, D. *Libre competencia y Derecho del Trabajo. Efectos del Derecho Económico comunitario en las relaciones laborales*. La Ley. Madrid 2006.

<sup>27</sup> BOE 9 de noviembre de 2017.



del sector público y en definitiva, la supremacía del precio de los servicios o productos objeto de adquisición.

La nueva regulación trata para ello de auspiciar un cambio de concepción de los compromisos sociales en materia de contratación pública, de tal manera que puedan ser entendidos no como un elemento ajeno y distorsionador del procedimiento de licitación pública, sino como una aportación más a éste, capaz de influir en la elección de la oferta más adecuada, procurando la realización de valores y principios que se corresponden con el interés general.

Es evidente que de su adecuada contemplación se pueden derivar ventajas para el conjunto de la sociedad y para la entidad contratante del sector público, que puede encontrar así un instrumento útil para coadyuvarle en la consecución de objetivos de política social. Al mismo tiempo, una adecuada contemplación y realización de estos objetivos sociales en materia de contratación pública, puede suponer ventajas competitivas para las propias empresas licitadoras<sup>28</sup>.

En este sentido, el cambio de orientación que en esta materia inspira la nueva regulación es más que evidente, haciendo posible superar los anteriores debates jurídicos y doctrinales que se planteaban en torno a la legalidad o no de la incorporación de cláusulas sociales en las distintas fases del procedimiento de contratación pública. Incluso lo que ahora resultaría contrario a Derecho es realizar estas contrataciones sin haber contemplado la incorporación de criterios sociales, atendiendo al art. 1.3 y art 28.2 LCSP. Así, y frente al carácter potestativo que revestía la introducción de cláusulas sociales en la regulación contenida en el TRLCSP 2011, la Ley 9/2017 comporta un cambio de filosofía, al establecer que “en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato” (art. 1.3 LCSP).

Por tanto, el necesario debate que debe generarse en esta materia para resultar fructífero, no debe ya girar en torno a su legalidad, sino que ha de desplazarse hacia cuestiones de eficacia. En otras palabras, se trata de examinar con qué contenido y en qué momento del procedimiento de licitación han de incorporarse determinados compromisos de corte socio laboral para que el instrumento de contratación pública pueda llegar a desplegar toda su eficacia en el ámbito de la consecución de objetivos de este carácter.

#### **4. DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA INCORPORACIÓN DE OBJETIVOS SOCIO LABORALES**

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que las posibilidades de éxito en la incorporación de estas cláusulas de corte socio laboral quedaban muy influenciadas por la concreta fase en la que se pretendían introducir. Esta creencia debe quedar superada a la luz de la nueva regulación que ofrece la LCSP. En ella se aborda desde una perspectiva integral la contratación pública responsable, contemplando incluso las fases previas a la elaboración de los pliegos de condiciones administrativas, con el fin de garantizar que

---

<sup>28</sup> Vid. Pérez Riquelme A. “Cláusulas sociales: estrategias de contratación laboral” en *Innovación Social en la Contratación Administrativa: Las Cláusulas sociales*. (Dir.) García Romero, M.B. Pardo López, M. Aranzadi. Navarra. 2017. pág. 409-430.

la selección de criterios y clausulado de carácter socio laboral resulten posteriormente idóneos y adaptados a las características de cada contrato.

Por tanto, las cláusulas sociales se pueden incorporar en las diversas fases de la contratación pública. Ahora bien, el hecho de que se reconozca con carácter general esta posibilidad no supone un “aval incondicionado”<sup>29</sup> a su incorporación al contrato, sino que su reconocimiento y validez están sometidos a los límites que derivan de la propia normativa y que deben quedar garantizados en cada caso concreto.

#### 4.1. Necesidad de planificación previa

La actual LCSP contempla como novedad un planteamiento muy interesante, estableciendo el deber de planificar la actividad de contratación por parte de las entidades pertenecientes al sector público y de dar a conocer de forma anticipada esta planificación, que al menos deberá recoger aquellos contratos sujetos a regulación armonizada. Para ello, el art. 28.4 LCSP propone que la contratación pública incorpore en su gestión la planificación y la anticipación, actividades bastante infrecuentes en la práctica de esta actividad, más acostumbrada a desarrollarse bajo imperativos de urgencia, derivados en muchas ocasiones de la necesaria ejecución presupuestaria. Por el contrario, para la toma en consideración de los criterios socio laborales que resulten más apropiados en cada caso, es necesario disponer de suficiente antelación para que queden identificados los principales contratos públicos que se licitarán en cada ejercicio presupuestario, así como para analizar su contenido y características, de manera que sea posible incorporar todos aquellos aspectos y clausulados que promuevan una contratación pública responsable.

La importancia de llevar a cabo en condiciones adecuadas esta fase preparatoria es tal, que de ello van a depender que realmente puedan desplegar su eficacia toda una serie de medidas e instrumentos que la LCSP contempla, destinados a contribuir a la realización de objetivos sociales, como son entre otras, la posibilidad de realizar consultas preliminares<sup>30</sup>, formalizar la reserva de contratos, o dividir el contrato en distintos lotes.

Esta división del contrato en lotes es quizás de una de las mayores potencialidades que introduce la Ley 9/2017, a través de su artículo 99, para que la contratación pública pueda coadyuvar a la consecución de fines de carácter social. Con ello, lo que en última instancia se trata de evitar es que este ámbito quede dominado por las grandes empresas, facilitando la participación en el mismo de pequeñas y medianas empresas y de entidades de carácter social. Por tanto, a tenor de la regulación que ahora ofrece el art 99 LCSP, se debe dividir en lotes cualquier contrato que resulte susceptible de fraccionamiento en diferentes unidades funcionales<sup>31</sup>, ya sean cuantitativas o geográficas, o de división en aquellas partes que puedan utilizarse, prestarse o ejecutarse por separado. En caso de no cumplir esa exigencia legal, deberá quedar debidamente justificado en el expediente.

De esta forma, el establecimiento de lotes en los procesos de contratación queda configurado como regla general y no como excepción. Sin embargo, esta exigencia legal contrasta abiertamente con la práctica de la contratación pública en nuestro país, en la que

<sup>29</sup> Resolución 150/2017, de 10 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM).

<sup>30</sup> Esta posibilidad aparece contemplada en el art. 115 LCSP, con el objetivo de que los órganos de contratación puedan sondear al tejido económico, recabando toda aquella información que resulte necesaria para una mejor redacción de los pliegos.

<sup>31</sup> Sobre el alcance del concepto jurídico “Unidades funcionales”, vid Informe de la Junta Consultiva de Contratación pública del Estado, en el marco del Expediente 9/18 sobre Interpretación del artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

resulta llamativamente escasa su incidencia, siendo éste precisamente uno de los aspectos en los que las entidades del sector público declaran encontrar mayores dificultades para su aplicación<sup>32</sup>. Resulta por tanto necesario superar estas dificultades que en muchas ocasiones responden a la inercia de las prácticas seguidas en materia de contratación pública y no a una dificultad real que pudiera derivar de la propia naturaleza del contrato objeto de licitación, y que hiciera así desaconsejable la división del mismo en distintos lotes.

#### **4.2. Reserva de contratos a favor de empresas y entidades de carácter social**

La posibilidad de limitar la participación en los contratos públicos a entidades que cumplan determinadas características de naturaleza social está prevista en el art. 20 de la Directiva 2014/24/UE, que deja libertad a los Estados miembros a la hora de decidirse por el establecimiento de estos mecanismos. Nuestro Legislador ha optado por incorporar dicha posibilidad a nuestro ordenamiento jurídico y además, lo ha hecho revistiéndolo en algunos casos, de carácter obligatorio.

Es evidente que cualquier reserva de contratos supone una limitación a la libre concurrencia. No obstante, esta restricción se justifica por tratarse de una medida de acción positiva que trata de compensar la desventaja de partida que encuentran estas empresas y entidades de carácter social a la hora de participar en cualquier licitación ordinaria, y que conlleva como consecuencia, que se encuentren infrarrepresentadas en la adjudicación de contratos públicos<sup>33</sup>. Por tanto, la contemplación de una serie de instrumentos destinados a lograr su participación en licitaciones públicas, así como aliviar la carga administrativa que les puede llegar a suponer esta participación, es la forma que encuentra el Derecho Europeo y por trasposición del mismo, nuestra normativa nacional, de compensar las menores oportunidades que tienen estas entidades de naturaleza social de intervenir en el mercado abierto de la competencia que persigue el Derecho Comunitario.

Por lo que respecta a la regulación que de esta materia contiene la LCSP, se prevén ahora dos modalidades de reserva de contratos. Por una lado, a favor Centros Especiales de Empleo de Economía Social y Empresas de Inserción, a la que aparece dedicada la Disposición Adicional 4ª y por otro, la reserva a favor de Empresas y entidades de economía social, regulada como novedad en la Disposición Adicional 48ª LCSP. Ambas situaciones de reserva de contratos responden por tanto a la misma finalidad, pero presentan importantes particularidades en su régimen jurídico.

Para que estas reservas puedan desplegar en la práctica su eficacia, será necesario analizar previamente la oportunidad de formalizarlas. Para ello resulta imprescindible cotejar el objeto contractual con aquellos productos y servicios que ofertan los Centros Especiales de Empleo, las Empresas de Inserción y las empresas y entidades de economía social, con el fin de asegurar que la demanda que presenta la entidad pública, pueda ser satisfecha con los bienes y servicios que oferten estas entidades, ya que de lo contrario,

---

<sup>32</sup> Vid. Informe de Gobernanza para Contratación Pública en España 2017, aprobado el 17 de abril 2018. <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES>. Consultado el 6 de marzo 2019.

<sup>33</sup> De hecho, tanto las Pymes como estas entidades de carácter social se ven aquejadas de las mismas dificultades a la hora de participar en licitaciones públicas. Así, las Pymes representan más del 99% del total de empresas inscritas en nuestro país y se calcula que generan en torno al 69% del empleo, sin embargo, resultan adjudicatarias de apenas un 35% del importe global que supone la contratación pública. Por su parte, la Economía Social representa en España el 10% del PIB y el 10,5% del empleo, con más de 2,2 millones de empleos directos e indirectos. CEPES. Informe *Empresas relevantes de Economía Social*. 2018. <http://www.cepes.es/social/ranking> Consultado 6 de marzo 2019.

la formalización de estas reservas de contratos podría llegar a resultar ineficaz en la práctica<sup>34</sup>.

La mayor contribución que es posible esperar de este mecanismo de reserva, no depende tanto del porcentaje de contratos sobre el que recaiga, sino de la cifra anual que resulte adjudicada a través de esta fórmula de reserva de contratos. Para ello, la Disposición Adicional 4<sup>o</sup>, en su apartado primero, establece un mandato dirigido a las propias Administraciones, obligándoles a fijar las condiciones mínimas para garantizar su cumplimiento. Por lo tanto, en el caso de esta concreta fórmula de reserva, la obligación no consiste solo en fijar un porcentaje mínimo de contratos reservados, sino que deben establecerse garantías para su efectivo cumplimiento, de manera que la reserva de contratos se despliegue de manera estratégica, cuantificada y planificada, facilitando la creación, sostenimiento y crecimiento de un mercado protegido<sup>35</sup>.

### 4.3. Cuestión clave: Definición del objeto del contrato

Una vez superada la fase preparatoria del contrato, la primera ocasión que encuentra el órgano contratante para integrar aspectos sociales es a través de la propia determinación del objeto del contrato.

La LCSP ha venido a eliminar el anterior requisito que establecía el derogado art. 150.1 RDL 3/2011, consistente en exigir la vinculación directa entre los compromisos de carácter socio laboral y el objeto del contrato, para entender ahora en su art. 145.6.LCSP, que queda vinculada al objeto del contrato cualquier cuestión relacionada con la prestación contractual, en cualquiera de sus aspectos, en cualquier etapa de su ciclo de vida, en relación con el proceso específico de producción, o en lo referente a las formas de producción o comercialización socialmente sostenibles y justas<sup>36</sup>.

Pese a que como decimos, ha quedado superado el anterior requisito de vinculación directa al objeto del contrato, en la práctica resultará aconsejable definir el objeto con referencia a la temática o temáticas socio laboral a cuya consecución se oriente el contrato, puesto que de esta forma, se logra aportar mayor transparencia al procedimiento y a los operadores interesados en participar en la licitación, al tiempo que supone poner en valor los objetivos socio laborales, al exteriorizar el compromiso de la entidad contratante con su consecución<sup>37</sup>.

Determinadas temáticas que están dotadas de carácter transversal precisamente por esta naturaleza deberían quedar incorporadas a todos los contratos que se celebren

<sup>34</sup> Muchas administraciones ya están asumiendo este análisis previo, como es el caso de la Comunidad de Aragón que incluso ha regulado la planificación de las reservas sociales, requiriendo de todos los poderes adjudicadores la remisión del listado de contratos que tienen previsto reservar para Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo. Orden HAP/522/2017, de 7 de abril, por la que se da publicidad al Acuerdo de 28 de marzo de 2017, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón. <http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGF?CMD=VERDOC&BASE=BOLE&PIECE=BOLE&DOCS=1-40&DOCR=21&SEC=FIRMA&RNG=200&SEPARADOR=&&PUBL=20170426>. Consultada el 6 de marzo 2019.

<sup>35</sup> Vid. Lesmes Zabalegui, S. *Guía y Acuerdo de compra pública responsable de la Universidad de Jaén*. Universidad de Jaén. 2018.

<sup>36</sup> Son numerosas las referencias que la LCSP realiza a la necesaria vinculación, entendida ahora de forma amplia, al objeto del contrato. Así, en el art. 3 dedicado al Objeto y finalidad; art. 126.2. relativo a las Prescripciones técnicas; artículo 127 Etiquetas; artículo 142.1. Variantes; artículo 145.2. relativo a los Criterios de Adjudicación; el art. Artículo 147.1 dedicado a los Criterios de desempate; artículo 202.1 relativo a Condiciones especiales de ejecución, etc.

<sup>37</sup> En este sentido, sólo con leer el título del pliego de la Universidad Complutense de Madrid, se puede ejemplificar cuál ha sido la intención del poder adjudicador: "Contrato administrativo especial de prestación del servicio de Cafetería con criterios saludables y sostenibles en distintos centros de la Universidad Complutense de Madrid". Vid. <https://www.ucm.es/contratos/904>. Consultado el 6 de marzo 2019.

con entidades del sector público. A esta categoría pertenecen entre otras las relativas a las políticas tendentes a procurar mayores cuotas de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la accesibilidad de personas con discapacidad o la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras<sup>38</sup>.

Al margen de estos supuestos de materias de carácter transversal, la inclusión de determinadas cláusulas sociales requiere de una evaluación previa para determinar su idoneidad en cada caso, atendiendo al concreto contrato de que se trate. Y es que, la necesaria vinculación que han de presentar los objetivos socio laborales al objeto del contrato, impide el recurso consistente en incorporar referencias genéricas e indiscriminadas de corte social a cualquier expediente de contratación, debiendo por el contrario su incorporación ir precedida del necesario examen efectuado sobre cada caso concreto, para decidir la idoneidad de aquellas que quedarán incorporadas finalmente.

Cuestión distinta es la posibilidad e incluso conveniencia de que la entidad contratante perteneciente al sector público, manifieste su voluntad o compromiso con la consecución de objetivos sociales a través de la contratación pública. Este compromiso se puede exteriorizar mediante la aprobación de normas legales<sup>39</sup>, acuerdos o instrucciones<sup>40</sup> dirigidos a sus órganos de contratación, para que tengan en cuenta estos objetivos y su posible inclusión, atendiendo a las posibilidades que en tal sentido ofrezca el objeto de cada contrato.

#### 4.4. Etiquetas o certificaciones sociales

La posibilidad de introducir en un contrato público consideraciones sociales se puede concretar también en el ámbito de las especificaciones técnicas, cuya finalidad es la de definir con mayor precisión el objeto de la prestación o servicio que se pretende adquirir por parte de la entidad pública<sup>41</sup>.

Es el art. 127 LCSP el encargado de regular esta temática, donde se especifica que estas etiquetas podrán actuar como prescripciones técnicas, como criterios de valoración o como condiciones especiales de ejecución. Esta regulación posee una doble virtualidad, ya que por una parte, para los órganos de contratación supone un medio de prueba objetivo y verificable, que además garantiza el respeto a los principios derivados del Derecho de la UE, puesto que su concesión debe basarse en criterios objetivos, verificables y no discriminatorios, ser otorgadas por organismos independientes de forma transparente y resultar accesibles a todas aquellas empresas interesadas en su obtención. Y por otro lado, permite a las empresas acreditar plenamente el respeto a objetivos sociales tanto en sus bienes y servicios, como en los procesos productivos que desarrollan.

---

<sup>38</sup> Vid. Preciado Doménech, C.H. *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*. Bomarzo. Albacete. 2018.

<sup>39</sup> A esa finalidad responde el Decreto Foral de la Diputación de Bizkaia 33/2018, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento ejecutivo para la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en el procedimiento de contratación de la Diputación Foral (BOB 22 de marzo 2018).

<sup>40</sup> Suele ser habitual encontrar pronunciamientos y declaraciones de este tipo en las distintas Guías e Instrumentos de planificación con que se han dotado las entidades del sector público, para lograr la incorporación de objetivos de carácter social a los procedimientos de contratación pública que llevan a cabo. Vid. *Guía y Acuerdo de Compra pública responsable en la Universidad de Jaén*. 2018. Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) *Decálogo de integridad en la contratación pública local*. 2018.

<sup>41</sup> La viabilidad de exigir a las empresas que concurren al concurso que cuenten con determinadas certificaciones o etiquetas, fue valorada por el TJUE en su Sentencia de 10 de mayo de 2012, (Comisión contra los Países Bajos, asunto C-368/10), a tenor de la cual, resulta imprescindible que aunque en los pliegos se señale una etiqueta concreta, se acepte cualquiera otra que cumpla los mismos requisitos o equivalentes, e incluso que se acepte cualquier otro medio de prueba que demuestre el cumplimiento de dichos requisitos por parte de las empresas licitantes.

Existe una amplísima diversidad de etiquetas y certificaciones de carácter social susceptibles de ser incorporadas en los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación pública<sup>42</sup>, por lo que el órgano de contratación podrá seleccionar aquella que en cada caso resulte más adecuada al objeto contractual, los objetivos y necesidades de carácter social a satisfacer y las características del concreto contrato.

#### 4.5. Prohibiciones para contratar de carácter socio-laboral

El art.57 de la Directiva 2014/24/UE regula los motivos que permiten excluir a un operador económico sin examinar siquiera su oferta, al encontrarse en una de las causas tasadas que le prohíben concurrir a los procedimientos de licitación pública<sup>43</sup>, permitiendo este mismo precepto, en su apartado tercero, que los Estados miembros puedan bajo determinadas condiciones, establecer excepciones a las exclusiones del procedimiento de licitación que contempla<sup>44</sup>.

Tomando como referencia esta regulación, la LCSP establece en su art. 71 el catálogo de prohibiciones para contratar con las entidades incluidas en su ámbito subjetivo. Esta consecuencia se hace derivar entre otras circunstancias, de la comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores y también de la constatación de incumplimientos muy graves en materia socio-laboral, tipificados como tales en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS). Este precepto en su apartado 1.d) hace referencia a tres supuestos diferentes, que presentan en común el tratarse de incumplimientos de la normativa socio laboral, ya sean estos motivados bien por el impago de sus obligaciones tributarias o de Seguridad Social, bien por incumplimiento de la cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad, o bien por no cumplir con la normativa específica en materia de igualdad.

Aquellas empresas que incurran en alguno de estos incumplimientos se hallarán incurso en una prohibición para contratar con las entidades pertenecientes al sector público. Por lo tanto, si el órgano de contratación constata que alguna de las empresas licitadoras se halla en alguno de estos supuestos, deberá excluirla del procedimiento, siguiendo para ello lo previsto en el art. 72 LCSP.

En ocasiones se ha planteado la posibilidad de admitir la legalidad de cláusulas que vendrían a ampliar este catálogo de prohibiciones de contratar, con la finalidad de excluir de los procedimientos licitatorios a empresas que no cumplieran determinados estándares de comportamiento ético o social. Ante estas situaciones, los Tribunales y Juntas de Contratación han venido entendiendo que el establecimiento de estas prohibiciones queda reservado a la legislación básica estatal<sup>45</sup>. Sin embargo, no podemos

<sup>42</sup> Así, a título de ejemplo, en el ámbito de la Igualdad, existe el distintivo “Igualdad en la Empresa” como marca de excelencia que otorga actualmente el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, que reconoce a las empresas destacadas en el desarrollo de políticas de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres. En el ámbito de las distintas CCAA también se han ido aprobando distinciones y sellos con esta misma finalidad.

<sup>43</sup> En concreto, de su art.57.4.a) se desprende que si mediante sentencia o resolución administrativa firme consta que el operador ha incumplido sus obligaciones de abono de las cotizaciones del sistema de Seguridad Social, será excluido de la licitación. Pero la Directiva va aún más lejos al disponer que también podrá excluirse al operador económico cuando se pueda demostrar por cualquier medio adecuado, que ha incumplido sus obligaciones en materia de cotizaciones a la Seguridad Social, no siendo por tanto necesario, que hubiese recaído sentencia o resolución firme para que opere esta exclusión.

<sup>44</sup> Estas excepciones han de estar basadas en razones imperiosas de interés general como la salud pública o la protección del medio ambiente y también, cuando tal exclusión “resulte claramente desproporcionada”.

<sup>45</sup> En este sentido, puede traerse a colación el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 15/2016, de 20 de julio, en el que se plantea la legalidad de introducir una prohibición específica para contratar, consistente en impedir contratar con empresas con presencia, residencia, actividad o tributación en los llamados “paraísos fiscales”, siendo finalmente rechazada. A esta misma conclusión llega el Informe 14/2015, de 4 de noviembre, de la Junta

considerar que se trate de una cuestión pacífica en nuestros días, como lo demuestra el hecho de que determinadas normativas autonómicas sigan insistiendo en el estableciendo de prohibiciones para contratar que suponen ampliar el catálogo de las previstas en la LCSP<sup>46</sup>. En este sentido, parece poco probable que estas previsiones autonómicas puedan superar el juicio de legalidad, a tenor de la doctrina jurisdiccional existente en esta materia, la cual, viene incluso interpretando restrictivamente las prohibiciones reconocidas en la norma específica de contratación pública, al entender que suponen una limitación al ejercicio de derechos reconocidos en el marco de una economía basada en el libre mercado.

#### 4.6. Exigencia de solvencia social

Del mismo modo que resulta exigible al licitador que posea solvencia técnica, profesional, económica y financiera, podemos plantearnos si resulta procedente la exigencia de solvencia socio laboral, como requisito para participar en un procedimiento de licitación pública, con la consiguiente posibilidad de excluir en un concreto procedimiento, a las empresas que presenten valores sociales anormalmente bajos. Nuestra doctrina ha venido admitiendo la posibilidad de exigir elementos que impliquen esta solvencia social, siempre que concurren tres requisitos: a) que la cláusula presente vinculación con el objeto del contrato; b) que sirva como indicador de la capacidad técnica del empresario; c) que no resulte discriminatoria<sup>47</sup>.

En este sentido, aunque literalmente el art. 74.1 LCSP sólo haga mención expresa a la solvencia “económica o financiera y profesional o técnica” de la entidad concurrente, la denominada solvencia social para el acceso a un contrato público podría considerarse un presupuesto imprescindible para acreditar la capacidad técnica de la empresa para ejecutar un determinado contrato, en aquellos casos en que el propio objeto del mismo exija la concurrencia de determinadas aptitudes o experiencia en materia social, o bien que el personal encargado de su ejecución cuente con determinada cualificación o formación específica en materias de contenido socio laboral. En estos casos, no solo resultará posible exigir a la entidad licitante una previa experiencia específica sino que resulta incluso obligado para el órgano contratante, que debe asegurar que la empresa que finalmente resulte adjudicataria, se encuentra en condiciones de ejecutar correctamente el contrato<sup>48</sup>.

A estos efectos, resulta fundamental advertir que no bastará la apreciación de cualquier tipo de irregularidad en la composición o actuación de la empresa concurrente,

---

Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que rechaza la posibilidad de ampliar este catálogo legal de prohibiciones con el fin de conseguir el objetivo de lograr la igualdad salarial entre hombres y mujeres contratados por las empresas licitadoras; el Informe 4/2017, de 12 de abril de la Junta Superior de Contratación de la Com. Valenciana y el Informe 2/2017 de la Junta Consultiva de Aragón, que rechaza la introducción de prohibiciones de contratar basadas en acciones u omisiones constitutivas de discriminación por razón de sexo.

<sup>46</sup> Este es el caso por ejemplo de la *Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat Valenciana de Fomento de la Responsabilidad Social, que incorpora criterios sociales, éticos y medioambientales en la contratación pública e impide contratar con empresas que operen en paraísos fiscales (art. 13)*.

<sup>47</sup> Gala Durán C. “Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras y servicios”. *Revista Relaciones Laborales*. Nº 2. 2010. Pág.713-745. Bernal Blay, M. A. “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector Público”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Monográfico X. Zaragoza. 2008. Pág. 225 y ss.

<sup>48</sup> En este sentido, podemos imaginar fácilmente supuestos en los que será preceptiva la exigencia y acreditación de esta solvencia social. Así, por ejemplo, cuando se trate de realizar un diagnóstico en materia de igualdad, o de impartir formación especializada en materia de igualdad de género, o contratar los servicios de asesoramiento en prevención y tratamiento de situaciones de acoso por razón sexual o sexista, o cuando se pretenda contratar la gestión de centros especializados en protección y atención a mujeres víctimas de violencia de género, entre otros. Vid. Lesmes Zabalegui, S. *Informe jurídico para la incorporación de cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres en los contratos públicos*. Instituto Vasco de la Mujer. Emakunde. <http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/>

sino que cuando este tipo de defectos se pretenda utilizar como causa de exclusión del concurso, éstos deberán estar oportunamente previstos en el pliego de condiciones y quedar vinculados al objeto del contrato, debiendo ser proporcionales al mismo (art.74.2 LCSP)<sup>49</sup>.

Desde el punto de vista laboral, esta exigencia de solvencia de la empresa puede afectar a la cualificación profesional que resulte exigible a los trabajadores que vayan a ser los encargados de la ejecución del concreto contrato público, así como a la plantilla que resulte exigible para cumplir con el mismo. En este sentido, el art. 76.1 LCSP establece que en los contratos típicos y en el de suministro que incluya servicios o trabajos de colocación o instalación, podrá exigirse a las empresas que especifiquen en sus ofertas los nombres y cualificación profesional del personal que será el encargado de ejecutar la prestación.

De la plantilla mínima exigible se encarga este mismo precepto en su apartado segundo, al establecer que cabe exigir en los pliegos, el compromiso de las empresas de adscribir los medios personales que resulten necesarios para la ejecución del contrato, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad a las características del contrato y de la entidad, de forma que no suponga un límite a la participación de empresas en la licitación. Este compromiso puede revestirse de obligación esencial cuyo incumplimiento puede determinar la resolución del contrato, conforme al art. 211 LCSP o bien la imposición de las penalidades previstas en el art. 192.2 de la misma ley<sup>50</sup>.

Por su parte, el art 79.3 LCSP permite a las empresas pertenecientes a un grupo de sociedades alegar, a efectos de acreditar esta solvencia laboral, los medios materiales y personales con que cuente ese grupo. Este precepto es expresión de la dificultad que conlleva el tratar de conciliar intereses no siempre coincidentes, como son los de potenciar la participación de las Pymes en procesos de licitación pública y la protección al mismo tiempo de los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios en empresas pertenecientes a un grupo empresarial. En este sentido, la disposición de estos medios personales deberá contar con el consentimiento de los trabajadores que resulten afectados. Por tanto, lo que queda prohibido en estos casos no es ya la cesión de trabajadores entre las empresas del grupo, sino el hecho de que esta cesión haya podido producirse sin contar con el consentimiento de los trabajadores afectados. Sin duda, una opción legislativa cuestionable y que merecerá un análisis mucho más profundo por parte de nuestra doctrina iuslaboralista, para determinar los efectos que en la práctica se pueden derivar de esta previsión en el ámbito de las relaciones laborales constituidas en el seno de los grupos de empresas.

## 5. LAS CLÁUSULAS SOCIO-LABORALES EN FASE DE ADJUDICACIÓN

Los criterios de adjudicación conforman un momento clave del procedimiento de licitación, en el que tiene lugar la evaluación de las propuestas realizadas por las empresas, para determinar aquella que ha presentado la mejor oferta y, en consecuencia, será la adjudicataria del contrato.

informacion/politicas\_clausulas2/eu\_def/adjuntos/Informe\_Juridico\_para\_la\_incorporacion\_de\_clausulas\_de\_gener.pdf consultada 10 de marzo 2019.

<sup>49</sup> De esta cuestión, se ha ocupado el TJUE en su Sentencia de 18 de octubre 2012, Caso *Édukóvinig*. (Asunto C 218/2011).

<sup>50</sup> Preciado Domènech, C.H. *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*. Op. Cit. 2018- pág.78-80.



Para garantizar que estos criterios de adjudicación puedan llegar a desempeñar toda su eficacia en el ámbito de la consecución de objetivos de carácter socio laboral, será necesario que previamente se hayan tenido en consideración estos objetivos en la fase preparatoria del propio contrato, más concretamente, en la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas, puesto que como hemos analizado, es en este momento cuando se van a seleccionar y redactar los criterios de adjudicación que resulten en cada caso más apropiados, conforme a las características del contrato y los objetivos sociales que se propongan conseguir. Por lo que de nuevo, advertimos la esencialidad que reviste la fase preparatoria y la planificación de la contratación pública para conseguir su efectiva contribución a los objetivos de política socio laboral.

Por lo que respecta a la regulación actual que presenta esta materia en Derecho Europeo, el art. 67 de la Directiva 24/2014 establece el principio general de que se aplicará para la adjudicación de los contratos el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. El apartado segundo de este mismo precepto indica que podrá ser objeto de valoración la mejor relación calidad-precio, evaluada en función de criterios cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato.

La traslación que de esta materia se ha realizado a nuestro Derecho interno, ha quedado recogida en el art. 145 LCSP, dedicado a los criterios que han de servir de base a la adjudicación del contrato. La simple lectura de este precepto determina la plena legalidad de los criterios sociales de adjudicación, despejando aquellos reparos y discrepancias que se habían venido generando en torno a la anterior regulación con que aparecía dotada esta materia en nuestro ordenamiento jurídico. Este artículo 145 ofrece ahora un listado amplio y abierto de temáticas y aspectos concretos susceptibles de ser incluidos entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos, siendo relevante que a tenor del propio art. 1.3 LCSP cabe aplicarlos de “manera transversal” a cualquier objeto contractual.

La referencia a los criterios de adjudicación de orden social se incluye igualmente en el art. 145.2 LCSP, como criterios cualitativos que permiten identificar la oferta que representa la mejor relación calidad-precio. Conviene destacar igualmente el segundo párrafo de este art. 145.2. LCSP, donde se recoge entre los criterios de adjudicación “la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”. La mención expresa que ahora se realiza a “la organización del personal”, permitirá valorar a las empresas que llevan a cabo una gestión responsable y adecuada en materia de recursos humanos, lo que supone ampliar los criterios de valoración en fase de adjudicación, con respecto a la anterior regulación, en la que sólo era posible atender a la experiencia y la cualificación del personal.

A tenor de la regulación que ahora ofrece esta materia y de la doctrina elaborada por el TJUE, podemos extraer como conclusión que para que estas cláusulas sociales puedan superar el juicio de legalidad, será necesario tener en cuenta dos requisitos esenciales: que dicha organización del personal implique un valor añadido o aporte mayor eficiencia en la ejecución del contrato; y por otra parte, que el criterio incorporado valore estrictamente cuestiones referidas a la prestación contractual, a la plantilla que ejecutará el contrato o en relación con las personas beneficiarias de esta prestación y no por tanto, de la empresa considerada en su totalidad<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> En este sentido, el TJUE ha reconocido que la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de su ejecución, lo que le lleva a admitir la validez de la experiencia profesional y la formación de las personas encargadas de esta ejecución, como criterios de adjudicación. STJUE de 26 de marzo de 2015, Ambisig, (C-601/13).

Por otro lado, se ha superado el concepto de “vinculación directa al objeto del contrato” que imponía la anterior regulación y que precisamente ha venido provocando que nuestros órganos jurisdiccionales en ciertos casos, anularan la incorporación de criterios sociales en los pliegos de contratos públicos, por entender que no ofrecían una directa relación con el objeto del contrato<sup>52</sup>. Ahora, a tenor del art. 145.6 LCSP, se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

Es de esperar que esta interpretación amplia del criterio de vinculación al objeto del contrato por el que opta la LCSP, contribuya a superar en la práctica la controversia que se ha venido generando por parte de los propios órganos administrativos encargados de resolver los recursos que se plantean en esta materia, en torno a la determinación de si un concreto criterio social presentaba o no vinculación con el objeto del contrato. En muchas ocasiones, estos Tribunales y Juntas han venido ofreciendo soluciones divergentes en este aspecto, arrojando con ello aún mayores dosis de inseguridad jurídica en un ámbito que ya de por sí resulta complejo y tradicionalmente ajeno a estos órganos administrativos, como viene siendo el de la valoración de las cláusulas socio laborales en el ámbito de la contratación pública<sup>53</sup>.

### 5.1. La mejor relación calidad-precio como criterio de adjudicación

La LCSP ha superado también el anterior concepto de oferta económicamente más ventajosa, sustituyéndolo por el de “mejor relación calidad-precio”<sup>54</sup>, señalando que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

El artículo 145.5 LCSP establece los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación, que “deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada”. Por su parte, el 159.1.b LCSP con el fin de evitar que la inclusión de este tipo de criterios sociales se utilice fraudulentamente, para amparar una adjudicación arbitraria del contrato, exige que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor y subsidiariamente en caso de haberlos, su ponderación no podrá superar el 25% del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, cuya ponderación no podrá superar el 45% del total.

Por su parte, el art. 146.3 LCSP, reproduciendo la Directiva 24/2014, recoge la exigencia de que quede precisado en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que se atribuya a cada uno de los criterios de valoración elegidos. En el caso de

<sup>52</sup> Esta fue la conclusión a la que llega la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 7 de junio 2017, (rec. 318/2016), al valorar como criterio de adjudicación la aplicación del convenio colectivo estatal, calificándolo de “indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores”.

<sup>53</sup> En este sentido, un criterio interpretativo para valorar esta vinculación la ofrece la Resolución TACRC 600/2016 de 22 de julio, según la cual “*el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no, con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva,... la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución*”. De este modo, y según este órgano cabría valorar como mejora la aportación de un plan específico de formación en todos aquellos contratos que requieran una cierta cualificación y/o aprendizaje del contratista, de modo que la formación de recursos humanos supondría un plus para la ejecución del contrato.

<sup>54</sup> La fijación de este concepto lo realizó y explicitó la Directiva 2014/24/UE. Vid. Sentencia del TJUE, 10 de mayo de 2012, C-368/10, asunto Max Havelaar y Eko.

que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, será necesario indicar igualmente el momento en que se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido en cada una de éstas, para que el licitador pueda continuar en el proceso selectivo. Con esta previsión tratan de superarse situaciones que han venido siendo habituales en la práctica de nuestra contratación pública, consistentes en que una empresa pese a obtener una baja puntuación en su propuesta técnica, sin embargo obtenía el máximo de la puntuación posible en la propuesta económica que realizaba, por lo que, mediante la suma de las puntuaciones conseguidas en cada ámbito, finalmente resultaba ser la adjudicataria del contrato, con preferencia a aquellas otras empresas que habían realizado mejores ofertas técnicas y que incluso habían incorporado compromisos sociales. Para impedir que estas situaciones sigan salpicando el panorama de nuestra contratación pública, la LCSP permite articular un procedimiento de adjudicación por fases y establecer un umbral mínimo del 50% en cada una de ellas<sup>55</sup>. De este modo, en la primera fase se evaluará la propuesta técnica, y aquellas empresas que no obtengan el 50% de la puntuación mínima en este apartado, no podrán pasar a la siguiente fase, consistente en la valoración de la propuesta económica, quedando así eliminadas del proceso selectivo<sup>56</sup>.

Pese a todo, hay que tener en cuenta que según establece el art. 146.1 LCSP la adjudicación no podrá basarse únicamente en criterios cualitativos, categoría a la que pertenecen las cláusulas de corte socio laboral, puesto que la valoración de un único criterio en fase de adjudicación del contrato, sólo será posible cuando este criterio esté relacionado con los costes del mismo, pudiendo atender en estos casos al precio u otro criterio basado en la rentabilidad, como es el coste del ciclo de vida, calculado conforme al art. 148 LCSP. En consecuencia, en la medida que se introduzcan criterios de adjudicación de orden social, será necesario acudir a las reglas que rigen la utilización de una pluralidad de criterios en esta fase de adjudicación. No en vano, el art. 145.3 LCSP prevé entre otros, como contratos respecto de los que procede la aplicación de más de un criterio de adjudicación, a los contratos de prestación de servicios sociales, si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos, o de servicios intensivos en mano de obra. Por tanto, en todos estos casos, el precio no podrá ser el único criterio valorado para determinar la adjudicación de estos contratos<sup>57</sup>, correspondiendo en los demás supuestos al órgano de contratación decidir si atiende exclusivamente a factores relacionados con el coste del bien o servicio objeto de adquisición o se inclina por la valoración de una pluralidad de criterios cualitativos de adjudicación.

---

<sup>55</sup> Precisamente sobre esta cuestión se ha planteado ante el TJUE una cuestión prejudicial por parte del Tribunal administrativo de recursos contractuales de CCAA de Euskadi, Asunto C546/16 Montte, S.L., contra Musikene. Vid. Hernández, F. <https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/author/fcohez/pag/8Post> consultado 6 de marzo 2019.

<sup>56</sup> Es esta precisamente la intención que persigue el Acuerdo de la Junta de Gobierno, de 6 de junio de 2018, Ayuntamiento de Valladolid, de adjudicación para la prestación del servicio para la gestión y puesta en funcionamiento de la Escuela Infantil Municipal Caballito Blanco. file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/Notificaci%C3%B3n%20acuerdo%20Junta%20de%20Gobierno%206-6-2018%20adjudicaci%C3%B3n.pdf Consultada el 6 de marzo 2019.

<sup>57</sup> Vid. Resolución 702/2018, TACRC de 3 de octubre 2018.

## 5.2. Criterios de carácter socio laboral para dirimir situaciones de empate

Cabe señalar la escasa eficacia que en la práctica pueden llegar a desempeñar los preceptos que la LCSP dedica a regular la posibilidad de incorporar cláusulas sociales como criterio de desempate, debido a que su aplicación viene limitada a una eventual situación de empate entre dos o más empresas licitadoras, para la determinación de la mejor oferta. Además debemos tener presente que son concebidos como una excepción a los principios generales de igualdad de trato entre licitadores, por lo que únicamente serán admisibles los criterios o cláusulas de preferencia previstos legalmente<sup>58</sup>. Todo ello se traduce en la práctica en un escaso interés de los órganos de contratación por establecer estos criterios de desempate con una vocación social, sabedores de que sus esfuerzos para lograr una contribución a los objetivos de este carácter a través de la contratación pública, serán más útiles y efectivos si se centran en otros aspectos del proceso de licitación.

Pese a ser escasa como decimos su virtualidad, lo cierto es que LCSP ha venido a profundizar en ellos, distinguiendo entre aquellos criterios de contenido socio laboral que con carácter facultativo podrán ser establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas, a elección del órgano de contratación, a los cuales aparece dedicado el apartado 1º del art. 147, de aquellos otros que se aplicarán ex lege en defecto de los primeros, a los que se dedica el apartado segundo de este mismo precepto, donde aparecen ordenados con arreglo a criterios de preferencia. En todo caso, se establece la necesidad de que tales criterios de adjudicación específicos para supuestos de desempate estén vinculados al objeto del contrato.

Si tras la aplicación de estos criterios persistiese la situación de empate entre las empresas licitadoras, se acudiría en última instancia al sorteo y ello con el fin de garantizar la aplicación del principio general que prohíbe declarar desierta una licitación, cuando exista alguna oferta que cumpla con los criterios recogidos en el pliego.

## 6. ANÁLISIS DEL CRITERIO ECONÓMICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE

Aunque pueda parecer inicialmente paradójico, resulta fundamental referirnos a la cuestión del “precio” como uno de los criterios de adjudicación que determinan una contratación pública responsable, puesto que de nada serviría el esfuerzo por incorporar cláusulas sociales en las distintas fases del proceso de licitación, si a continuación éstas quedan devaluadas, al atribuirle una mayor valoración al criterio económico sobre el resto de los criterios de adjudicación<sup>59</sup>, o si se acepta un precio de adjudicación por debajo de los costes laborales, sin calificarlo como una baja desproporcionada o temeraria. Por tanto, son varios los aspectos que debemos tener en consideración para valorar el criterio económico desde su contribución a la contratación pública responsable.

<sup>58</sup> Sentencia, Sala Contencioso Administrativa, Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2016.

<sup>59</sup> A esta finalidad responde el Decreto de la Alcaldía de Barcelona, de 24 de abril 2017, sobre contratación pública sostenible, (Gaceta Municipal 28 abril 2017) donde se ha recogido una limitación de la ponderación del precio a un máximo del 35%.

### **6.1. Estimación del precio conforme a costes laborales y convenio colectivo de referencia.**

A este aspecto se refiere el art. 100 LCSP dedicado al Presupuesto base de licitación. Se trata de un artículo complejo que condensa demasiada información y que genera también ciertas dudas interpretativas que han sido objeto de recurso ante los tribunales administrativos de contratación.

El interés que reviste esta materia desde el punto de vista laboral, viene representado por el hecho de que en los contratos en que el coste de los salarios del personal destinado a la ejecución del contrato forma parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación deberá indicar de forma desglosada, y con división por género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Junto a este artículo 100 LCSP, es necesario igualmente tener en cuenta en este ámbito el art. 101, dedicado al valor estimado y el art. 116 de esta misma ley, dedicado al expediente de contratación. En concreto, en el apartado 4º, letra d) de este art. 116, se establece que en el expediente se justificará adecuadamente el valor estimado del contrato con indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

A la vista de esta regulación que ahora ofrece la LCSP es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral, lo cual, conlleva como lógica consecuencia un deber de vigilancia de su adecuado cumplimiento, que recae ahora sobre el órgano de contratación. Esta vinculación cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación<sup>60</sup>.

### **6.2. Ofertas anormalmente bajas o temerarias**

De nuevo encontramos en la regulación que ofrece esta materia una expresión más del deber de observancia que la actual regulación en materia de contratación pública impone con respecto a la normativa laboral. En este sentido, el artículo 149 LCSP regula las denominadas ofertas anormales o bajas temerarias, de la que resulta posible extraer algunas ideas claves para nuestro objeto de estudio.

En primer lugar, es necesario que los pliegos señalen con carácter previo y mediante parámetros objetivos qué ofertas se considerarán anormales o temerarias.

Será necesario rechazar las ofertas anormalmente bajas por no haber incluido los costes salariales derivados del convenio colectivo que resulte de aplicación, según lo dispuesto en el artículo 201 LCSP<sup>61</sup>. Este precepto impone a los órganos de contratación la adopción de las medidas que resulten necesarias para garantizar que en la ejecución de los contratos, los contratistas cumplen las obligaciones en materia social o laboral establecidas en el derecho de la UE, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional.

---

<sup>60</sup> Vid. Resolución 632/2018 TACRC, de 29 de junio 2018.

<sup>61</sup> Por su parte, si el órgano de contratación ha optado por la posibilidad que le brinda el art. 202LCSP, consistente en establecer en los pliegos, como condición especial de ejecución, el cumplimiento por parte de la empresa adjudicataria, del concreto convenio colectivo sectorial y territorial, se calcularán y desglosarán los costes laborales en función de lo que establezca este convenio, pudiendo resultar descartadas las empresas que presenten una oferta anormalmente baja conforme al mismo.

La aplicación de las bajas temerarias no opera de forma automática, por lo que no resulta posible excluir directamente a una empresa que realiza una oferta en estas condiciones, sino que será preciso seguir el procedimiento que para ello establece la LCSP, con el fin de aportar garantías, dada la gravedad que desde el punto de vista de los postulados de la libre competencia, reviste esta decisión del órgano de contratación<sup>62</sup>. Para ello, será necesario requerir al licitador, concediéndole un plazo para que pueda aportar alegaciones y documentación, o justificar y desglosar de manera razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios recogidos en la oferta que ha presentado<sup>63</sup>. Siguiendo estas pautas y respetando en todo caso el procedimiento de alegaciones previsto en la norma, se podrá excluir de la licitación a una empresa que incurra en una oferta económica por debajo de los costes salariales conforme al convenio colectivo aplicable, cuando ésta resulte injustificada.

## 7. CLÁUSULAS SOCIO LABORALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

Estas condiciones especiales hacen referencia a requisitos relativos al modo concreto de ejecutar la prestación contratada, siendo muy amplias y variadas las posibilidades de actuación que las cláusulas socio labores encuentran en este ámbito, con el límite siempre presente del respeto debido a los principios fundamentales que derivan del Derecho de UE.

Por lo que respecta a nuestro Derecho interno, la posibilidad de incorporar cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución se encuentra regulada en el artículo 202 LCSP. Durante el trámite parlamentario de esta ley se introdujo el establecimiento con carácter obligatorio de al menos una de las condiciones especiales de ejecución que aparecen recogidas en el apartado segundo de este mismo precepto. La lectura de este art. 202.2 LCSP evidencia la heterogeneidad y amplitud de los objetivos sociales a cuya consecución puede coadyuvar la contratación pública. En todo caso, se trata de un catálogo meramente ejemplificativo de objetivos socio laborales y no exhaustivo, siendo susceptible de ser ampliado, al igual que en el resto de los supuestos que venimos analizando, por los órganos de contratación, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada concreto contrato.

En este sentido, lo deseable es que esta obligatoriedad se traduzca en la incorporación de condiciones especiales de ejecución de las que realmente sea posible obtener una contribución efectiva a la realización de objetivos de política socio laboral por parte de las empresas licitadoras. Para ello, resulta necesario realizar esta elección de forma prudente y adecuada, eligiendo bien aquella o aquellas que mejor se adapten al objeto del contrato, a sus características y a las posibilidades reales de las empresas que operan en el concreto sector y al propio grado de consecución del objetivo que se pretenda alcanzar.

Las condiciones especiales de ejecución de obligado cumplimiento y los criterios de adjudicación de asunción voluntaria por el órgano de contratación, resultan plenamente

---

<sup>62</sup> Contamos con una dilatada doctrina de los Tribunales Administrativos en materia de ofertas con valores anormales o desproporcionados. Vid. Resolución TACRC nº 187, de 23 de febrero de 2018, nº 368, de 13 de abril 2018, nº 406 de 1 de julio 2018, entre las más recientes.

<sup>63</sup> La Guía de Contratación de la Comisión Europea establece la posibilidad de recabar información de los propios sindicatos, en los casos en que la anomalía de la oferta pueda vincularse a una rebaja en las condiciones laborales de los trabajadores.

compatibles entre sí, no siendo por tanto necesario elegir entre una u otra opción, a la hora de planificar adecuadamente el proceso de licitación.

El legislador muestra en esta materia un firme compromiso con el cumplimiento y efectividad de las cláusulas sociales que hayan podido quedar incorporadas como condiciones especiales de ejecución, reservándose en caso de incumplimiento una triple consecuencia: a) la imposición de las penalidades previstas en el art. 192 LCSP; b) la resolución del contrato, conforme al art. 211.1.f) LCSP, cuando haya quedado incorporada como condición esencial en los pliegos; c) cuando no sea causa de resolución, su incumplimiento podrá calificarse en los pliegos como infracción grave, susceptible de provocar la prohibición de contratar con las entidades públicas prevista en el art. 71.2.c).

Existen determinadas cláusulas sociales cuya incorporación en los pliegos de contratación, como condiciones especiales de ejecución, se han visto envueltas en una intensa controversia respecto a su legalidad. Así ha ocurrido, entre otras, con las cláusulas consistentes en la obligación de mantener las condiciones de trabajo del personal adscrito a la ejecución del contrato, la aplicación de los convenios colectivos sectoriales, la de subrogación de la plantilla, la información sobre condiciones laborales, entre otras. Con las limitaciones propias de un trabajo de estas características, si conviene al menos detenernos brevemente en los aspectos más destacados de cada una de estas cláusulas y las dudas que su inclusión han venido generando en fase de ejecución de los contratos públicos.

### **7.1. Mantenimiento de condiciones de trabajo del personal adscrito a la ejecución del contrato.**

Es quizás en este ámbito uno de los que resulta más evidente la incompetencia que han venido en algunos casos demostrando los órganos administrativos especializados y tribunales de contratación, a la hora de enjuiciar y valorar cuestiones de carácter eminentemente socio laboral.

En los distintos pronunciamientos que estas juntas y tribunales de contratación han venido emitiendo sobre este particular, se desconoce sistemáticamente las obligaciones que desde el punto de vista laboral, recaen sobre las empresas que en este caso pretenden concurrir a la licitación de contratos públicos, sin entrar a valorar por tanto, si les resulta posible su cumplimiento, limitándose únicamente a concretar sus consecuencias en las relaciones constituidas entre entidad pública y empresa adjudicataria. En este sentido, se ha planteado antes estos órganos si es viable jurídicamente el imponer como condición especial de ejecución, el mantenimiento de las condiciones de trabajo para los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, recogidas en el convenio colectivo que resultase vigente en el momento de presentar la oferta, llegándose a admitir en ocasiones su legalidad, mientras que en otros estos órganos si se han mostrado más respetuosos con los límites y exigencias que derivan del ordenamiento jurídico laboral, en materia de negociación de condiciones de trabajo<sup>64</sup>.

### **7.2. Aplicación del convenio colectivo sectorial como condición especial de ejecución**

Como venimos poniendo de manifiesto, la LCSP realiza varias alusiones a lo largo de su articulado al cumplimiento del convenio colectivo sectorial. En concreto, el artículo

<sup>64</sup> En concreto, sobre esta cuestión la JCC de Aragón, Informe 16/2014, de 1 de octubre, llegó a admitir que tales condiciones de ejecución resultan conformes al ordenamiento jurídico, mientras que con mejor criterio, la JSC de la Comunidad Valenciana, en su Informe 7/2015, de 15 de noviembre, entiende que de admitirse su legalidad, "el Pliego estaría imponiendo, sin cobertura legal, unas condiciones laborales que corresponde al contratista negociar

202.2 LCSP recoge la posibilidad de incorporar como condiciones especiales de ejecución de carácter social, “el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”. Por su parte, art. 35.1. LCSP en su letra n) referido al contenido mínimo de los contratos, establece que los documentos en los que se formalicen los contratos deberán incluir necesariamente entre otras menciones: “La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación”. Del mismo modo, también el art. 124 LCSP referido en esta ocasión al contenido mínimo que habrán de respetar los pliegos de cláusulas administrativas, indica la necesidad de que estos incluyan: “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”.

Se ha planteado el debate respecto a si estas referencias a los “convenios colectivos sectoriales vigentes” vendrían a suponer en la práctica, un desplazamiento del convenio colectivo de empresa en la regulación de las materias que aparecen recogidas en el art. 84.2 ET<sup>65</sup>. No obstante, una interpretación sistemática de los artículos 122, 149 y 202 de la LCSP con el plenamente vigente artículo 84.2 ET debería permitir llegar a la conclusión de que resultará aplicable el convenio colectivo sectorial, salvo en aquellas materias en que el convenio colectivo de empresa haya entrado a regular, de acuerdo con la prioridad aplicativa que le garantiza el mencionado artículo 84.2 ET.

Consiguientemente, tanto por razones de jerarquía como de competencia material, los pliegos de condiciones administrativas de un contrato no pueden tener eficacia correctora o derogatoria de las previsiones legales encargadas de regular una materia concreta. Por tanto, un pliego no puede exigir como requisito de admisión, con carácter eliminatorio por tanto, y no meramente valorativo, el sometimiento a un convenio colectivo concreto, puesto que ello excedería con creces el ámbito de su competencia. En este sentido, el licitador cumple con sus obligaciones laborales tanto si queda sometido a un convenio colectivo de ámbito sectorial, como a un convenio de empresa (82.3E.T).

Una cuestión distinta es que, en fase de ejecución del contrato, el órgano de contratación establezca como condición especial de ejecución “el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables” y no un convenio de empresa, puesto que ésta es una de las condiciones de ejecución que ahora se recogen expresamente en el artículo 202.2 de la LCSP<sup>66</sup>. En estos casos, la obligación asumida por el empresario de remuneración conforme al convenio colectivo sectorial tendrá como ámbito subjetivo de aplicación únicamente a los trabajadores empleados en la ejecución del concreto contrato público y no a la totalidad de la plantilla de la empresa, ya que lo contrario, podría representar una injerencia desproporcionada en la libertad de empresa y en el derecho a la negociación colectiva.

---

y acordar con terceros que no son parte en el contrato administrativo, y supondría en definitiva, limitar o impedir la aplicabilidad de dichos acuerdos durante todo el tiempo que durase la ejecución del contrato administrativo de servicios, imponiendo la permanencia o inamovilidad de unas condiciones laborales establecidas en un convenio preexistente lo que evidentemente iría en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral”.

<sup>65</sup> Uría Menéndez (Bufete). Cláusulas sociales, subrogación y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Nº 47. 2017. Pág. - 82-91. Durante la tramitación parlamentaria de la actual LCSP, mediante la presentación de tres enmiendas, trató de sustituirse esta referencia a la aplicación de los convenios colectivos sectoriales, por la referencia al “convenio colectivo que sea de aplicación”. Vid. Rojo Torrecilla, E. “Tres importantes enmiendas laborales del grupo popular del Senado al Proyecto de Ley de contratos del sector público. Supresión de las referencias a la aplicación de los convenios sectoriales (actualización a 22 de septiembre de 2017)”. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/09/ tres-importantes-enmiendas-laborales.html>. Consultada 6 de marzo 2019.

<sup>66</sup> Vid. Preciado Domènech, C.H. *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector público*. Bomarzo. Albacete. 2017. pág. 70-71.



### 7.3. Subrogación de la plantilla del anterior adjudicatario

En relación con la posibilidad de admitir la subrogación de trabajadores empleados por la anterior empresa adjudicataria como condición especial de ejecución, es necesario partir de lo dispuesto en el art. 130 LCSP, que amplía notablemente la regulación que sobre esta materia contenía la regulación anterior, concretamente en el art. 120 del derogado TRLCSP.

A este respecto y como principal novedad, se elimina la referencia a que la obligación de subrogación pueda derivarse del propio contrato. Se recoge así la doctrina que venía defendiendo que la obligación de subrogación es una cuestión de carácter eminentemente laboral, que debería quedar reservada a las situaciones en que viniera así establecida de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego consignar esta cuestión a efectos únicamente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tuviesen en cuenta la eventualidad, a la hora de calcular sus costes<sup>67</sup>. A la misma conclusión llega la doctrina de las Salas Contenciosas Administrativas recaída en esta materia<sup>68</sup>.

Por tanto, no será posible a la vista de la regulación que ofrece ahora el art. 130LCSP, exigir a través de los pliegos de contratación como condición especial de ejecución la subrogación de personal, de modo que únicamente cabrá imponer esta obligación por aplicación del E.T o del convenio colectivo aplicable<sup>69</sup>, o cuando la misma o la opción de imponerla venga prevista en una norma legal que regule específicamente la actividad objeto del contrato<sup>70</sup>.

En aquellos casos en que la obligación de subrogación se haga derivar del propio E.T o de la aplicación del convenio colectivo, el art. 130 LCSP señala la obligación que recae sobre el órgano de contratación de especificar en el propio pliego de condiciones, toda la información relativa a los contratos de los trabajadores a los que afecte esta subrogación<sup>71</sup>, y ello con el fin de permitir a las empresas interesadas en participar en el proceso de licitación, la evaluación de los costes laborales que les pueda suponer esta obligación de subrogación<sup>72</sup>. El art. 130.2 LCSP hace extensiva esta misma obligación de información a los socios trabajadores de las cooperativas, cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de subrogación.

<sup>67</sup> Informes Junta Consultiva Contratación Aragón 6/2012, de 7 de marzo y 7/2014, de 2 de abril.

<sup>68</sup> Al considerar que una cláusula de estas características “excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos”, en la medida en que supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria, mientras que impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento corresponde conocer a los órganos de la jurisdicción social. Vid. Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo de 8 junio 2016 (rec. 1602/2015), que resuelve el recurso interpuesto contra la SAN de 25 de mayo de 2015 (rec. núm. 122/2013), que consideró admisible la obligación de subrogación derivada de los Pliegos, siempre que resultase voluntaria para los trabajadores afectados, por entenderla amparada en la libertad de pactos y en el interés público de calidad en el empleo. El TS finalmente anuló íntegramente esta última sentencia.

<sup>69</sup> En la práctica no siempre resultará pacífico determinar la fuente de la que deriva esta obligación de subrogación, siendo objeto incluso de cuestión prejudicial por nuestro Alto Tribunal. Vid. STS de 11 de julio 2018, Asunto C-60/17.

<sup>70</sup> Sobre este supuesto ha tenido ocasión recientemente de pronunciarse el TJUE, en su Sentencia de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza, Asunto C-472/16*.

<sup>71</sup> Esta información deberá ser suministrada por la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar, como empleadora de la plantilla afectada, y consistirá entre otras cuestiones, en facilitar listados del personal objeto de subrogación con indicación del convenio colectivo al que queda sujeto el mismo, cuestiones relativas a la categoría de este personal, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.

<sup>72</sup> Vid. Resolución 546/2018, de 1 de junio, del TACRC, por la que se desestima como motivo del recurso, entre otros, el que hace referencia a la obligación de subrogación de trabajadores derivada de convenio colectivo aplicable.

Por otro lado, se prevé por primera vez la adopción de medidas por parte de los órganos de contratación en los pliegos, para asegurar la indemnidad del nuevo contratista o concesionario, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones informativas laborales y de seguridad social que recaen sobre el empresario saliente. En concreto, el art. 130 LCSP establece la obligatoriedad de que los órganos de contratación establezcan en el pliego de cláusulas administrativas particulares, penalidades para el empresario que incumpla la obligación de entregar la información completa y veraz de los trabajadores en cuyas relaciones de trabajo deba subrogarse el nuevo contratista y su obligación de abonar los salarios impagados de los trabajadores afectados por la subrogación, aún en el supuesto de que el contrato se resuelva y los trabajadores sean subrogados por el nuevo. El contratista entrante dispondrá de una nueva acción de reclamación para el caso de que los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada, y, en todo caso, estará exento de responsabilidad sobre los salarios y cotizaciones impagados respecto de los trabajadores afectados. Se trata como decimos de una novedad importante que incorpora ahora la LCSP con amplia incidencia en el ámbito de las relaciones laborales, por lo que convendrá estar atentos a la implementación que encuentren estas cuestiones y también de la interpretación que de las mismas realice los órganos administrativos de contratación y los jurisdiccionales.

Resulta también interesante destacar en este punto la regulación que como novedad contiene el art. 130.3 LCSP en caso de reversión del servicio público objeto del contrato, del que se hace derivar para la administración la obligación de subrogación del personal que lo venía prestando, si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general<sup>73</sup>.

Sobre esta materia ha tenido una incidencia directa la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018, de 31 de octubre (BOE 6 de diciembre), por la que se declara inconstitucional la Disposición Adicional 26ª de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, que impedía considerar a estos trabajadores como empleados públicos, reservándoles en su lugar, la consideración de trabajadores por cuenta ajena. Es pronto aún para determinar las consecuencias que desde el punto de vista laboral puede conllevar los efectos de esta reciente sentencia, en el ámbito de la decisión de las administraciones públicas, a la hora de valorar la reversión de los servicios públicos y bajo qué estatuto jurídico quedarán los trabajadores subrogados, pero es evidente que generará un amplio debate que reclamará la atención de doctrina y operadores jurídicos.

Cuando la subrogación no se hace derivar de la existencia de norma legal, sino de convenio colectivo o acuerdo de negociación de eficacia general, el problema será determinar qué ocurre cuando la administración a la que revierte el servicio no esté incluida en su ámbito de aplicación. En estos casos, la Sala IV del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no procede en tales casos, la subrogación convencional de la administración respecto del personal de la empresa contratista<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Vid. para un estudio en profundidad, Vid. Alfonso Mellado, C.L. "Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública". *Revista de Derecho Social*. Nº 82. 2018. pág. 13-36. López Cumbre, L. "Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público". *Revista Galega de Dereito Social*. nº 3.2017. pág. 101-147.

<sup>74</sup> En este sentido, Sentencia TS de 17 de junio 2011 (rec. 2855/2010) y 26 de julio 2012, (rec. 3627/2011). Conviene también recordar la interpretación que el TS, Sala IV, realizó en su sentencia 21 de abril 2015 (rec. 91/2015), del anterior art 301.1.4 RDL 3/2011, muy similar a lo previsto ahora por el art. 308LCSP, en un supuesto de extinción de la contrata del servicio de cafetería de la Intervención General del Estado, en la que llega a la conclusión de que queda prohibida la consolidación de los trabajadores de esta contrata como personal del ente contratante.

#### **7.4. Exigencia de conocimiento de lengua cooficial como condición especial de ejecución**

También ha sido analizada desde el punto de vista de su legalidad como condición especial de ejecución, la exigencia de conocimiento de la lengua cooficial que resulte aplicable en el concreto ámbito territorial en el que vaya a desarrollarse el contrato. Se trata esta de una materia a la que las entidades del sector público radicadas en CCAA con lengua cooficial, vienen dedicando una especial atención en su actividad de contratación pública, fomentando su incorporación en fase de ejecución<sup>75</sup>.

Como apoyo de su legalidad, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativa, de 14 de febrero de 2017 (rec. 464/2015)<sup>76</sup> que otorga la posibilidad a los órganos de contratación de fomentar el uso de las lenguas cooficiales en territorio español para lograr la normalización lingüística, asegurando a los usuarios de los servicios públicos que cuando estos sean prestados por terceros, como resultado de un procedimiento de licitación pública, puedan recibir estos servicios en condiciones lingüísticas similares a las que les sería exigible si lo prestase la administración correspondiente. Por tanto, el establecimiento de estas cláusulas debe ir dirigido a garantizar los derechos de la ciudadanía, en tanto que destinataria de los contratos administrativos y deberá armonizarse con la normativa que en cada CCAA rija en esta materia específica.

Por otra parte, a nadie se le escapa que al exigir que los trabajadores que vayan a ejecutar este contrato, acrediten un determinado nivel de competencia lingüística en la lengua cooficial de la CCAA, se consigue que parte del beneficio social generado por la adjudicación del contrato público, en este caso cifrado en términos de creación de empleo, repercuta directamente sobre personas vinculadas al territorio en el que rige esa lengua cooficial, por lo que de manera indirecta, se pueden estar consiguiendo los mismos efectos que se perseguirían con las cláusulas de empadronamiento o territorialidad que, tal y como veremos a continuación, no superan el juicio de legalidad.

#### **7.5. Contratación de personas desempleadas**

Como sucede con el resto de cláusulas sociales, las relativas a la promoción del empleo de personas en desempleo o que presenten especiales dificultades de inserción, han de referirse al objeto específico del contrato, es decir, a la ejecución de las obras, suministros o servicios contratados, y no al conjunto de la empresa licitadora<sup>77</sup>.

La posibilidad de exigir la contratación de trabajadores desempleados como condición especial de ejecución, ha sido admitida en su legalidad siempre y cuando no suponga restringir esta contratación a aquellos desempleados que estuviesen empadronados en el

---

<sup>75</sup> Vid. II Guía Práctica para la Inclusión de Cláusulas de carácter socio-laboral de la Generalitat Valenciana, DOCV 22 de marzo 2018, donde se admite su configuración como condición especial de ejecución de los contratos.

<sup>76</sup> La cuestión sometida a la consideración de la Sala del TS consiste en determinar la legalidad del Acuerdo Municipal del Ayuntamiento de Lasarte-Oria, adoptado el 9 de julio de 2014, por el que se modifica la Ordenanza Reguladora de los Requisitos Lingüísticos para los Contratos Administrativos del Ayuntamiento. Esta STS desestima el Recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la STJVP de 2 de diciembre de 2014, por considerar que la Ordenanza impugnada contiene un mandato para implantar ciertas medidas de normalización lingüística, y el hacerlo en una norma general y no contrato a contrato, aporta mayor certeza y seguridad jurídica.

<sup>77</sup> Tradicionalmente los contratos de obras públicas han venido siendo considerados los más adecuados para incorporar estos compromisos, por requerir un uso intensivo de mano de obra, pero en la actualidad resulta aconsejable diversificar la inclusión de este tipo de cláusulas sociales, incorporándolas al ámbito de los contratos de servicios y suministros, tales como servicios de recogida, reciclaje, lavandería, transporte, imprenta, almacenamiento, mensajería, reparto, publicidad, hostelería, turismo rural, etc.

ámbito territorial de la entidad contratante<sup>78</sup>. Sin embargo, esta salvedad no está exenta de plantear algunas dudas interpretativas, respecto a la idoneidad de conseguir estos mismos resultados a través de fórmulas indirectas, consistentes por ejemplo, tal y como analizábamos en el epígrafe anterior, en exigir el conocimiento de la lengua cooficial, o formulando estos compromisos de contratación de desempleados<sup>79</sup> de tal forma que hagan necesario la intervención de servicios sociales de base, para acreditar su adecuado cumplimiento<sup>80</sup>.

En definitiva, se trata de plantearnos si estamos ante vías indirectas de lograr vincular los beneficios sociales del contrato público, cifrados en este caso en términos de creación de oportunidades de empleo, al territorio en que opera la entidad contratante. Esta vía podría ser especialmente interesante en el caso de entidades del sector público cuyo ámbito de actuación está vinculado al desarrollo del territorio en que están llamadas a desarrollar sus competencias, como es el caso paradigmático de los Ayuntamientos, e incluso de algunas Universidades públicas en las que esta vinculación al desarrollo del territorio en el que se ubican aparece destacado en sus propias leyes de creación<sup>81</sup>.

## 8. EL NECESARIO CONTROL EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS ASUMIDOS DE CARÁCTER SOCIO LABORAL

La fase de cierre del procedimiento de licitación pública resulta trascendental para lograr su efectiva contribución a los objetivos de política socio laboral que hayan podido quedar incorporados al mismo, puesto que de nada servirá dedicar esfuerzos a incorporar objetivos de este carácter a lo largo de este procedimiento, si posteriormente la ejecución de la prestación no se ajusta a los mismos y el órgano de contratación no reacciona frente a estos incumplimientos.

En esta materia podemos comprobar que si bien es cierto que de manera creciente muchas entidades del sector público incorporan en sus pliegos de contratación diferentes cláusulas de contenido socio laboral, no lo es menos, que sólo una pequeña proporción de éstas controla realmente su adecuado cumplimiento por parte de las empresas adjudicatarias.

Para poner fin a esta tendencia resulta esencial que los procesos de licitación se acompañen del establecimiento de un sistema efectivo de control y verificación del cumplimiento de los compromisos sociales que hayan quedado incorporados a los pliegos. De este modo, la entidad de sector público podrá asegurar realmente que ha conseguido la contribución que pretendía a la realización de objetivos de política socio laboral, por medio de su actividad de contratación pública.

<sup>78</sup> Informe 6/2009, Junta Consultiva de Contratación de Aragón, de 15 de abril.

<sup>79</sup> Su legalidad como criterio de adjudicación ha sido admitida por Resolución TACRC, de 18 de marzo de 2016, siempre que presenten vinculación al objeto del contrato, siendo rechazada en caso contrario, Resolución TACRC de 27 de julio de 2017.

<sup>80</sup> Vid. Cláusula 33.2 “Para la inserción socio laboral” del Pliego de Cláusulas administrativas particulares de contratos de servicios del Gobierno Vasco. [http://www.contratacion.euskadi.eus/w32-1084/es/contenidos/anuncio\\_contratacion/expjasio13235/es\\_doc/adjuntos/clausulas\\_admin\\_particulares1.pdf](http://www.contratacion.euskadi.eus/w32-1084/es/contenidos/anuncio_contratacion/expjasio13235/es_doc/adjuntos/clausulas_admin_particulares1.pdf). Consultada el 4 de marzo 2019.

<sup>81</sup> Así por lo que respecta a las Universidades de Almería, Huelva y Jaén, este objetivo de contribución al desarrollo del territorio aparece destacado en los propios Preámbulos de sus respectivas Leyes de creación 3/1993, 4/1993 y 5/1993, todas ellas de 1 de julio, (BOJA nº 72, de 6 de julio), donde se establece su consideración como instrumentos de transformación social que desarrollen y orienten el potencial económico, cultural y científico del personal de sus respectivas provincias.

La eficacia de estos sistemas de control va a depender en última instancia, de que la entidad licitante establezca un mecanismo homogéneo y estandarizado común a todos los pliegos, de forma que al mismo tiempo se logre garantizar el respeto a los principios de transparencia, objetividad e igualdad de trato. Este mecanismo puede consistir en la obligación de la empresa adjudicataria de presentar en el concreto momento que se determine, la documentación que quede previamente fijada y de la cual, sea posible extraer de forma objetiva el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Del mismo modo deben quedar preestablecidas las consecuencias específicas que acarreará el posible incumplimiento de estas obligaciones. De esta forma, al igual que la entidad contratante reaccionaría ante incumplimientos relacionados con aspectos tradicionalmente considerados esenciales en el ámbito de la contratación pública, como son el precio o el plazo de ejecución del contrato, debe también exigirse esta misma reacción ante el incumplimiento de los compromisos asumidos en materia socio laboral que hayan quedado incorporados como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución<sup>82</sup>. Por tanto, el respeto a estos compromisos no vincula sólo a la empresa adjudicataria, sino que vincula también a la propia entidad contratante, que debe ejercer un adecuado control sobre su efectivo cumplimiento, so pena de incurrir en caso contrario, en responsabilidad administrativa e incluso penal<sup>83</sup>, pues no podemos olvidar que se trata de recursos públicos a cuya gestión eficiente quedan obligadas las entidades del sector público.

En este sentido, el art. 201 LCSP se refiere a la potestad de los órganos de contratación de adoptar las medidas necesarias para comprobar el cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales establecidas como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución del contrato. Por su parte, el art. 211 i) LCSP establece como causa de resolución, el impago por parte del contratista, durante la ejecución del contrato, de los salarios a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores.

La actual regulación contenida en la LCSP, en su art. 62, establece por primera vez la obligación de crear la figura del responsable del contrato, al que se le encomienda la función de vigilar la correcta ejecución de los trabajos contratados. Por tanto, en los pliegos debe quedar especificada la persona responsable del contrato y asignarle las funciones que resulten necesarias para llevar a cabo esta función. Podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a la misma, siempre que no se confunda con la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos. Por tanto, existen distintas alternativas entre las que podrá optar cada entidad, decisión en la que influirá decisivamente la dificultad técnica de la actividad de control, la necesidad de formación específica en la materia o la necesaria independencia que es imprescindible preservar respecto de las empresas que queden sometidas a esta actividad de control.

## 9. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Más allá del innegable impulso que la actual regulación en materia de contratación pública supone para la consecución de objetivos de carácter socio laboral, no podemos

<sup>82</sup> Lesmes Zabalegui, S. *Guía y Acuerdo de compra pública responsable de la Universidad de Jaén*. Op. Cit. 2018

<sup>83</sup> En caso de incurrir en una gestión ineficiente de recursos públicos podría dar lugar incluso a la comisión de delitos de malversación de caudales públicos.

obviar que su objetivo esencial sigue siendo garantizar la libre competencia entre las empresas licitadoras, como fórmula de salvaguardar los intereses finales de consumidores y contribuyentes. Ello nos lleva a admitir el carácter secundario o subsidiario que los objetivos de política socio laboral siguen presentando en el ámbito de la contratación pública, sin que a ello sea óbice la concepción mucho más aperturista que ante ellos muestran ahora las Instituciones de Derecho Europeo, tanto desde el ámbito legislativo, a través de la formulación de las Directivas de Cuarta Generación, como desde el ámbito jurisdiccional, plasmada en la más reciente doctrina interpretativa del TJUE en esta materia.

También en nuestro país ha tenido lugar la aprobación de un nuevo régimen jurídico materializado en la Ley 9/2017 LCSP, que favorece la contribución a la consecución de objetivos de política social. No obstante, ello no es suficiente para que la contratación pública llegue a desplegar todo el potencial que está llamada a desempeñar en este ámbito. Por el contrario, la introducción de compromisos sociales viene a chocar con dificultades derivadas de ideas y prácticas profundamente arraigadas que resultará necesario ir superando, para dejar paso a nuevos enfoques, más en sintonía con la nuevas orientaciones que inspiran la regulación normativa en esta materia.

Esta regulación propone a las entidades del sector público un fructífero campo para el desarrollo de la tutela y protección de intereses generales de carácter socio laboral, puesto que a tenor de la actual LCSP, resultará posible incluir compromisos de este carácter en prácticamente cualquier procedimiento de licitación pública, con independencia del valor estimado del contrato que se pretenda adjudicar. Ello al mismo tiempo, ejercerá una evidente fuerza de atracción hacia la promoción de estos mismos intereses sociales, por parte de las empresas del sector privado, movidas por el propósito de no perder oportunidades competitivas a la hora de relacionarse comercialmente con las entidades del sector público.

La contribución de la actividad de contratación pública a la consecución de estos fines sociales se hará depender en la práctica, de una serie de reglas básicas que habrán de ser respetadas por el órgano de contratación, a la hora de diseñar y planificar su actividad.

En primer lugar, será necesario tener en cuenta el concreto contrato que se trata de ofertar, con el fin de asegurar la necesaria vinculación, entendida ahora en términos amplios, entre el objetivo socio laboral a conseguir y el objeto de la prestación. En este sentido, si realmente se trata de conseguir una contribución efectiva a la consecución de estos objetivos, debe huirse de la introducción de expresiones grandilocuentes y generales en materia de política social, formuladas sin atender a las peculiaridades que presente el contrato en cada caso.

Será necesario igualmente acompañar la introducción de estos objetivos socio laborales en el procedimiento de licitación, con la concreta fase del desarrollo en que se encuentren los mismos, evitando que la propia inercia de la práctica administrativa, llegue a desvirtuar la eficacia de las medidas a implementar.

Todos estos elementos deberán ser valorados en la fase previa y preparatoria del propio contrato, que adquiere así un valor esencial para el éxito en la consecución de objetivos de carácter socio laboral, hasta el punto que la alternativa que ahora se plantea en esta materia ante el órgano de contratación, bien podría quedar formulada en una simple cuestión: ¿planificamos o parcheamos? Y es que, no cabe duda que la eficaz

contribución de la contratación pública a los objetivos de política social dependerá en última instancia de que las consideraciones de este carácter se integren a lo largo de todo el ciclo contractual y no sean concebidas como medidas aisladas que sirvan para parchear en algunos aspectos, el proceso de contratación pública. La regulación vigente persigue de esta forma provocar un cambio en la propia consideración de estos compromisos sociales en sede de contratación pública, procurando que puedan ser contemplados como un elemento más del procedimiento de licitación, que llegue a influir decisivamente en la elección de la oferta que resulta más adecuada en cada caso, atendiendo a la realización de valores y principios de interés general.

Esta necesaria planificación de los objetivos de carácter socio laboral a conseguir mediante la actividad de contratación pública y el modo más acertado de formularlos a lo largo de las distintas fases que componen el procedimiento de contratación, debe igualmente extenderse hasta la fase de evaluación, en la que será necesario determinar los instrumentos y datos que permitan controlar de forma objetiva, el efectivo cumplimiento de los compromisos socio laborales asumidos por la empresa adjudicataria.

Por tanto, la vigente regulación en materia de contratación pública brinda a las entidades pertenecientes al sector público una magnífica oportunidad para contribuir de forma efectiva a través de su actividad de contratación, a lograr una sociedad más justa, más igualitaria y con mayor grado de cohesión social.

**POLÍTICAS COMUNITARIAS DE GOBERNANZA  
DE LAS INMIGRACIONES LABORALES Y  
SU IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL:**

**Crisis, Contradicciones y Nuevos Horizontes**

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén*

*“Tantos puentes rotos. ¿A dónde vamos?”  
Alfonso Armada, Los temporales (2002)*

*“Tremenda cosa es nacer/  
sin poder adivinar/  
en este revuelto mar /  
qué playas hemos de ver; (...)  
Y hoy te ves triste, indeciso/  
en un vacilar eterno/  
con el alma en un infierno/  
la vista en un paraíso.*

*¡Un paraíso! Y jamás habré yo de entrar en él/ ¡Un paraíso de hiel! (...)  
José Zorrilla, Vivir loco y morir más, 1905*



## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: ¿EL RETORNO A UNA “COMUNIDAD ECONÓMICA”?
2. ALGO DE HISTORIA: HITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DEL NACIMIENTO, DESARROLLO Y FRACTURA DE LA POLÍTICA INMIGRATORIA COMÚN
3. ¿UNA “NUEVA CONCEPCIÓN INMIGRATORIA”? DEL RECLUTAMIENTO (TEMPORAL) DE “MANO DE OBRA DESPERSONALIZADA” A LA “CAZA DEL TALENTO EXTRANJERO”, AL MARGEN DE SU NACIONALIDAD
4. EL TJUE, PERMANENTE ACTOR JURÍDICO EN EL TABLERO POLÍTICO DE LA INMIGRACIÓN: ¿BASTIÓN PRO COMUNITATE?
5. ESPAÑA Y EUROPA ANTE EL NUEVO HORIZONTE DE GOBERNANZA MUNDIAL (MÁS EQUILIBRADA) DE LAS MIGRACIONES LABORALES
6. CONCLUSIÓN: ¿RETORNO A LA DOBLE IDEA PERDIDA DE CIUDADANÍA EUROPEA Y TRATO JUSTO A LAS PERSONAS INMIGRANTES?

## 1. INTRODUCCIÓN: ¿EL RETORNO A UNA “COMUNIDAD ECONÓMICA”?

Constantes a lo largo de toda la historia, reactivados desde mediados del siglo XX, si bien cambiante en diversos momentos del mismo, los flujos migratorios hacia la Unión (UE), sea por razones laborales (personas migrantes económicas) sea por motivos políticos (personas refugiadas), adquieren una especial intensidad en las dos primeras décadas del siglo XXI. Si unos factores son fisiológicos, consustanciales al desarrollo económico-social (la globalización económica y la movilidad que induce de todos los factores productivos, también del trabajo -“mano de obra” y “capital humano”), otros tienen que ver con factores mucho más negativos (pobreza, desigualdad, cambio climático, guerras continuas, etc.). Paradójicamente, al desarrollo en estos escenarios conflictivos de más personas y colectivos “vulnerables”, urgidos de sistemas (normas y técnicas) de protección (“leyes de los más débiles”), los Estados miembros, así como las instituciones de la gobernanza económica y política mundial, reaccionan, en su mayoría, con políticas y normas más restrictivas, incluso excluyentes (“leyes de los más fuertes”), hasta en ámbitos en los que, hasta hace bien poco, dados los compromisos internacionales humanitarios, no había primado la razón económica sino la propia de las personas (ej. el derecho fundamental humano de asilo y el sistema de protección internacional de las personas refugiadas)<sup>1</sup>.

El resultado de todo ello es una profundísima “crisis inmigratoria” en la Unión Europea (UE), en los dos ámbitos, cada vez más difusos en sus “fronteras”, las migraciones políticas (Estados en paz ver. Estados en guerra) y las laborales (Estados ricos ver. Estados pobres). No se trata tanto (o no sólo) de una cuestión de capacidad de acogida e integración por el número, sino también (y sobre todo) de una profunda crisis de valores, esto es, de insolidaridad derivada de la falta de cohesión europea respecto de las políticas migratorias en general. También de las internas, las relativas a los flujos entre personas con nacionalidad de Estados miembros de la UE y, por tanto, entre las personas con ciudadanía de la UE, como evidencia el “*Brexit*”. Este nos pone sobre la pista del carácter global de la “crisis migratoria”, pues hace converger en gran medida ambas (la migratoria y la inmigratoria, la de refugiados y la económica), pues debemos recordar que el “*Brexit*” también se explicaría como reacción nacionalista al intervencionismo comunitario en materia de política de inmigración y Derecho nacional inmigratorio, en el caso británico, considerado espacio para la soberanía nacional que la autoridad comunitaria, incluido el TJUE, al defender la libertad circulatoria del ciudadano de la UE y su familia (cada vez más de origen extracomunitario) como derecho fundamental, no sólo contractual, sino de ciudadanía, pareciera invadir continuamente –al menos eso dicen, y no sólo los británicos–<sup>2</sup>.

Dos serían, básicamente, las tendencias regresivas, claramente involucionistas respecto de la política comunitaria en materia de todas las movilidades migratorias, incluyendo “una política común de asilo” y otra de “inmigración” (al menos en su pretensión institucional, según el art. 67.2 TFUE –antiguo art. 61 TCE y 29 TUE–). A saber:

---

<sup>1</sup> Vid., por todos, el magnífico estudio de la profesora Miñarro Yanini, M. La dimensión social del derecho al asilo. Bomarzo, Albacete, 2018; en particular pp. 15 y ss.

<sup>2</sup> Vid. VACCHIANO, F. “Movilidades diferenciales: apuntes críticos sobre la llamada “crisis” de los refugiados”, Cuadernos Manuel Jiménez Abad, monográfico 6, abril 2017, pp. 20 y ss.

- A) La “*renacionalización*”, en virtud de la creciente petición de recuperar la soberanía de los Estados miembros en lo que al control de flujos migratorios se trata, cualquiera que sea el motivo que los aliente. El resultado no podrá ser sino la contradicción continuada entre las posiciones de los Estados miembros, con sus secuelas de desarmonización y de dispersión. Buena prueba de esta ausencia del más mínimo consenso comunitario sobre inmigración es la profunda fractura entre los Estados de la UE que ha creado el nuevo instrumento para la gobernanza social mundial de las migraciones (legales), pese a carecer de la fuerza jurídica de un Convenio Internacional (ej. Convenios OIT): el *Pacto Mundial sobre Migración de la ONU*<sup>3</sup>, instrumento clave, a su vez, de los célebres ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible). Este habría renunciado a su valor jurídico normativo a cambio de su ámbito universal (en línea con los Convenios de la OIT).
- B) La “*re-mercantilización*” de la política (in)migratoria común, en la medida en que el fin primordial de la misma es la maximización de su potencial productivista a favor tanto de cada Estado miembro cuanto del conjunto de la economía comunitaria y su bienestar social. Cierto, la lógica de la selección (reclutamiento) de inmigrantes (no comunitarios) según las exigencias de los mercados nacionales de trabajo, primando la “compra” de “mano de obra barata”, sin reparar en que a ella le es inherente la “condición de persona humana” –no la de “ciudadanía”–, ha venido siendo una constante de las “legislaciones de extranjería”, y también de los documentos e informes de la Comisión Europea. Pero no menos cierto es que, en los últimos años, se radicaliza, aunque se renovará, como para la “nueva concepción de la política migratoria comunitaria”, que no implica otra cosa, como luego se recordará, aun sucintamente, por los cambios legislativos recientes que acaba de provocar en la legislación española, que la creación de una dualidad de vías para la migración laboral. De un lado, la no querida, pero necesaria, por lo que debe asegurarse el carácter restrictivo (inmigración laboral no cualificada: políticas de reclutamiento –por lo general temporal– de mano de obra). De otro, la querida, por su conveniencia para la optimización de la economía del conocimiento, que exige favor (inmigración laboral cualificada: política de selección de talento o “capital humano”)–. La externalización a terceros países, incluso poco seguros y democráticos –Turquía, Marruecos, Libia, etc.– del control de fronteras exteriores europeas es otra muestra.

En suma, si el primer movimiento regresivo recuperaría una imagen cosificada de la inmigración, como política de gestión de *mano de obra “deshumanizada”* o *despersonalizada*, el segundo enfatizaría la propia de una inmigración desinstitucionalizada, como política de gestión del factor trabajo *sin condición (estatuto) de ciudadanía* (jurídico-social). Precisamente, si alguna consecuencia jurídico-social clara había tenido la transición, a partir de la revisión del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Ámsterdam, 1999) desde una “comunidad económica” hasta una “unión económica dotada de valores comunes” (de solidaridad), fue, también por obra del TJUE, siempre ambivalente, dispuesto a asumir tanto el rol de “héroe social” cuanto el de “villano económico”, la evolución desde la concepción comunitaria de la movilidad personal como la propia de la circulación de “factores productivos” (lógica contractual y de mercado), a la movilidad del “factor humano”, que incluye un estatuto de ciudadanía (derechos y deberes). Es más que evidente que, sin perjuicio de sus deficiencias y contradicciones, tal

<sup>3</sup> Vid. Rojo Torrecilla, E. “En el centenario de la OIT. Una mirada cercana en el tiempo a su política sobre las migraciones laborales”, *Revista Trabajo y Seguridad Social-CEF (RTSS-CEF)*, n. 434, mayo 2019 (monográfico sobre los Convenios OIT).

evolución se fue decantando en relación a los flujos entre personas con nacionalidad de algún Estado de la UE, ex arts. 20 y 21 TFUE (con desarrollos determinantes, en el ámbito de la circulación de personas trabajadoras: ej. la Directiva 2004/38/CE, sobre el derecho de los ciudadanos de la UE y de sus familias a circular y residir libremente<sup>4</sup>). Pero no es menos verdad que también en la aspirada (hoy frustrada) política común inmigratoria buscó su orientación por valores de libertad, justicia y seguridad, propios de un estatus de ciudadanía (más) básico, pero relevante.

Sin embargo, será en esta segunda vertiente de las políticas migratorias (para personas nacionales extracomunitarias), aunque también presente en la otra (la creciente desconfianza en la movilidad de ciudadanos de la UE si no se garantiza que se dispone de recursos suficientes para vivir en el Estado miembro de acogida-mercado de trabajo así lo atestigua, promoviendo legislaciones nacionales más restrictivas de la tutela social que, en cierta medida, tendrá eco en la jurisprudencia comunitaria<sup>5</sup>), donde la re-nacionalización y la “re-mercantilización” serán más agudas. Aquí, nueva y vieja concepción, convergen en la lógica de la gestión de flujos, si bien divergirán en torno al objetivo opuesto de primar el control –mano de obra no cualificada–, con políticas restrictivas o excluyentes, o en cambio, el de promover el flujo –caza del capital humano más talentoso, sin importar su nacionalidad–, con políticas expansivas. Si a la primera dimensión añadimos la amenaza terrorista y la de la crisis, el coctel explosivo está servido.

De ahí que la imagen de la política migratoria comunitaria, y su impacto en las políticas y legislaciones nacionales, se parezcan hoy a la imagen del dios Jano (hijo de Apolo y la bella princesa Creusa, heredera del rey de Atenas, creció en Delfos, alejado de su madre), que mira en una dirección y la opuesta, que simboliza aquello que abre puertas cuanto aquello que las cierra (esta regresión social es clara en la STJUE de 25 de febrero de 2016, C/299-14 Caso García Nieto, por seguir poniendo ejemplos en relación a la movilidad por el empleo de personas pobres, también con nacionalidad de Estados de la UE). Así, interpreta o representa como pocas imágenes, el intenso conflicto que vive hoy la política inmigratoria comunitaria (en general toda la política migratoria y de control de fronteras, dentro o internas y fuera o exteriores), tanto la causada por razones de índole político-ideológica (asilo y refugio) como la económica (flujos laborales “por” el empleo –en busca de una oportunidad de trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia–, dejando fuera la movilidad “en” el empleo –desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de las libertades económicas<sup>6</sup>–). En él se radicaliza la tensión entre su (revalorizada) “alma económica” (mercado/soberanía) y su (devaluada) “alma social” (derechos de la persona, estatuto ciudadano), de modo que en unos casos se precariza cada vez más el flujo migratorio laboral, en otros se favorece o privilegia, multiplicando estatutos diferenciales, con la consiguiente identificación de diversidad con desigualdad,

<sup>4</sup> La jurisprudencia comunitaria ha ido creando un intenso acervo basado en la garantía de un derecho fundamental e individual de circular y residir de forma libre conferido “directamente a los ciudadanos de la Unión” (SSTJUE 5 de junio de 2018, Coman y otros, C673/16 y 11 de abril de 2019, C-483/17). De la lectura conjunta de las disposiciones del artículo 7.1 a) y apartado 3, de la Directiva 2004/38, el beneficio del mantenimiento de la condición de trabajador se reconoce a *todo ciudadano de la Unión que haya ejercido una actividad en el estado miembro de acogida*, cualquiera que sea su naturaleza, por cuenta ajena o propia (STJUE de 20 de diciembre de 2017, Gusa, C442/16). Para el TJUE, estos derechos de ciudadanía (mantenimiento de su condición de trabajador, derecho de residencia y prestaciones asociadas -ej. protección por desempleo-) sólo requiere su carácter activo: que “esté disponible” (STJUE 13 de septiembre de 2018, Prefeta, C618/16). En doctrina, vid. Mercader Uguina, J.R. -Muñoz Ruiz, A.B. “*El tratamiento de la política migratoria de la UE*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n. 32, 2001

<sup>5</sup> Vid. Suárez Corujo, “*Ciudadanos de segunda: los obstáculos a la libre circulación de los pobres (trabajadores)*. A propósito de las STJUE de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic”. Revista de Información Laboral, número 1/2016

<sup>6</sup> Directiva (UE) 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

sino con discriminación, sin más. Aquí nos centraremos en el impacto del Derecho de la UE legislado, sin perjuicio de alguna referencia al Derecho vivo o jurisprudencial, relativo a la inmigración laboral en la legislación nacional más reciente.

Antes, conviene poner de relieve, por afrontar directamente el hilo central de esta obra colectiva, que existe una marcada diferencia en el papel de la jurisprudencia comunitaria en esta rama de materias del Derecho Social de la UE y las demás afrontadas en esta obra. La influencia del TJUE en la legislación inmigratoria socio-laboral nacional ha sido menor, en claro contraste no sólo con otras condiciones de empleo y de trabajo, sino con el gran influjo desplegado por el TJUE en materia de libertad de circulación de personas ciudadanas –por cuenta ajena y propia– de la UE (Real Decreto 240/2007, 16 de febrero), así como en relación a la igualdad de trato. Varios casos recientes respecto de la legislación de Seguridad Social, si bien siempre respecto de “trabajadores migrantes” bajo la protección de la libertad de circulación, así lo pondrían de relieve<sup>7</sup>. La razón explicativa estriba, además de en las limitaciones competenciales, en la mayor componente política, más acusada en este ámbito que en otros. De ahí la mayor dificultad para los pronunciamientos disruptivos del TJUE en la materia.

Aunque, dicho sea tangencialmente, la Sala 3<sup>a</sup> del TS ha dado muestra reciente del valor jurídico tanto de la política comunitaria como de la jurisprudencia del TJUE, al condenar por incumplimiento comunitario al Estado español, por no asumir, respecto de los flujos políticos (refugiados), su compromiso de tramitar las solicitudes de asilo de refugiados procedentes de Grecia e Italia, pues tan solo habría cursado las correspondientes al 12,85 % del cupo de 19.449 personas asignadas por la UE tras la crisis de 2015 (STS, 3<sup>a</sup>, 1168/2018, 9 de julio). Primaria, de este modo, el principio de solidaridad de la política comunitaria de asilo y refugio, hoy en gran medida vapuleado por las propias instituciones comunitarias, y por la división de los Estados de la Unión en materia, incapaces de responder con coherencia y solidaridad ante el mayor éxodo mundial de personas refugiadas, la mayor parte de las cuales se asienta en “países pobres”, pero, a lo que se ve, más solidarios que el club de países ricos europeos<sup>8</sup>.

## **2. ALGO DE HISTORIA: HITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DEL NACIMIENTO, DESARROLLO Y FRACTURA DE LA POLÍTICA INMIGRATORIA COMÚN**

Vivimos una época de múltiples conmemoraciones, tanto en España, en Europa y en el resto del mundo, pero no todos los aniversarios áureos son merecedores de genuina celebración. Quizá la OIT, en su centenario, o la ONU, en el sesenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, puede que tengan alguna razón para ufanarse, por el logro del primer acuerdo mundial de ordenación equitativa de las migraciones, con 23 objetivos –no vinculantes– para impulsar un imagen de las migraciones como factor de ventaja para todos (países de origen, de tránsito y destino, así como para las propias personas migrantes): el citado Pacto Mundial sobre Migraciones

---

<sup>7</sup> Sería el caso, entre otros, de la STJUE de 15 de marzo de 2018, Caso Blanco Marqués, que sin declarar una disconformidad directa con la normativa comunitaria ha exigido del mismo TS una rectificación de su jurisprudencia precedente. Sobre todo ello puede consultarse la sugerente ponencia de la profesora Margarita Arenas, “La protección social frente a los procesos de movilidad laboral”, incluida en esta obra.

<sup>8</sup> CEAR. Informe 2018 sobre las personas refugiadas en España y en Europa. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/06/Informe-CEAR-2018.pdf>

(diciembre 2018). Pero en el vigésimo aniversario del primer intento serio de una genuina política comunitaria de inmigración, la UE no puede sentir lo mismo.

Si bien los hitos político-jurídicos originarios para hablar de la política comunitaria de inmigración se remonta algunos años atrás (ej. Acuerdo de Schengen, 1985 –revisado en 2017, tras ser vapuleado con la excusa de la crisis migratoria de 2016-2017, para rehabilitar ciertos controles de frontera, exterior e interior–), asociándose la política inmigratoria a la libertad de circulación de personas (Tratado de Maastrich, 1992, TUE), el primer pilar jurídico-institucional para el diseño y la promoción de una verdadera política comunitaria sobre inmigración solo se puede asociar a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1999; acordado en 1997). A partir de este momento la inmigración vendrá asociada, con mayor o menor coherencia, a la creación de un espacio común no sólo económico sino también de valores (libertad, seguridad y justicia). Ni el Acta Única Europea (1986) ni el referido TUE (1992) lo serían realmente.

En 1986, pese a estar en vigor el Acuerdo de Schengen, que marcaría el camino a seguirse en relación a todo tipo de control de fronteras (la eliminación progresiva para los controles internos deberían inspirar la política relativa a los controles externos, por las bondades de un espacio regido por la libertad de circulación y flujos), se dejó claramente afirmado que no había en las nuevas disposiciones nada que perjudicara la potestad de los Estados para adoptar “aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración proveniente de terceros países” (salvaguarda del principio de soberanía inmigratoria nacional). Y en 1992, en un tiempo en el que ya era más que evidente la existencia de un interés común respecto a una gestión eficaz de los flujos inmigratorios, también de asilo (el referente fundamental era, y es, el Convenio de Dublín), dominaría claramente la comprensión de doble orden público de la política inmigratoria (como cuestión de orden público ciudadano –valor de la seguridad– y como orden público económico –valor de la demanda de mercado–)<sup>9</sup>. En consecuencia, muy lejos quedaba toda idea –su práctica todavía tardaría más en llegar, tanto, que a día de hoy todavía no existe en sus términos, cuando no lisa y llanamente está fracasada– de la gestión de los flujos migratorios como la propia de personas inmigrantes con un estatuto de derechos humanos, menos todavía de ciudadanía (ni civil ni política ni social), pues predomina la demanda de mano de obra (aunque siempre venían personas), uno de cuyos componentes esenciales es la integración coherente (no discriminatoria y efectiva) en el sistema económico, social y cultural de acogida.

La vigencia de la revisión del TUE efectuada por el Tratado de Ámsterdam, si bien no convertirá todavía en un sistema fundacional bien ordenado la política comunitaria inmigratoria, pues los Estados seguirán conservando amplias facultades, sí implicó un cambio sustancial. Ya la propia denominación del Título IV era suficientemente representativa de la voluntad de ir en la senda de la libertad de circulación (“Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”), así como del auspiciado principio de “trato justo” a los nacionales de terceros países legalmente residentes en el territorio de la UE –sobre todo de larga duración (Directiva 2003/109/CE)–, que consagrara el célebre Consejo de Europa de Tampere<sup>10</sup>. Sin

<sup>9</sup> Vid. Goig Martínez, J.M. “La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la Historia de un fracaso)”, *Revista de Derecho de la UE*, n. 32, enero-junio 2017, pp. 76 y ss.

<sup>10</sup> Vid. Izquierdo, C. -Torrecuadrada, S. “La regulación internacional de los flujos migratorios”, En *Ciudadanía e inmigración*, Revista Aragonesa de Administración Pública, n. VI, 2003, pp. 50 y ss; Del Valle Gálvez, A. “*Inmigración, extranjería y fronteras en la UE. Cinco problemas conceptuales*”. En *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: Relaciones internacionales y derecho*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, n. 33, Tirant lo Blanch, 2007, Valencia.

embargo, evidenciando que la evolución de la política inmigratoria común, siempre alentada esencialmente por las necesidades de cada momento del mercado de trabajo –sumándose las que derivarán de la integración en estado básico o mínimo que deriva del reagrupamiento familiar que se asocia a la movilidad laboral, también de los nacionales de terceros países–, no sólo será muy lenta, sino en extremo atormentada, habrá que esperar otra década para avanzar realmente en aquella nueva concepción común de la política inmigratoria, tendencialmente integral.

Será la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009) la que impulse una comprensión, en el plano del discurso oficial y del plano de la representación normativo-institucional al nivel máximo, otra cosa, se insiste, será su (fracturada) práctica, de la política inmigratoria común más allá de los viejos principios de la “legislación de extranjería” (la necesidad de un estatuto administrativo previo como condicionante de todos los derechos, incluida la no discriminación), para orientarse por los contemporáneos *principios del sistema de protección internacional* de los derechos humanos de las personas-trabajadores inmigrantes. De manera análoga a como se aceptará que la protección de los derechos humanos ya no puede ser cuestión puramente interna, un asunto interno del Estado soberano, antes al contrario, a menudo debe hacerse en contra de él en instancias exteriores, ahora se entiende que las personas inmigrantes dentro de la UE ya no puede ser contemplada únicamente como “mano de obra”, “impersonal y sin ciudadanía”. Junto a esa condición de sujeto activo (por lo tanto productivo), nunca superada, más bien revitalizada en tiempos recientes, exige atender también a su condición de dignidad humana. A tal fin, se ensaya el diseño y la puesta en práctica o desarrollo –todavía hoy incoherente e insuficiente– de un nivel comunitario de derechos y obligaciones de las personas-trabajadores inmigrantes en situación de legalidad (este presupuesto sigue siendo crucial, para distinguirlo de la ilegalidad, a combatir) que pudiera resultar “comparable al de los ciudadanos de la Unión”<sup>11</sup>.

Primero serán las formulaciones en el Derecho originario o fundacional (arts. 2 y 3 Tratado de Lisboa; arts. I-2 y I-3 TUE). Así, junto al principio de trato equitativo, se promueve fijar “los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados” (arts.79 y 80 TFUE, Capítulo 2, Título IV), incluyendo las autorizaciones necesarias de residencia (cláusula generalizada como presupuesto para el acceso a los derechos de índole económica y social –ciudadanía social–), en especial de larga duración, con especial referencia a la reagrupación familiar –condición necesaria, pero no suficiente, para una política de integración socio-cultural creíble en las sociedades y economías del mercado de acogida–. De forma casi simultánea y desarrollo gradual, se sucederán las normas del Derecho derivado, con modificaciones de precedentes Directivas (ej. el estatuto de los nacionales de terceros países con residencia de larga duración –2011–) o nuevas (ej.: condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado –2009–; Directiva sobre sanciones para los empleadores que no respeten las prohibiciones de emplear a personas en una situación irregular –2009–, Directiva de permiso único –2011–; condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros –2014–, etc.). Por supuesto, a estas normas claramente de política común inmigratoria –laboral– legal, hay que sumar las represoras de la inmigración ilegal –ej. Directiva de retorno, 2008–.

<sup>11</sup> Vid. Coig Martínez, J.M. “La política comunitaria...”, Ob. cit. p. 79.

España acogerá, en lo sustancial, esta evolución, a través de las sucesivas reformas en la Ley Orgánica de Extranjería e Integración Social, especialmente intensas en 2009 (LO 2/2009), así como a través de su Reglamento de desarrollo, que deberá esperar dos años (2011). No será la única ley que recibirá tal evolución, como recordaremos de inmediato, pues una parte de la denominada “nueva concepción de la política inmigratoria comunitaria” se llevará a cabo a través de otra ley, la Ley 14/2013, 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización. En esas fechas, sin embargo, en España se suspenderá el Fondo para la Integración de los Inmigrantes (artículo 2 ter de la Ley Orgánica 4/2000, de Extranjería), que fue una de las primeras víctimas de las leyes de la tiranía de la austeridad<sup>12</sup>. Se ha mantenido así hasta 2019, en que se ha recuperado, con una aportación de 70 millones de Euros (Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo: disposición adicional segunda).

Esta observación nos permite comprobar la distancia entre la norma y la práctica. En el plano del discurso político-institucional comunitario (deber ser normativo), adquirió cada vez más protagonismo las cuestiones relativas a la política de integración de inmigrantes (también de refugiados) en el seno de la UE (ej. Agenda Europea para la Integración de los nacionales de Terceros Países, 20 de julio de 2011), pero el contraste con su praxis es radical (plano del ser real). Si una clave indispensable para que esa integración sea real, seria, creíble, es asegurar una razonable equiparación entre los derechos y obligaciones de los nacionales de terceros países en relación con los propios de las personas nacionales de países de la UE –o de régimen jurídico comunitario–, lo cierto es que esta perspectiva no ha funcionado significativamente. Por tanto, ni las políticas de integración por la equiparación en derechos y deberes del “estatus de personas inmigrantes extranjeras” con el “estatus de persona (“inmigrante”) ciudadana europea”, ni las de eliminación de toda forma de discriminación por razón de la nacionalidad (y etnia o minoría), mediante una política de derechos fundamentales suficientemente proactiva y respetuosa con la diversidad al mismo tiempo, han podido superar el plano del discurso, incluso con las personas inmigrantes extranjeras que sí disfrutaban formalmente de esa equiparación, a través del estatuto de residente de larga duración<sup>13</sup>.

Ni la Agenda Europea de Migraciones (mayo 2015), ni los Programas plurianuales del Consejo Europeo ni la Estrategia Europa 2020 han cambiado sustancialmente la situación, que, antes bien, se ha complicado, tras la profunda crisis migratoria y de asilo de 2016-2017. Y eso que algunas de las Directrices básicas de la Estrategia Europa 2020 promueven la inmigración:

- A) En el marco de las políticas nacionales de fomento tanto de la participación como de la igualdad de las personas vulnerables en los mercados de trabajo, deben tener especial atención las personas migrantes, eliminando barreras de entrada (Directriz 7).
- B) Las políticas de inmigración e integración deben dirigirse igualmente a la necesidad de “eliminar los obstáculos a la movilidad de los trabajadores y profesionales” (Directriz 8).

<sup>12</sup> Vid. Grau Pineda, C. “El impacto de la crisis económica sobre la gestión de los flujos migratorios laborales en España”, *Temas Laborales*, n. 109, 2011, pp. 73 y ss.

<sup>13</sup> Vid. Villaverde Menéndez, I. “El reagrupamiento familiar y la política de contingentes”, en *Ciudadanía e Inmigración*, Ob. cit., p. 157.



La realidad, como veremos de inmediato, es la contraria. Salvo en aquellos ámbitos en los que interesa ofrecer facilidades (inmigración laboral cualificada –y deseada–), las tendencias de las políticas inmigratorias en el seno de la UE, además de diversificadas, lo puesto al fin de la armonización o convergencia, se dirigen hacia la restricción (inmigración de personas laboriosas extranjeras pobres –no deseadas, aun necesarias–).

### **3. ¿UNA “NUEVA CONCEPCIÓN INMIGRATORIA”?: DEL RECLUTAMIENTO (TEMPORAL) DE “MANO DE OBRA DESPERSONALIZADA” A LA “CAZA DEL TALENTO EXTRANJERO”, AL MARGEN DE SU NACIONALIDAD**

#### **3.1 Un nuevo factor de diferenciación en la política inmigratoria comunitaria laboral: el (mayor o menor) “capital humano” como fuente de segmentación del mercado**

La vinculación entre “derechos humanos” (enfoque personal) y “políticas inmigratorias” (enfoque institucional) constituye un tópico recurrente, particularmente en el ámbito de la UE. Aunque de forma más diluida respecto de la movilidad de las personas migrantes comunitarias, también la migración de las personas extracomunitarias hacia la UE, en su interior, viene referenciándose, como recordaba, y también auspiciaba, el llamado “Programa de Estocolmo” (“*Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, 2010/C, 115/01<sup>14</sup>), en el ámbito de la creación de un “espacio común de libertad, seguridad y justicia”. El Tratado de Lisboa será fiel proyección de este sueño o aspiración institucionalizada, más proclamada que formalizada. El respeto de la persona (al margen de su condición nacional) y de la dignidad humana, desde un enfoque civil, y la atención a las necesidades de las personas más vulnerables, desde un enfoque más social, no serían solo valores en que fundar la política de movilidad para todas las personas con ciudadanía de la UE, sino que también debería orientar la política inmigratoria, dado el enfoque global que ésta asume. La búsqueda de un estatuto de ciudadanía civil y social de los nacionales de los Estados de la UE irradiaría el trato a los no comunitarios.

En las diferentes Comunicaciones de la Comisión Europea posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, esto es, en el marco discursivo institucional orientador de la política migratoria europea de inicios del siglo XXI, esa interacción entre el debate relativo a la construcción de un estatuto de ciudadanía europea y un espacio efectivo de libertad, seguridad y justicia (también de derechos sociales), animaba también la actividad política inmigratoria. Esta se insertaba de lleno en una versión transversal de la misma, con la consiguiente complejidad añadida y su naturaleza multidimensional. El Propio Programa de Estocolmo establecía: “La importancia de la dimensión exterior de la política de la UE en materia de libertad, seguridad y justicia pone de relieve la necesidad de una mayor integración de estas políticas en las políticas generales de la UE. La dimensión exterior es...crucial para la aplicación acertada de los objetivos del presente Programa y debería, en particular, tenerse en cuenta en todos los demás aspectos de la política exterior de la UE, y ser totalmente coherente con los mismos”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF>

<sup>15</sup> En el mismo sentido la Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 2014: *Una Europa abierta y segura: ha llegado el momento de hacerlo realidad*, Estrasburgo, COM (2014), 154 final.

Por eso, no son pocos los análisis que se han ido desarrollando en una doble dirección. Por un lado, la imbricación creciente de la política migratoria comunitaria en los intersticios mismos de las grandes cuestiones de la UE. No sería, pues, una cuestión particular, externa, sino inherente a la construcción europea misma, con sus ventajas y, como hoy reluce más, con sus inconvenientes (crisis institucional que provoca). Así se comprueba la conexión estrecha, aun no única, entre los problemas de la política y el derecho migratorio y el mayor desafío que jamás ha tenido la UE, el “Brexit”. En consecuencia, la política migratoria no sólo deviene cada vez más multidimensional, sino estructural. De otro, tal evolución, promueve un desplazamiento desde el ámbito estrictamente político-institucional al normativo, de modo que la UE debería de ubicar esta cuestión en el referido marco de libertad, seguridad y justicia a través de la creación de las bases para la elaboración de una normativa en materia de inmigración que reconozca y proteja los derechos fundamentales, sin limitarse a la distinción entre lo legal y lo ilegal<sup>16</sup>.

Pero la realidad ha venido siendo bien diferente, de modo que la Comisión ha puesto principalmente el foco en la selección de las personas migrantes hacia Europa en su mero ajuste a las necesidades específicas de mano de obra de los mercados nacionales. De ahí que las “políticas de extranjería” se hayan orientado en la dirección de levantar barreras de acceso, e incluso de continuación (inmigración circular –retorno de las personas migrantes temporeras–), a quienes no se ajusten a las demandas de mercado, acogiendo a los que resulten económicamente rentables, y rechazando a los que no encuentren encaje en el mercado de trabajo. La regularidad de los flujos migratorios se asocia, pues, a la ordenación normativa basada en la capacidad de acogida del mercado, sin que se asuma fuera de ella “cupos solidarios de integración”.

En efecto, quienes tienen acceso al mercado tendrán plenos derechos socio-laborales, estableciéndose así un círculo virtuoso, formalmente, claro, entre las demandas del mercado y los efectos beneficiosos de la inmigración para todos. Así, hasta las vías excepcionales para lograr la regularización, cuando se está en situación de irregularidad, pasarían por la existencia de un contrato de trabajo, convergiendo una vez más “lo humanitario” (regularización por arraigo, por ejemplo) con lo laboral (ej. STS, Sala 3ª, 47/019, 22 de enero).

Comprobamos, pues, la corrección de una de las críticas que se hacen a esta política: nadie o casi diagnostica mejor que la Comisión Europea, pero su intervención es notablemente más deficiente. Aunque el discurso integrador y de innovación aspira a convertir la técnica de las “Comunicaciones” en “normas jurídicas” aplicables y aplicadas realmente, la realidad es otra bien distinta, e incluso opuesta. Para comprobarlo bastará con recordar cómo la denominada “crisis de refugiados”, lejos de fomentar la solidaridad ha propiciado lo contrario, minando desde las raíces la política comunitaria misma. Frente a quienes pronosticaban una dilución de los conceptos jurídicos de “persona migrante refugiada” y “persona migrante económica”, pues el acento se pondría en el estatuto protector de los derechos humanos, incluidos los sociales, no ya sólo los de índole civil<sup>17</sup>, la realidad es, a día de hoy, una profunda división entre los Estados, que, además de hacer prácticamente imposible un mínimo común denominador en la materia, presiona para que se restrinjan aún más los enfoques asentados en los derechos, para enfatizar la lógica basada en el principio de mercado. La propia flexibilidad del

<sup>16</sup> Vid. Espada Ramos, M.L. “Asilo e Inmigración en la Unión Europea”, Revista de Estudios Políticos, n. 86, 1994.

<sup>17</sup> Por todos, el completo y pionero, estudio monográfico de la profesora Miñarro Yanini, M. *La dimensión social del derecho de asilo*, ob. cit., pp. 125 y ss.

instrumento normativo principal elegido en esta materia, la Directiva, también facilitaría esta dilución de la política de inmigración comunitaria que, en última instancia, y como segunda crítica potente a la misma, cada vez parece desentenderse más de la integración real de las personas migrantes sobre la base de una ciudadanía inclusiva en el respeto de la diversidad para propiciar un puro y viejo modelo de asimilación de aquellas a las autóctonas.

Por encima de los discursos basados en los valores (libertad, seguridad, justicia) y en los derechos fundamentales de las personas (dignidad, oportunidades de empleo, etc.), se impone una visión que prima el establecimiento de controles de flujos laborales –también de refugiados– sobre la idea de crear vías de progreso y desarrollo para todas las personas en el territorio de la UE. Eso sí, como se decía, y situados siempre en la distinción entre la migración legal y la ilegal o irregular, pero la eficacia de su gestión se asienta sobre bases diferentes según se trate de una migración de trabajo no cualificado (mano de obra, despersonalizada y sin condición ciudadana) o de una migración de trabajo cualificado (capital humano, personalizado y a privilegiar). Se asume, con carácter general, los efectos positivos de ambas modalidades, pero mucho más de la segunda, de ahí que se cree un estatuto preferencial para primar este flujo del “talento migrante”.

En ese contexto, se produce una “nueva concepción política migratoria”, conforme a la cual se pretende “mejorar la posición de la UE en la competencia mundial por atraer talento y promoverla como centro mundial de excelencia para estudios y formación, mediante la supresión de barreras migratorias y mejores oportunidades de movilidad y empleo” (Directiva UE 2016/801/11 de mayo). Más aún. Incluso el objetivo de facilitar la búsqueda de oportunidades de empleo a lo largo y ancho del territorio de la UE difuminar las fronteras entre lo laboral y lo voluntario. Orillando por completo las vías de fraude que se abren, dentro y fuera de las fronteras de cada Estado, se pone el acento en que lo importante es “...el fin de ofrecer oportunidades de voluntariado, prácticas y empleo a los jóvenes de toda la Unión” (Reglamento UE 2018/475, 2 de octubre), como si todas esas formas de trabajo transnacional fuesen igual (una forma de trabajo no retribuida, otra forma de aprendizaje no laboral, y el empleo en sentido estricto, sin distinguir entre asalariado y por cuenta propia y el emprendimiento)<sup>18</sup>.

El resultado es que se crean, así, dos bloques diferenciados (de marcos normativos y políticas inmigratorias de naturaleza laboral), e incluso opuestos. Para la inmigración no cualificada, las Directivas que ordenan el acceso y la continuidad (legalidad de la residencia, estatutos de larga duración, favor por el procedimiento único de tramitación de autorizaciones, etc.) tienen un marcado objetivo de restringir la presencia de las personas migrantes, facilitando sus retornos. Asimismo, la vertiente integradora suele agotarse en la regulación del derecho al reagrupamiento familiar, también considerado en una óptica limitada (ej. Directiva 2003/86/CE, de reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España, cuya instrumentación al servicio de la libertad circulatoria de personas, más allá de la condición laboral, pues, ha sido una constante<sup>19</sup>). Y la inmigración

<sup>18</sup> Estas tensiones han estado muy presentes en el debate tenido en el seno del Consejo Económico y Social de España, a la hora de elaborar el Dictamen (2/2018) sobre el Proyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley 45/2015, 14 de octubre, de Voluntariado.

<sup>19</sup> La verdadera política de integración, laboral y social, requiere ir mucho más allá de lo educativo y lo lingüístico. Aunque el conocimiento, o aprendizaje del idioma, o idiomas, del país de acogida, destaca en el ámbito de la Unión Europea -territorio de pluralidad de lenguas, con independencia de cuáles sean las más utilizadas-. Uno de cada cinco migrantes piensa que las dificultades que hallan para el conocimiento o aprendizaje es un “obstáculo considerable” para encontrar trabajo. Las políticas de integración en el mercado de trabajo de las personas migrantes son un elemento relevante para lograr el desarrollo económico y social. De ahí que haya que adoptar todas las medidas necesarias para aprovechar al máximo las capacidades, habilidades y conocimientos de la población migrante. Estas,

cualificada, donde la consigna es la opuesta, esto es, la de dar las mayores facilidades posibles para el acceso (Directiva relativa a la célebre *Tarjeta Azul*, 2009), incluso antes de ser profesionales reconocidos (ordenación jurídica de una suerte de “mercado comunitario de talento joven”: Directiva 2016/81, Reglamento UE 2018/475). Para que la diferencia reguladora quede clara, mientras que la primera modalidad se reconducirá hacia las temidas y temibles “leyes de extranjería”, las segundas se canalizarán por la ansiada vía de las leyes de promoción del emprendimiento y de su internacionalización (Ley 14/2013, 27 de septiembre).

### 3.2. El sueño europeo de la captación de los profesionales más cualificados del mundo: La tarjeta azul ¿sucedáneo de una aspirada libertad de circulación comunitaria?

Como es sabido, en el año 2009, la Unión Europea adoptó la primera Directiva denominada “Directiva de tarjeta azul” (Directiva 2009/50/ CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado). Su finalidad, acorde con el sueño más global europeo de hacer de su economía la más competitiva por su capacidad innovadora y por el valor añadido que reportaría contar con el mejor modelo social del mundo, era convertir la Unión Europea en el mercado de trabajo más atractivo del orbe para las personas altamente cualificadas (ganen más de un salario que mínimo 1,5 veces el salario bruto anual medio del país de la UE de que se trate), cualquiera que fuese su nacionalidad. La mejora de la capacidad productiva de las empresas europeas nada tendría que ver con la nacionalidad de las personas sino con sus capacidades productivas y, por lo tanto, debería de establecerse un canal privilegiado de acceso y continuidad (arts. 84-93 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, 20 de abril).

Sin embargo, esta primera aproximación a una figura que se quería privilegiada quedó muy deficiente en su regulación, lo que puede explicar buena parte de su absoluto fracaso en un país como España, pero no sólo. Por un lado, no logró un número particularmente significativo de autorizaciones (sin duda porque su regulación no es ninguna bicoca, manteniéndose, con algunas modulaciones de flexibilización, en el ámbito de la política de extranjería tradicional) y por otro lado, se observa un fuerte desequilibrio en la emisión de estas autorizaciones entre los Estados de la UE, pues la gran mayoría de las mismas se han expedido para Alemania, con lo que se consagraría el desequilibrio que quería evitarse, precisamente<sup>20</sup>. Otras razones principales por las cuales la directiva no ha sido lo suficientemente eficaz es la *coexistencia junto al sistema de autorizaciones comunitarias de todo un sistema de regímenes nacionales de trabajadores altamente cualificados diferenciados*, con sus propias condiciones, a veces más exigentes y otras veces más laxas. Asimismo, el relativo fracaso de la tarjeta azul comunitaria se comprende también por el hecho de que la entrada en vigor y aplicación de la directiva coincidió en el tiempo con el inicio de la crisis económica y que trajo consigo una contracción general en el número de autorizaciones (véase, datos en Eurostat <sup>21</sup> <http://ec.europa.eu/eurostat>)<sup>22</sup>.

sin embargo, brillan por su ausencia. Vid. “Inmigración y derecho a la reunificación familiar en la UE: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?”, Anuario de Derecho Europeo, n. 4/2005, pp. 36 y ss.

<sup>20</sup> Para diferentes Documentos vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114573>

<sup>21</sup> <http://www.cermigracions.org/es/blog/la-directiva-de-investigadores-y-la-propuesta-de-la-directiva-de-la-tarjeta-azul>.

<sup>22</sup> Vid. Milios, G. “La directiva de investigadores y la propuesta de la directiva de la tarjeta azul”, <http://www.cermigracions.org/es/blog/la-directiva-de-investigadores-y-la-propuesta-de-la-directiva-de-la-tarjeta-azul>.

De ahí, pues, la clara necesidad de una revisión en profundidad –la Agenda Europea de Migración 2015 así lo propuso– de esta normativa promocional de los flujos laborales de alta cualificación.

La nueva propuesta (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación, COM(2016) 378 final de 7.6.2016] presenta algunos cambios muy relevantes –apuntados ya por la Comunicación de la Comisión “Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales hacia Europa”, abril 2016–. Primero, la Comisión, en línea con la dilución de fronteras entre la migración laboral y la política, propone que se incluyan en los beneficiarios de protección internacional. Los refugiados ya tienen derecho a acceder al mercado laboral en virtud de otra directiva (Directiva 95/2011) pero con este cambio se podrían beneficiar de derechos relacionados con trabajadores altamente cualificados y sobre todo de la posibilidad de cambiar de Estado después de 18 meses. Cabe señalar que bajo el régimen actual los refugiados pueden ejercer circulación después de cinco años de residencia en un estado miembro (según la Directiva de larga duración 109/2003 y la Directiva 51/2011 con la que se extendió su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional). Segundo, la Comisión propone que los Estados no puedan emitir ningún otro permiso distinto de la tarjeta azul de la UE a los extracomunitarios.

Tercero, la posibilidad de examinar la situación del mercado de trabajo nacional queda restringida a los casos en que haya un elevado nivel de desempleo en un ámbito laboral o sector determinado, de modo que los titulares de la tarjeta azul de la UE tengan pleno acceso al empleo de alta capacitación en el Estado de que se trate (sin previa autorización). En cuanto al resto de las modificaciones propuestas, tienen alcance menor, algunas contradictorias, como el que se reduzca el umbral salarial exigido para la calificación de alta cualificación, si bien en la mayor parte de los casos se dirigen a flexibilizar al máximo, sin derogar, el trámite de la autorización (los titulares de la tarjeta azul podrán acceder a la residencia de larga duración en tres, en vez de cinco, años; se establecerá un derecho a residir en otro estado miembro después de 12, en vez de 18 meses, así como el acceso inmediato al mercado de trabajo del segundo estado miembro, sin tener que cumplir con todos los requisitos que se exigen el primer Estado). ¿Por qué no ha prosperado? Sencillo de responder e ilustra la crisis migratoria europea.

Una propuesta de este tipo enlaza con los principales conflictos que hoy vive la política migratoria comunitaria, pues desandaría el camino de renacionalización que más de un Estado ha emprendido. Restringir la posibilidad de condicionar los permisos a las necesidades del mercado nacional, la eliminación de los “régimenes nacionales” para trabajadores altamente cualificados que coexistían con el comunitario o la incorporación de las personas titulares de la protección internacional, ponen en cuestión la soberanía nacional reivindicada. De prosperar, reducirían el margen de actuación soberana en un espacio de interés competitivo entre los Estados. Por lo tanto, consensuar una Directiva en tal sentido iría justo en la dirección contraria de la acostumbrada desde que empezó la crisis económica y sus derivas político-institucionales.

### **3.3. Promoción de la movilidad para el empleo cualificado (de futuro): A la caza del talento investigador en el mercado mundial**

Pero si esta (pretendida) “nueva política migratoria comunitaria”, en permanente debate, no ha llegado todavía a plasmarse en una norma jurídica, en lo que respecta a los

“seniors”, sí lo ha logrado en lo que concierne a los “trabajadores altamente cualificados juniors”. En esta dirección, las Conclusiones del Consejo Europeo de junio de 2014 fijaron como una prioridad política de la política migratoria de la Unión «*seguir siendo un destino atractivo para las personas con talento y capacidad*». En 2015, la Agenda Europea de Migración incitaba a la Comisión a promulgar *un marco normativo revisado para la reconstrucción de un mercado europeo atractivo* para atraer talento y emprendimiento extranjero desde edades jóvenes.

Esta será la línea de política del derecho migratorio socio-económico alentadora de la Directiva (UE) 2016/801, 11 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los requisitos de acceso (entrada y residencia) de los nacionales de países terceros con fines muy diversos (“de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair”), pero todos coherentes y resumibles en una misma dirección: hacer de la Unión el espacio socio-económico y cultural más atractivo del mundo para los jóvenes con talento. Desde esta perspectiva, fiel a la dimensión economicista dominante de aquella –pretendida– “nueva concepción de la política migratoria comunitaria”, la Directiva de referencia se pondrá como fin primordial:

“...mejorar la posición de la Unión Europea en la competencia mundial por atraer talento y promoverla como centro mundial de excelencia para estudios y formación, mediante la supresión de barreras migratorias y mejores oportunidades de movilidad y empleo” (*alma económico-mercantil de la política migratoria*).

La nueva directiva fusiona dos antiguas (Directiva de investigadores y Directiva de estudiantes), también sendos fracasos. El Informe de impacto normativo que acompañaba a la Propuesta situaba como puntos críticos más relevantes tanto las restricciones al ejercicio de la reagrupación familiar –más restrictivo que para los titulares de la tarjeta azul– cuanto las limitadas posibilidades de buscar empleo después del periodo de investigación o después de los estudios, así como las dificultades para la movilidad hacia otros Estados miembros tras finalizar la primera estancia en un Estado miembro de acogida. Para corregir esas deficiencias, atenderá no sólo a flexibilizar la rígida burocracia asociada a estos procesos, sino también a facilitar las oportunidades ocupacionales, aunque diluya el deslinde entre la actividad laboral propiamente y la práctica profesional no laboral. Más crece la regulación de formas de trabajo no remunerado, más difícil se hace la distinción, porque la regulación no sólo refleja un hecho, el crecimiento, sino una voluntad política: abrir vías de “huida o fuga” del Derecho del Trabajo.

No permanecerá ajeno a ello el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto también, aprovechado para la trasposición del marco normativo comunitario (Directiva): Título III (arts. tercero y cuarto), que modificará nuestro “*Derecho de extranjería VIP*”. De un lado, reformará, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (sección movilidad internacional). Con ello se completa lo que a tales fines se regula en dicha norma especial y preferente. De otro, incidirá también en la ley, común y supletoria, concurrente, Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su Reglamento (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

En el primer ámbito normativo, el preferencial y específico, se modificará:

A) el artículo 72 (autorización de residencia a favor de las personas investigadores incluidos en el ámbito subjetivo en la Directiva, que tendrán derecho a la

movilidad dentro de la Unión Europea prevista en la norma comunitaria). A fin de facilitar el tránsito desde un estado –investigación– a otro –profesional–, una vez finalizada la actividad investigadora, se abre la permanencia en nuestro país durante un tiempo limitado mediante autorización para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial (art. 72.9, en relación al art. 25 de la Directiva). Lo mismo para estudiantes (disposición decimoséptima).

- B) el artículo 75.4, transponiendo el artículo 18 de la Directiva, a los efectos de posibilitar la expedición de visados de residencia de validez inferior a un año.
- C) artículo 76, que impone la tramitación electrónica de las autorizaciones (en coherencia con el art. 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, PAC y el artículo 34 de la Directiva).
- D) Si no se puede acceder a un empleo remunerado, acorde con la cualificación obtenida, lo que es harto posible, se abre la vía alternativa de las “prácticas” (disposición adicional decimooctava). A tal fin concede nueva autorización tanto para prácticas remuneradas (contrato en prácticas) cuanto –más probable– para “prácticas no laborales”.
- E) Nueva disposición final decimotercera para garantizar que la norma de “extranjería” es supletoria (en lo no previsto en la Ley 14/2013 en relación con la movilidad internacional).

Por su parte, el artículo cuarto tiene por objeto la modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 –que mantiene su rango reglamentario–, con un doble objetivo. Primero, la incorporación a nuestro Derecho de los artículos de la Directiva sobre ciertos aspectos procedimentales de la autorización prevista para los estudiantes internacionales, tanto en su primera acogida (arts. 37.3 y 39 en relación al art. 7.4 y 5 Directiva) como en la intramovilidad UE (art. 44 en relación al art. 31 Directiva), siempre con una lógica orientada a dar facilidades. Segundo, adaptar la exigencia de requisitos a los voluntarios a lo establecido por la Directiva cuando estos participen en el Servicio Voluntario Europeo, que prevé incluso exenciones (art. 38 en relación al art. 14.1.c) de la Directiva)-.

Finalmente, particularmente relevante resultará para la gestión laboral de personal la citada nueva disposición adicional décima octava, en sus apartados quinto y sexto. En el quinto se fija, como máxima expresión de la lógica de preferencia que inspira toda la regulación de esta modalidad de movilidad inmigratoria VIP para un empleo futuro cualificado, una exención del requisito general relativo a la situación nacional de empleo:

“En aquellos supuestos en los que el extranjero queda vinculado con la entidad de acogida mediante un contrato de trabajo en prácticas, *no se aplicará la situación nacional de empleo. (...)*”.

A las persistentes deficiencias reguladoras, lo más llamativo para comprender porque no será ningún éxito en nuestro país debe asociarse a un argumento, de nuevo, fáctico: si para miles y miles de personas jóvenes talentosas españolas el mercado de empleo español no ofrecería las necesarias oportunidades de empleo, menos cualificado ¿por qué sí ha de resultar atractivo para las extranjeras? Lamentablemente, y al margen de lo que resulte del plan de choque que prepara el gobierno español –en el actual escenario de incertidumbre política máxima– para promover el retorno del talento joven español, España es más propicia para la emigración de estas personas que para la inmigración de las mismas, pero de nacionalidad extracomunitaria.

### **3.4. El regreso a la política de policía: del fugaz sueño de la Europa abierta a la pesadilla constante de la “Europa fortaleza”**

Pero por más que se habla y se siente la necesidad de redefinir una política equilibrada de la inmigración, dentro de la renovación y ampliación del espacio europeo de libertad y justicia, el valor que termina dominando por encima de todos es la seguridad. En vez de abrir más vías a la inmigración legal se cierran, por lo que la clave de la gestión vuelve, una y otra vez, a girar en torno a la lucha contra la inmigración clandestina, en un círculo nada vicioso y que tiende a entrar en bucle. No es la integración de las personas migrantes extracomunitarias las que protagonizan las nuevas políticas, sino su regreso a los lugares de origen. El ambicioso programa que aprobó a finales del año pasado la Comisión al respecto, incluye tres proyectos legislativos sobre migración que tienen como hilo conductor ese viejo mantra de la política de seguridad, destacando, junto a la creación de una Guardia federal de costas y fronteras (la regulación actual está en el Reglamento 2016/1624, 14 de septiembre), que levanta suspicacias por la cesión de soberanía que implicaría esta policía supranacional, una drástica aceleración en los procesos de devolución de las personas de terceros países que residan ilegalmente, reforzando la denostada Directiva de retorno (2008/115), cumbre de la tensión entre las políticas comunitarias migratorias y el (orillado o violado) enfoque de derechos humanos.

Puesto que no es materia propia, ni siquiera más relevante, de “derecho de inmigración laboral”, sino de “derecho de extranjería en general”, sin perjuicio de ciertas interacciones (la ley nacional admite la validez del contrato de trabajo prestado por trabajadores inmigrantes en la situación de irregularidad administrativa, sin perjuicio de responsabilidades empleadoras y la eventual sanción de expulsión), no podemos entrar en esta materia aquí. Pero si conviene hacer alguna constatación en orden no sólo al signo que está tomando la política migratoria europea, sino al papel que en ella tiene el TJUE, donde no ocupa el reactivado protagonismo de “héroe social”, sino más bien de “policía villano”. Al respecto, y como ejemplo, es relevante recordar cómo la sala tercera del TS ha rectificado su jurisprudencia, más benévola y comprensiva con la situación de la persona en situación irregular en España, al configurar la expulsión como norma de excepción y la multa como regla general, para acoger la más rigurosa comunitaria, según la cual, la expulsión es la respuesta que mejor garantiza el efecto útil de la Directiva de retorno. Así lo recuerda, y aplica, la STSJ Castilla-La Mancha/Albacete, de 15 de mayo de 2016, rec. 129/14 en relación a la STJUE 23 de abril de 2015, en el asunto C-38/14.

“...tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión...debe cumplirse lo antes posible”.

Como es bien conocido, dentro de las cuestiones conflictivas que suscita este aspecto del derecho de extranjería, más que del derecho inmigratorio en sentido estricto, por lo tanto con su feroz veste de policía frente al rostro más amable de la integración promovida por aquel, una de las más polémicas ha sido la relativa a las “expulsiones en caliente”. Sin poder entrar aquí tampoco en tan delicada y sugerente, pero para nosotros vetada por razón material, cuestión, sí es oportuno recordar que incluso este aspecto ha abierto una cierta confrontación entre niveles del sistema de protección europeo de derechos fundamentales, en este caso de las personas en situación irregular. Mientras que los legisladores nacionales, incluido el español, invocan tanto la Directiva como la jurisprudencia comunitaria para defender esta medida de eficacia pública en el control



de las inmigraciones irregulares, los defensores del enfoque de derechos humanos ponen el acento en la doctrina del TEDH, que considera las expulsiones en caliente contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ha dictaminado la STEDH de 3 de octubre de 2017 (asunto N.D. y N.T. contra España). El Tribunal Europeo no tiene en cuenta el concepto operativo de frontera, sino que considera que los inmigrantes se encuentran bajo control efectivo de las autoridades españolas y, por tanto, resulta aplicable el CEDH<sup>23</sup>.

El listado de cuestiones puede ampliarse notoriamente, como la relativa a los polémicos, hoy ya absolutamente anacrónicos, Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Aunque ni la Directiva de retorno ni la jurisprudencia comunitaria los prohíbe, sí que establece la necesidad de que se trate de “centros especializados”, muy distintos de los “centros policiales”, salvo que medie una situación excepcional, a interpretar restrictivamente y siempre atendiendo el enfoque de derechos fundamentales de las personas vulnerables (STJUE 17 de julio de 2014, asunto acumulados C-473/13 y C-514/13; Recomendación UE 2017/2338, de la Comisión, 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un Manual de Retorno común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno, DOU, L 339/ 47 y ss., punto 15.2, p. 147). En todo caso, pese a las críticas, y la clara constatación de la vulneración de derechos humanos, civiles y sociales, por la hacinación y la falta de garantías de prestación de servicios, ahí siguen en nuestra legislación de subsuelo.

#### **4. EL TJUE, PERMANENTE ACTOR JURÍDICO EN EL TABLERO POLÍTICO DE LA INMIGRACIÓN: ¿BASTIÓN PRO COMUNITATE?**

##### **4.1. El TJUE como adalid del estatuto de ciudadanía de la UE y su efecto reflejo útil en la gestión migratoria desde el enfoque de derechos humanos: garantía civil**

A la luz de las consideraciones realizadas más arriba parece claramente confirmado que toda comprensión de los complejos procesos migratorios, en su vertiente (más) económica o en su vertiente (más) política (refugiados), en su dimensión de flujos de nacionales comunitarios o la de desplazamientos de nacionales de terceros países, en clave de seguridad de las fronteras no sólo ofrece un enfoque extremadamente parcial, sino equivocado. Aunque los Estados hoy están más divididos que nunca en el ámbito de la UE, no parece que haya otra salida más coherente y eficaz que asumir que Europa es un espacio único, aunque complejo, de inmigración, no sólo de asilo –aunque esto también esté hoy en profunda crisis–. La evolución normativa debe escribirse en términos de construcción de un estatuto migratorio comunitario único, en el que la gestión del factor trabajo, crucial para el futuro europeo –económico, demográfico y de bienestar social–, tenga en cuenta su dimensión “personal” (se quiere capital humano, pero se trata de personas) y “ciudadana” (la movilidad implica derechos de circulación, residencia y seguridad, también en el plano económico), también para los nacionales de terceros países. Si bien es cierto que estos procesos son eminentemente políticos e institucionales,

<sup>23</sup> Vid. Melero, E. «El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las “expulsiones en caliente”): un supuesto de derecho administrativo del enemigo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N. 174, octubre-diciembre de 2015, páginas 401 a 433. Una crítica general de la Directiva de Retorno Nieto García, L.C. “Derechos humanos e inmigración. Europa y la Directiva de Retorno”, *Papeles*, 104, 2008-2009, pp.

esto es, que requieren del protagonismo de las instituciones de la gobernanza –no sólo económica– de la UE, hoy dentro de un contexto de gobernanza migratoria mayor (Pacto Mundial Migratorio, 2018), tanto la experiencia histórica como la normatividad de los derechos fundamentales de la persona, a la par del Derecho Fundacional, evidencian que el TJUE no renunciará a cumplir su papel protagonista.

Dejando el plano estrictamente político-institucional<sup>24</sup>, no es dudoso el papel de fuente de vanguardia que, con carácter general, ha venido desempeñando el TJUE en la socialización creciente de las libertades circulatorias en aras a la consolidación de un estatuto de ciudadanía a partir del concepto de nacionalidad de la UE. En este sentido, en primer lugar, se recordará que si bien el Reglamento 492/2011, de 5 de abril, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (texto consolidado), sigue anclando este derecho a la libertad circulatoria a las personas-sujetos económicamente activas (y Directiva 2014/54/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación), no menos verdad es (considerando 4) que *es inexorable la estrecha interacción entre lo social y lo económico en la gestión de todo tipo de flujos migratorios y movilidades de índole laboral*:

“...la movilidad de la mano de obra en la Unión debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros”.

En segundo lugar, no menos obligado es advertir que, además de que tal libertad sigue aun predicándose de la ciudadanía de la UE, no tanto, pese al reconocimiento del citado principio del trato justo para los nacionales de terceros países legalmente residentes en la UE (especialmente de larga duración), el TJUE parece revitalizar ese elemento económico (SSTJUE 11 de noviembre de 2014, C-333/13, Dano, y 20 de diciembre de 2017, C-442/16<sup>25</sup>), exigiendo la capacidad de existir como sujeto económicamente activo. De lo contrario, de no mediar esta condición económica, se diluye, o cuando menos se ensombrece, la dimensión social de los procesos migratorios. Así lo evidenció, precisamente para intentar mitigar la crítica por exceso de intervencionismo pretoriano sobre la soberanía migratoria británica, la, complaciente, involutiva y al final ineficaz, STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308/14 comisión vs. Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). En cierto modo, se produce una cierta reorientación de convergencia entre “migrantes comunitarios” e “inmigrantes extracomunitarios”, pues a ambos se les valorar por su condición activa de la mano de obra (re-mercantilización), unos, los primeros, “*mano de obra con ciudadanía activada*”, otros “*manos de obra sin ciudadanía*”.

No obstante, en tercer lugar, igualmente necesario es evitar la subestimación, en este siempre delicado juego de ambivalencias y contrarios, tan típico del Derecho de la UE, del “efecto útil de irradiación” de esas libertades comunitarias, y su corolario de

<sup>24</sup> Como el que representa la decisión del TJUE, una de las grandes causas de la pretendida espantada del Reino Unido, de concederle la última palabra para mantenerse en la UE, a falta de un acuerdo específico, si así lo decide democráticamente -STJUE, Pleno, de 10 de diciembre de 2018, C621/18-; seguramente no será la última vez que tenga que dar su opinión sobre esta procelosa cuestión, pues ya median otras peticiones prejudiciales en relación al Brexit. <https://linkedata.overheid.nl/front/portal/document-viewer?ext-id=ECL:NL:RBAMS:2018:605>.

<sup>25</sup> Un sugerente estudio de esta sentencia puede hallarse en Miñarro Yanini, m. “*Migrantes, refugiados y bienestar europeo: “solidaridad social” y “razón económica”*”, Artículo-Editorial en RTSS-CEF, febrero de 2018, pp. 5 y ss. Para la relevancia de la dimensión ocupacional, además de socio-laboral, de la situación de las personas refugiadas de interés el Informe de la Comisión, *Labour market performance of refugees in the EU*, Documento de Trabajo 1/2017. Denuncia la baja tasa de empleo de las personas refugiadas en comparación no ya con los nacionales de la UE, sino incluso con los de terceros países.

prohibición de discriminación, en beneficio de nacionales de terceros países, modulando restrictivamente, en diversos modos, la soberanía de las políticas migratorias nacionales, hoy tan reivindicada por diversos Estados, como sucedía en los tiempos anteriores a 1999. Situados en un plano estricto de “derechos de ciudadanía civil” asociados a “las libertades circulatorias”, nos hemos dado cuenta de su trascendencia con la histórica –esta sí– STJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-673/16). Si la “libertad de circulación de personas” en general, y de “trabajadores”, por lo tanto, en particular, conlleva ínsito el “derecho de residencia” –y circulación– no sólo del ciudadano de la UE que se desplaza, sino también de su “cónyuge”, cualquiera que sea su nacionalidad (Directiva 2004/38/CE), ese derecho debe estar asegurado en todo caso, al margen de que se trate o no de un matrimonio homosexual y *de que el país de acogida regule o no este tipo de unión matrimonial*. No es un problema sólo de libertades, sino también, y sobre todo, de defensa de una dignidad y de una identidad de ciudadanía comunitaria mínimamente común, las mismas que hoy estarían profundamente en crisis<sup>26</sup>.

A nadie escapa que siguen siendo los países del Este los más resistentes a este tipo de cambios culturales, como los que implica legalizar el matrimonio homosexual –la mayoría de ellos ni siquiera contemplan la “unión civil” o parejas de hecho<sup>27</sup>. El litio citado procedía de la denegación por la Inspección de Inmigración de Rumanía de la *solicitud de un ciudadano norteamericano casado con otro rumano para poder residir con su pareja en Rumanía*, en cuanto que su legislación civil prohíbe aquel matrimonio, por lo que no tendría derecho de reagrupación familiar del cónyuge homosexual. La cuestión amenazaba, de este modo, con crear un nuevo frente “inmigratorio” en un escenario ya muy caldeado, pues la mayor contestación de las políticas migratorias y de asilo comunitarias procede, como se sabe, además de Reino Unido, de los países del Este. No tembló la Gran Sala del TJUE aquí de hacer valer, además de los típicos argumentos de Derecho comunitario (libertad de circulación sin restricciones más allá de las legalmente fijadas ex art. 21 TFUE y 7 de la Directiva 2004/38), el “Código o Estatuto Común de ciudadanía civil europea”: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y su derecho humano civil a la vida privada y familiar, tal y como lo entiende el TEDH (SSTEDH 7 de noviembre de 2013, Vallianatos y otros c. Grecia y 14 de diciembre de 2017) (apartado 50).

#### **4.2. Ciudadanía europea y derechos derivados de nacionales de terceros países, incluso irregulares, como límites a la soberanía nacional inmigratoria: garantías sociales**

Pero las experiencias recientes en tal sentido, que evidencian esa conexión entre una política jurisprudencial comunitaria de férrea defensa del estatuto de ciudadanía europea y una gestión de las políticas inmigratorias desde el enfoque de derechos fundamentales, son más y con mayor dimensión, real o potencial, socio-laboral. En tal sentido, esta política de relativa resistencia jurisprudencial comunitaria al retorno a la “idea de soberanía nacional” y, por lo tanto, al concepto de “frontera” basado en la nacionalidad

<sup>26</sup> Muy claro fue el Abogado General en sus Conclusiones: “...aunque el matrimonio es una institución jurídica, y se discute dentro del marco específico y limitado de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, la definición del concepto de «cónyuge» que se adopte afectará necesariamente a la propia identidad de los hombres y mujeres de los que se trata —y por tanto a su dignidad—, así como a la concepción personal y social que tienen los ciudadanos de la Unión del matrimonio, que puede variar de una persona a otra y de un Estado miembro a otro”.

<sup>27</sup> Puede verse una amplia referencia en: [https://www.religionconfidencial.com/familia/europeos-resisten-aprobar-matrimonio-homosexual\\_0\\_3056694323.html](https://www.religionconfidencial.com/familia/europeos-resisten-aprobar-matrimonio-homosexual_0_3056694323.html). Un mapa más preciso de los países que admiten los matrimonios homosexuales y los que no en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40493968>.

de la persona que ejerce derechos asociados a la movilidad, la constatamos igualmente en la no menos relevante STJUE de 14 de noviembre de 2017, C-165/16, asunto *Toufik Lounes*. El asunto, de gran impacto mediático en el Reino Unido, resulta especialmente interesante para comprender el actual conflicto entre quienes preconizan la recuperación de su soberanía en política inmigratoria (formalizada de la forma más abrupta por Reino Unido, pero asumida por otros Estados, como Polonia, Hungría, Austria, etc.) y la limitación que supone la primacía comunitaria. Aunque este conflicto la pura cuestión migratoria, de comunitarios o extracomunitarios, incluso la imagen más simple de “los inmigrantes roban los generosos beneficios sociales (británicos, austriacos, alemanes, etc.)”, no menos cierto es que tiene una extraordinaria importancia, al menos simbólica.

Buena prueba de ello es que, con gran ironía, la primera ministra escocesa, reclama a la Premier británica que le otorgue plenas competencias en materias de inmigración, porque si

*“Westminster puede que quiera crear un ambiente hostil contra los inmigrantes, ... no en nuestro nombre; nuestro mensaje es que todo el que quiera hacer de Escocia su hogar es bienvenido, porque ese ambiente hostil no es sólo un eslogan, sino que tiene un impacto real en nuestras comunidades, escuelas y hospitales (...). Este es un país de acogida que da la bienvenida a los inmigrantes, pues nuestra prosperidad y nuestros servicios públicos dependen de ello. Si Westminster no puede, o no va a actuar en favor de nuestros intereses, es el momento de que nuestro Parlamento tenga la potestad de hacerlo. Es el momento de que los poderes sobre la inmigración regresen a Escocia”*<sup>28</sup>.

Al margen de la paradoja creada, porque la reclamación de la soberanía nacional sirve a razones opuestas –Escocia la pide frente a Reino Unido para incrementar los flujos migratorios por razones de mercado y competitividad; Reino Unido la exige de la UE para reducir esos flujos por razones análogas–, queda clara la asociación entre el “Brexit” y la pugna por la cuestión migratoria. No es ninguna exageración ni la crítica escocesa está descaminada. Para ilustrarlo es oportuno traer a colación, como se anticipó, el citado asunto *Toufik Lounes*.

Brevemente, las circunstancias del caso fueron. Una ciudadana española (de origen vasco) se desplazó al Reino Unido como estudiante, comenzando a trabajar a tiempo completo varios años después. Cinco años después (2009), cuando la opción del referéndum sobre la permanencia en la UE era cuestión lejana, consiguió la nacionalidad británica. Conservó, no obstante, la nacionalidad española. En abril de 2014, se casó con el argelino Toufik Lounes, quien había llegado al país en 2010 con un visado de solo seis meses de visitante, si *bien prolongó su estancia de forma ilegal*. Tras contraer matrimonio, solicitó del Ministerio del Interior una tarjeta de residencia como cónyuge de un ciudadano de la UE. Pero las autoridades británicas rechazaron su solicitud argumentando que, siendo su cónyuge británica, quedaba sujeta a las normas de inmigración del Reino Unido, no a la Directiva.

Esto significaba, en la práctica que, como cualquier otro británico, debía pasar por el duro procedimiento que entró en vigor en 2012 bajo el cual, tenía que demostrar, entre otras cosas, *que ganaban más de 18.600 libras anuales* (alrededor de 21.000 euros) para obtener la residencia. Precisamente, a principios de año, un grupo de ciudadanos británicos llevaron a la Corte Suprema del Reino Unido la referida limitación salarial, denunciando que violaba su derecho humano (derecho de ciudadanía civil europea) ex

<sup>28</sup> <https://www.elmundo.es/internacional/2018/06/09/5b1bf6ff468aeb37088b463d.html>

art. 8 CEDH a una vida privada y en familia. El Tribunal, sin embargo, ejerciendo su soberanía jurídica, desestimó la pretensión.

Recurrida la decisión denegatoria ante los tribunales británicos, se planteó cuestión prejudicial. La citada STJUE (Gran Sala) de 14 de noviembre de 2017, dio la razón a la española y, en consecuencia, alimentó la convicción de los “brexiteros” (los que votaron a favor de salir de la UE) de que habían hecho lo correcto, ante tanto revés y “avasallamiento” de su soberanía por el pretor imperator, el TJUE. Y eso que el TJUE trató de dar una de cal y otra de arena. De un lado, consideró que la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros), en tales circunstancias (ciudadana de la UE que hace uso de la libertad de circulación ex art. 7.1 y ex art. 16.1 Directiva, trabaja y reside en otro país de la UE, adquiriendo la nacionalidad de éste, casándose luego con una persona de nacionalidad extracomunitaria), no obliga a reconocer “*un derecho de residencia derivado en el Estado miembro en cuestión sobre la base de la citada Directiva*”. Hasta aquí contentos los británicos. Pero de inmediato vendrá la salvedad, fruto de un enfoque novedoso del TJUE que realimentó la crítica y la necesidad de recuperar cuanto antes la soberanía migratoria británica. Y es que, pese a no tener ese tipo de derecho, sí que

*“puede disfrutar de...residencia en virtud del artículo 21.1 TFUE, con sujeción a unos requisitos que no deberán ser más estrictos que los contemplados en la Directiva 2004/38 para la concesión de ese derecho a un nacional de un tercer Estado...”*.

El TJUE, exhibiendo su pragmatismo y su favor por criterios de interpretación realista, atentos a la efectividad del fin normativo en la realidad práctica, valorará que el efecto útil de los derechos del art. 21.1 TFUE, que incluye, entre otros, el derecho humano a una vida familiar normalizada en el Estado miembro de acogida con la pareja elegida, al margen de cuál sea su nacionalidad, requiere reconocer el derecho de residencia a esta última, como condición de goce por la ciudadana comunitaria de sus derechos circulatorios, civiles y sociales. Por lo tanto, lo que en apariencia podría configurarse como un “asunto interno” del derecho inmigratorio del Reino Unido, se resuelve como un “asunto comunitario”, pues el TJUE resucita el vínculo con el Derecho de la UE, pues el ejercicio originario de la libertad de circulación permite seguir con el disfrute de los derechos de ciudadanía comunitaria, si el trato como nacional del Estado de acogida es peyorativo. En otros términos, si no es por una vía, el TJUE siempre encontrará otra, piensan los británicos, al menos una mayoría (no excesiva, pero, de momento, suficiente), para imponer su criterio, haciendo de “su ley” la dominante frente a la “ley propia británica”, incluso cuando no se trata de ciudadanos comunitarios, sino de “fuera de la UE”, de terceros países. Justamente, este tipo de situaciones intensificarían el afán de las instituciones comunitarias de asegurar que, incluso cuando se haya ido el Reino Unido de la UE –si es que se va–, todos “sus ciudadanos” sigan siendo tutelados, aun en tierras ya “extrañas” al Derecho de la UE, por el gran guardián de los derechos asociados al estatuto de ciudadanía comunitaria: el TJUE.

En última instancia, pues, el riesgo de la UE, que el TJUE querría desactivar<sup>29</sup>, en lo posible, es alimentar procesos de retorno a ser sólo personas “extranjeras-inmigrantes económicos”, privadas de un estatuto de ciudadanía –civil y social– efectivo, sea directamente –por perder la condición comunitaria– sea de modo indirecto o reflejo –por la conexión con una persona de ciudadanía comunitaria–. El no menos célebre asunto

<sup>29</sup> En sentido análogo STJUE 8 de junio de 2017, asunto C- 541/15, Freitag.

Chávez-Vílchez (STJUE 10 de mayo de 2017, C-133/15) incidiría en esta misma línea, con importantes efectos de protección social. En esta sentencia, el TJUE reconoce el derecho de las personas extranjeras (en este caso mujeres), por lo tanto, nacionales de terceros países residentes en la UE, incluso en situación irregular, que tienen hijos a cargo nacionales de alguno de los países de la Unión de obtener la autorización de residencia, a partir de la cual disfrutar de la protección asistencial social, muy en especial de las prestaciones familiares. Estas les habían sido denegadas por la autoridad nacional, en este caso holandesa, por encontrarse en el momento de la solicitud en situación de residencia irregular en los Países Bajos y, atendiendo al Derecho nacional, carecerían del derecho a tales beneficios sociales. En ningún caso existiría riesgo de desprotección del menor nacional, en la medida en que el riesgo de expulsión por la situación irregular de las madres (en el asunto se acumularon hasta 8 asuntos, todos ellos suscitados por mujeres extranjeras en una situación irregular), se compensaba con la existencia de otro progenitor responsable.

El órgano judicial holandés competente dudaba de la adecuación de la norma nacional al art. 20 TFUE y formuló petición prejudicial, lo que permitió al TJUE profundizar en su visión expansiva de los derechos de ciudadanía comunitaria y su efecto reflejo o irradiador útil en el estatuto de los nacionales de terceros países vinculado a aquéllos (en este caso de los menores, no del otro progenitor, del que las madres estaban separadas o divorciadas). Para el TJUE, la inexistencia de un derecho derivado de residencia, por no ejercer el ciudadano de la UE una libertad circulatoria, no impide garantizar un derecho de residencia al nacional tercero, aun en situación irregular, como garantía del efecto útil de la ciudadanía de la UE. En este caso, la situación de irregularidad conllevaría la expulsión más que probable del Estado de la UE (ya vimos la posición del TJUE en este punto, en relación a la Directiva de retorno) y, en consecuencia, el menor quedaría privado de su derecho a disfrutar efectivamente de su derecho a la vida en familia, integrante de su estatuto (apartado 63). Una vez más, y por lo que aquí más interesa, al margen de otros argumento novedosos usados por esta sentencia<sup>30</sup>, destacamos que el TJUE apele al deber de las autoridades competentes de atender prioritariamente la protección de derechos fundamentales, en este caso el derecho al respeto de la vida familiar (art. 7 CDFUE) en relación al principio de tutela del interés superior de la persona menor (art. 24.2 CDFUE)<sup>31</sup>.

#### **4.3. Límites del principio de gobernanza soberana nacional de la política inmigratoria derivados la libertad de prestación de servicios: otro frente abierto**

Pero no sólo el ejercicio de la libertad comunitaria de circulación de personas, también hoy reconocida y garantizada como un derecho fundamental comunitario, con sus corolarios de derechos de residencia y prohibición de discriminación, sirve al TJUE para amparar ciertos derechos a nacionales de un tercer Estado como garantía de disfrute efectivo (efecto útil) de los derechos y libertades conferidos por el estatuto de ciudadano de la UE, limitando de una manera significativa la soberanía nacional inmigratoria. Estas restricciones igualmente derivarán del ejercicio de otras libertades económicas

<sup>30</sup> Vid. Sarmiento, D. "El retorno de la ciudadanía de la UE. Comentario a la sentencia Chávez-Vílchez", Revista Española de Derecho Europeo, n. 63, julio-septiembre, 2017.

<sup>31</sup> En España, la regulación de estas situaciones está contenida en el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (art. 31.3), arts. 123-130 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril e Instrucción DGI/SGRJ/10/2008, sobre autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

(establecimiento, libre prestación de servicios). Si bien desde el contemporáneo enfoque global de las políticas de migraciones por razones laborales la movilidad “en” el empleo (dentro de una relación existente), no “por” el empleo (búsqueda de un empleo), tiene interés, máxime ante la nueva regulación, en el ejercicio de la libre prestación de servicios (Directiva 2018/957, que modifica la Directiva de desplazamiento transnacional de trabajadores) como fuera de ella (Directiva 2014/66/UE –traslados intraempresariales–), y el activismo jurisprudencial, ya evidenciamos que quedaba fuera de este análisis.

No obstante, por completitud de este repaso a la incidencia refleja que el Derecho de la UE tiene en esta continua lucha contra la voluntad de los Estados miembros de retener parcelas de soberanía nacional en materia “inmigratoria por motivos laborales” y la posición, a veces de efectos ambiguos, incluso contraproducentes, de defensa a ultranza por el TJUE de la primacía comunitaria, merece la pena reseñar la significativa *STJUE 14 de noviembre de 2018, C-18/17*. En ella se protege la efectividad de la libre prestación de servicios en su vertiente de facilitación del desplazamiento temporal de trabajadores extracomunitarios a otro Estado miembro (en este caso un país igualmente crítico con la política comunitaria en materia migratoria, y de asilo: Austria), sin que sus normas inmigratorias puedan actuar como un obstáculo real. Esta sentencia recuerda su doctrina, que ha venido defendiendo en numerosos precedentes, según la cual

“...Los artículos 56 TFUE y 57 TFUE deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no está facultado para exigir que nacionales de terceros Estados que hayan sido puestos a disposición de una empresa establecida en otro Estado miembro por otra empresa establecida igualmente en ese otro Estado miembro, con el fin de prestar servicios en el primero de esos Estados miembros, cuenten con un permiso de trabajo”.

En síntesis, el asunto era el siguiente. Una empresa italiana aceptó el encargo de una empresa austriaca para la construcción de un tren de laminación de alambre en Austria. Esta sociedad italiana decidió recurrir, en particular, a cuatro trabajadores croatas, a un trabajador ruso y a un trabajador bielorruso. Esta sociedad forma parte de un grupo de sociedades al que pertenecen igualmente una sociedad croata, que empleaba a los referidos trabajadores croatas, y otra sociedad italiana, que empleaba a al ruso y al bielorruso. Los trabajadores croatas fueron puestos a disposición de la matriz italiana, pero siguieron empleados por la sociedad croata –y afiliados a la seguridad social de Croacia.– En cuanto a los trabajadores ruso y bielorruso, fueron puestos a su disposición, pero siguieron estando empleados por la filial italiana –afiliados a la seguridad social de Italia durante la duración de su misión austriaca–.

El 18 de enero de 2016, Danieli notificó los datos relativos a esos trabajadores (Oficina Central de Coordinación para el Control del Trabajo Ilegal) y presentó las correspondientes solicitudes de confirmación del desplazamiento de esos trabajadores. En un escrito posterior, Danieli indicó que no empleaba a esa mano de obra, sino que esta le había sido suministrada por las sociedades croata e italiana anteriormente mencionadas para la ejecución del proyecto de construcción de un tren de laminación de alambre en Austria. La Oficina Regional de Empleo de Leoben denegó la autorización, sobre la base de que el desplazamiento de trabajadores nacionales de terceros Estados en el marco de una prestación de servicios transfronteriza no está armonizado en el plano de la Unión. Presentada la consiguiente demanda e interpuesta cuestión prejudicial, el TJUE considerará contraria a la libertad de prestación de servicios esta práctica.

A estos efectos, recuerda que, si bien la intención de evitar perturbaciones en el mercado laboral constituye una razón imperiosa de interés general, el personal de una

empresa establecida en un Estado miembro que es desplazado a otro Estado miembro para realizar una prestación de servicios no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado miembro, ya que regresa a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión. La imposición por un Estado, con carácter permanente, del requisito de obtener un permiso de trabajo para los nacionales de terceros Estados puestos a disposición de una empresa que opera en dicho Estado por una empresa establecida en otro excede de lo necesario para alcanzar el objetivo de evitar perturbaciones en el mercado laboral. A este respecto, la obligación de que la empresa de prestación de servicios proporcione a las autoridades austriacas datos que acrediten que los trabajadores de terceros Estados se encuentran en situación regular en el Estado en el que dicha empresa los tenga en plantilla, garantizaría de una manera menos restrictiva e igualmente eficaz, que esos trabajadores se encuentran en situación regular y que ejercen su actividad principal en el Estado en el que está establecida la empresa prestadora. Por lo tanto, resultaría desproporcionada la restricción derivada del derecho migratorio italiano de lucha contra la irregularidad de la inmigración a la libertad de prestación de servicios<sup>32</sup>.

En suma, el principio de integración comunitaria debe conllevar el respeto a principios básicos, tales como el de reconocimiento mutuo y el de cooperación legal, sin presumir que el Estado de desplazamiento no cumple adecuadamente con sus obligaciones de control para evitar toda irregularidad. Como es conocido, en este ámbito de movilidad de personas por razones económico-laborales, aun al margen de los aspectos propios de las políticas migratorias (extracomunitarios), por centrarse en las políticas de mercado transnacional de trabajo (afecten a comunitario o extracomunitarios), igualmente se puede identificar fuertes tensiones entre los Estados, entre sí (quienes más desplazan y quienes más reciben) y entre estos y la política de la UE de libertad de movimientos, porque se tienen por excesivamente laxos los controles de ciertos Estados (del Este) para evitar el abuso, el fraude y el dumping social. De ahí que algunas sentencias recientes hayan realimentado igualmente las críticas de quienes ven el TJUE y su defensa de las libertades de movimientos por razones de índole económica y laboral el actor de una política que ofrece más madera incendiaria para los populismos que acusan a la UE de fomentar el debilitamiento de las normas nacionales de tutela de derechos sociales y laborales de los países más garantistas (ej. Austria, Bélgica) en favor de las ventajas competitivas antisociales de los más productivistas (ej. Hungría, Bulgaria, etc.)<sup>33</sup>.

## **5. ESPAÑA Y EUROPA ANTE EL NUEVO HORIZONTE DE GOBERNANZA MUNDIAL (MÁS EQUILIBRADA) DE LAS MIGRACIONES LABORALES**

Recordado brevemente el pasado más reciente, analizado con algún detalle el presente, es hora de afrontar, también sucintamente, el futuro de la política comunitaria migratoria en general, y en particular por razones económico-laborales. Y para ello entendemos adecuada una mirada comparativa al enfoque propuesto, tantas veces como

---

<sup>32</sup> Para esta misma exigencia de proporcionalidad, si bien en un ámbito parcialmente distinto, relativo a las infracciones laborales, vid. más recientemente la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (asunto C-33/17).

<sup>33</sup> Especialmente ácida ha sido la crítica de la STJUE de 6 de septiembre de 2018, C-527/16, acusada de primar el principio de reconocimiento mutuo sobre la protección frente al fraude. Iría más allá de su posición precedente en la STJUE 27 de abril de 2017, C-620/15, que privaba al juez nacional de acogida de la facultad de desconocer la vinculación al certificado expedido por el Estado de origen.



fallido, por la UE en relación al que propone la comunidad mundial hoy (ONU, OIT), si bien sobre instrumentos no vinculantes, con la debilidad jurídica que ello conlleva y también el alto riesgo de dispersión o diversidad que tiene asociado, según ilustra también la referida contraposición entre lo que diagnostica la UE y lo que realmente hace. Dejando de lado la tensión entre la ONU y la UE por la cumbre UE-Turquía de 7 de marzo de 2016, base para el acuerdo de externalización del control de los flujos de refugiados (18 de marzo 2016), por cuanto aquélla considera que esta política no sólo es errada, sino que viola el Derecho Internacional, incluso el propio Derecho de la UE<sup>34</sup>, no hay duda de que el enfoque global de gobernanza mundial que propone el Pacto de la ONU halla una clara referente en el “Enfoque Global de la Migración y la Movilidad” que, allá por 2011, promoviera la Comisión Europea. Este enfoque se basaba en los cuatro pilares típicos:

1. Ordenación y promoción de la migración legal y la movilidad
2. Lucha efectiva contra la migración ilegal y trata de seres humanos
3. Protección internacional y política de asilo
4. Maximización de la repercusión en el desarrollo de la migración y la movilidad

Todos los documentos, informes, comunicaciones, estudios, recomendaciones que se han ido desarrollando en el seno de la UE apuntarían en esta dirección, como la Agenda de Migración 2015 impulsará y todas las “fichas técnicas” institucionales proclamarán, incidiendo vez tras vez en la necesidad de:

“establecer una nueva política de migración legal, modernizando y refundiendo el sistema de tarjeta azul, fijando nuevas prioridades en cuanto a las políticas de integración y potenciando las ventajas que la política migratoria tiene...”<sup>35</sup>

Como puede verse, nada sustancialmente distinto a lo que propone la OIT (junto con otras organizaciones internacionales, OCDE, el Banco Mundial y el FMI), tras realizar estudios de ámbito global y tras constatar la diversidad de situaciones en cada Estado.

“...El fortalecimiento de la cooperación internacional y el aprendizaje mutuo en este campo es crucial *para garantizar que la migración tenga efectos económicos y fiscales positivos en los países de origen y de acogida* y, en última instancia, beneficie también a los...migrantes”.

Sobre esa base, su documento “*Cuestiones derivadas de las labores de la 106.ª reunión (2017) de la Conferencia Internacional del Trabajo Seguimiento de la resolución relativa a la gobernanza equitativa y eficaz de la migración laboral*”, diseñó un plan de acción cuyo objetivo era “lograr una gobernanza de la migración laboral sólida y eficaz en todos los niveles a fin de aumentar los beneficios de la migración laboral, atender las necesidades del mercado de trabajo en todos los niveles de competencia y proteger y fomentar los derechos de los trabajadores migrantes y nacionales...”. Y a tal fin subrayaba la importancia de un Pacto de Gobernanza Migratoria Mundial<sup>36</sup>. Sin embargo,

<sup>34</sup> Como es sabido, los tribunales comunitarios parecen rechazar el carácter de auténtico acuerdo comunitario del mismo, negando su competencia para enjuiciarlo, lo que evidencia una clara inseguridad en esta materia. Vid. Goig Martínez, J.M. “La política común de inmigración...”. Ob. cit. p. 100.

<sup>35</sup> Vid. Día Barrado, C.M. “La política común de inmigración en la UE: algunas reflexiones”, Pliegos de Yuste, n. 17, 2016, pp. 156 y ss.

<sup>36</sup> Vid. OIT. “Revisión del plan de acción sobre la gobernanza de la migración laboral en el marco del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular” [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_673399.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_673399.pdf). También OIT. *Migración Laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza*, Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), 106ª Reunión, Ginebra, 2017, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_550278.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_550278.pdf).

sus ambigüedades y limitaciones no son menores, sino incluso mayores, que las derivadas de la propia experiencia comunitaria, a comenzar por la falta de valor vinculante –pese a lo cual ha sido aprobado por menos Estados que dieron su apoyo inicial (152 frente a los 160), pese a que tanto la OIT como la ONU hacen de la necesidad virtud y alaban ese dato, precisamente: al no ser “un tratado internacional”, sino una “orientación general a los Estados Miembros y otras partes interesadas sobre la manera más eficaz de tratar las cuestiones migratorias y de promover la cooperación internacional”, será mejor asumido por la gran mayoría de los Estados.

En suma, no responde al principio de normativización universal de los flujos migratorios sino al principio, más limitado, de fomentar la cooperación internacional entre todas las instancias pertinentes, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario. El respeto a su soberanía es un eje crucial del acuerdo, claro está, siempre dentro de su deber superior de respetar igualmente sus obligaciones en virtud del Derecho internacional<sup>37</sup>. Asimismo, se prende proporcionar a toda la ciudadanía autóctona de cada país acceso a una información clara, objetiva y empírica sobre los beneficios y desafíos de la migración, a fin de contrarrestar los discursos engañosos generadores de percepciones negativas de los migrantes, y sentar las bases para “respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, pero promoviendo también la seguridad...”.

Entre los 23 objetivos propuestos, tres son claves para los flujos migratorios laborales:

- A) aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular (mediante la elaboración de planes de movilidad laboral flexibles, basados en los derechos y con perspectiva de género para los migrantes, sobre todo donde escasee la mano de obra). Se acoge el método de selección de buenas prácticas de movilidad internacional en el ámbito laboral.
- B) Promover la contratación equitativa, asegurando las condiciones del trabajo decente (promueve la ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes relacionados con la migración laboral internacional, a fin de reforzar la protección de sus derechos (sistema de normas internacionales de los derechos humanos del trabajo) y “mayores oportunidades para el trabajo decente”).
- C) Facilitación de “la portabilidad de la Seguridad Social y las prestaciones adquiridas”: que se establezcan o mantengan sistemas nacionales de protección social que no discriminen (incluidos niveles mínimos de protección social para los nacionales y los migrantes, en consonancia con la Recomendación sobre los Pisos de Protección Social, 2012 (núm. 202) de la OIT).

Entre las medidas propuestas (apartados h) a k) del apartado 22) está la de “*revisar la legislación laboral y las políticas de empleo nacionales pertinentes*”. Y ello a fin de que tengan en cuenta las demandas específicas de las trabajadoras migrantes, especialmente en el trabajo doméstico (precisamente lo que España no ha hecho respecto del Convenio 189 OIT, lo que ya ha sido criticado por los órganos de control de este organismo) y en las ocupaciones menos cualificadas. Se trata, en definitiva, de adoptar medidas concretas

---

<sup>37</sup> “El Pacto Mundial reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional. Dentro de su jurisdicción soberana, los Estados podrán distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular, incluso al decidir con qué medidas legislativas y normativas aplicarán el Pacto Mundial, teniendo en cuenta sus diferentes realidades, políticas y prioridades, y los requisitos para entrar, residir y trabajar en el país, de conformidad con el derecho internacional” (párrafo c) del apartado 15).

para evitar toda forma de explotación y abuso por razón de la nacionalidad y la condición social (aquí de migrante). Sin infravalorar la importancia de un acuerdo de este tipo en un plano mundial, la experiencia dice que, por lo que concierne a los países de la UE en general, y a España en particular, poquíssimas, si es que hay alguna, novedades conlleva su firma y, en consecuencia, difícil será escapar a la decepción de asistir, por enésima vez, a una profunda fractura entre lo que se diagnostica, lo que se dice querer, poder y saber hacer, y lo que se garantiza realmente que se va a hacer. La UE, si no hay cambios normativos significativos, seguirá anclada, además de en su diversión interna muy profunda, en la clave de la gestión de los flujos migratorios desde la seguridad, salvo que de migraciones de profesionales cualificados se trate. Pero, de este modo, no sólo no se avanza en una gestión coherente, eficaz y multidimensional común, sino que se intensifica la dispersión o segmentación de los estatutos jurídicos de las personas migrantes, también atendiendo a sus capacitación profesional y a su mayor o menor expectativa de rentabilidad para cada país de la UE, que ve en estas diferencias una manera de obtener ventajas competitivas.

## **6. CONCLUSIÓN: ¿RETORNO A LA DOBLE IDEA PERDIDA DE CIUDADANÍA EUROPEA Y TRATO JUSTO A LAS PERSONAS INMIGRANTES?**

Cuando estalló una de las crisis más profundas, sino la mayor, de la UE, asociadas a los movimientos migratorios, en especial procedentes de terceros países, sea por conflictos bélicos sea por la creciente pobreza y desigualdad entre zonas de frontera, y la UE decidió afrontarla desde un estricto principio de solidaridad, avalado por el mismísimo TJUE, repartiendo cuotas de personas refugiadas y distribuyendo su coste<sup>38</sup>, la UE dio muestra también de su incapacidad para sostener políticas de ese tipo. Frente a la interiorización de los modelos de gestión de este tipo de problemas y su resolución coherente y armonizada, ha preferido la externalización de la gestión de las fronteras externas comunitarias, primando la eficacia de ese objetivo de seguridad respecto del propio respeto a sí misma, esto es, a sus valores y derechos fundamentales. Si en su ADN está forjar identidades sobre los valores de la dignidad humana de toda persona, así como de libertad –también en los planos económicos–, igualdad y solidaridad, la política inmigratoria, pero en cierto modo también las migratorias, como evidencia la crisis del BREXIT, tiende a traer al primer plano los instrumentos más antiguos, tan obsoletos como ineficaces ahora ya, de sus políticas de gestión de flujos –en especial laborales, pero también relativos al asilo–.

Asimismo, la referencialidad económica de esta política persiste y se agudiza, sea para las precedentes Directivas como para las más recientes, donde prima el objetivo de mejorar la prosperidad de la UE por encima de la flexibilidad de acceso a Europa de los nacionales de terceros Estados, incluso en aquellas en las que se facilita la tramitación (ej. Directiva relativa a los traslados intraempresariales). Frente a la integración, restricción de acceso y garantías de la preferencia comunitaria –y nacional–.

Y, pese a todo, este camino de pretendido regreso a una –ya imposible– Europa fortaleza no sólo nos hace andar más despacio hacia la solución, sino que nos lleva por

<sup>38</sup> ViD. Abrisketa, J. “La reubicación de los refugiados: un déficit de solidaridad y una brecha en la Unión Europea. Comentario a la sentencia del tribunal de justicia de 6 de septiembre de 2017, asuntos C-643/15 y C-647/15, Hungría y Eslovaquia contra el Consejo”, Revista General de Derecho Europeo, núm. 44, 2018, pp. 125-154. En: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=419759&d=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419759&d=1).

el camino más errado de todos los posibles<sup>39</sup>. La gestión eficaz (gobernanza) de los flujos migratorios debería implicar un sistema de reglas que garantizara un trato equitativo de los nacionales de terceros países para que, desde estatutos de residencia legal e integración real, contribuyan al progreso de la sociedad europea (prosperidad) y ésta, solidariamente, al desarrollo de oportunidades de bienestar de aquéllos (libertad e igualdad). En suma, no son la amenaza, sino que forman parte de buena parte de las soluciones, reconciliando, una vez, más, en busca de ese justo equilibrio que es la función del Derecho Social, en todo tiempo, su alma social con su alma económica.

---

<sup>39</sup> Vid. Goig Martínez, J.M. “La política comunitaria...”. Ob. cit., pp. 102 y ss.



**DISCAPACIDAD, DISCRIMINACIÓN Y EXTINCIÓN DEL  
CONTRATO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE  
INCAPACIDAD LABORAL EN EL ORDENAMIENTO  
ESPAÑOL: AJUSTES Y DESAJUSTES RESPECTO A LA  
DOCTRINA DEL TJ Y LA DIRECTIVA 2000/78/CE**

PROF. DR. ANTONIO COSTA REYES  
*TU. Universidad de Córdoba*

PONENCIA GENERAL:

TUTELA Y GARANTÍAS FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN LABORAL.

SUBPONENCIA: NUEVAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN.

SUMARIO:

1. DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD LABORAL: LA DIRECTIVA 2000/78/CE
2. SEGUNDO AVISO: EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL INCAPAZ PERMANENTE
3. TERCER AVISO: EXTINCIÓN Y BAJAS POR IT EN EL ART. 52.D) LET

## 1. DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD LABORAL: DIRECTIVA 2000/78/CE. 1. DISCAPACIDAD Y TRABAJO: ENTRE EL CAMBIO DE ENFOQUE Y LA PARÁLISIS PRÁCTICA.

La tutela laboral de las personas con discapacidad ha venido manifestando una creciente importancia en nuestro ordenamiento. Sin duda alguna, en ello ha influido decididamente el cambio de enfoque habido en relación a tales personas, especialmente, a partir de los '90<sup>1</sup>: desde un modelo médico (el daño o deficiencia de la persona le impide su funcionalidad), basado esencialmente en políticas pasivas, asistenciales y sanitarias; a otro social (los impedimentos o limitaciones laborales de la persona discapacitada no derivan sólo de su situación médica, cuanto de las circunstancias externas), tendente a su inserción laboral y, como se entenderá posteriormente, a su integración (particularmente, a través de la adaptación del entorno)<sup>2</sup>.

Se superan con ello las consideraciones (incluso semánticas<sup>3</sup>) entorno a la idea de incapacitado o minusválido, que a la postre conllevan implícitamente que la persona discapacitada no es capaz de trabajar (y en el fondo, de poder generarse una autonomía personal con ello). Además de los efectos en términos de exclusión social, y por lo que aquí interesará, aquel planteamiento en la práctica facilita limitar al afectado el deber-derecho ciudadano reconocido al amparo del art. 35 CE.

Consecuencia del nuevo paradigma, surgen diversos instrumentos que vienen a plasmarlo, tanto a nivel interno como en el plano internacional. En este último, y sin ánimo de ser exhaustivos, cabe citar ahora especialmente la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (en adelante, Convención-ONU)<sup>4</sup>. En el ámbito específico de la OIT no será hasta la aprobación de la *Estrategia y plan de acción para la inclusión de la discapacidad 2014-2017*, cuando podamos afirmar la asunción global y expresa de lo que implica ese cambio, pues los instrumentos jurídicos existentes mantenían en general aquella visión médico-asistencial<sup>5</sup>.

En el marco comunitario, destacamos tanto las normas de derecho originario (TFUE, y la CDFUE), como derivado, muy especialmente, la Directiva 2000/78/CE<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> De especial significación es la Resolución 48/96 aprobada por la Asamblea General "*Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*", de 20/12/1993. No desconocemos que, desde los años '60, ya se introdujeron cambios relevantes en las políticas de empleo para discapacitados (aunque no se plasmaron hasta los años '80); *vid.* GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*; LABORUM-UPO, 2011, p. 173.

<sup>2</sup> Al respecto, *vid.* AA.VV. (MERCADER, Coord.), *Análisis de la compatibilidad de prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma*; MESS, 2012, pp. 76 y ss. y 13 y ss. Sobre la incidencia judicial que tal cambio, *vid.* STS, de 25/04/2018 (rec. 2322/2016).

<sup>3</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RD-Leg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad"; TyD, 6/2017.

<sup>4</sup> Aprobada por la Asamblea de la ONU el 13/12/2006. Por el interés que tendrá, es de resaltar la "*Observación General del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, Inciso B)*"; OEA/Ser.L/XXIV.3. 1. CEDDIS/doc. 12 (I-E/11) Rev. 1, 28 abril 2011. Igualmente, debe subrayarse el papel de la OMS, singularmente de la *Clasificación de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías* (1980) y sobre todo la posterior *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (2001).

<sup>5</sup> En detalle, *Repertorio de recomendaciones OIT: Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo*, 2001.

<sup>6</sup> Sobre el periplo comunitario, MUÑOZ RUIZ, A.B., "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores"; TL, 101/2009, pp. 326 y ss. Véase

Finalmente, en nuestro país, diversos son los preceptos constitucionales que reclaman actuaciones en favor de la persona con discapacidad (arts. 10, 49 -35-, 14 y 9 CE), y que justificaron distintas iniciativas normativas y de planificación de cara a la –rehabilitación, primero, o inserción, después, de la– persona discapacitada. Por su interés ahora, citaremos sólo alguna de ellas, como iniciadoras tanto la LISMI 13/1982 (si bien desde una lógica rehabilitadora y asistencial), como la Ley 5 1/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIOD). Por otro lado, como cambios más cercanos a nuestro ámbito jurídico, destacamos la reforma de los arts. 4.2, c), 17 y 54.2, g) LET (ex L. 62/2003, que transponía la referida Directiva). Y finalmente, en materia de empleo (ex LE 56/2003), mencionar las medidas dirigidas a mejorar la posición y oportunidades de las personas discapacitadas, tanto de cara al mercado *ordinario* o *abierto* (cuota de reserva, incentivos a su emprendimiento o contratación, *empleo con apoyo* –RD 870/2007–, etc.), como en el denominado mercado *protegido* (relaciones especiales, Centros Especiales de Empleo, etc.), e incluso en los mecanismos de transición de uno a otro (v.gr., *enclaves laborales*, RD 290/2004). Sin duda, el cambio de enfoque referido al inicio, exigía un cuerpo normativo ajustado al mismo que diera coherencia a toda la panoplia normativa, lo que en gran medida se pretendió con el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RD-Leg. 1/20 13).

Con todo, pese a las medidas llevadas a cabo, lo cierto es que se mantienen los problemas de integración y de tratamiento peyorativo de estos sujetos (también y muy especialmente, en el orden laboral)<sup>7</sup>. Se comprende así la necesidad de revisar y reforzar la tutela de las personas con discapacidad y analizar si el marco regulador es coherente con los cambios y objetivos pretendidos y, en definitiva, si existe una adecuada coordinación entre los diversos cuerpos normativos que pretenden tal tutela antidiscriminatoria<sup>8</sup>. En esta línea, el objeto de este trabajo es un acercamiento a la cuestión sobre el ajuste de ciertos preceptos laborales relativos al despido a ese nuevo enfoque de la discapacidad, y en especial, de la interpretación que de los mismos hacen nuestros tribunales y su conformidad a la Directiva 2000/78/CE.

Sin perjuicio de su mayor justificación a lo largo del texto, cabe reclamar una intervención del legislador, quien parece haber abandonado su interés por llevar a cabo las reformas legales oportunas y en el menor tiempo posible, de cara a ajustarnos al marco comunitario interpretado por el Tribunal de Justicia (TJ), al menos cuando su intervención ha sido requerida por nuestros órganos judiciales<sup>9</sup>. Esa parálisis del legislador no debe hacernos desconocer la criticable actuación de parte de nuestros tribunales, singularmente, del TS, ya que detectamos un actuar no sólo a remolque, sino incluso como freno, de una tutela laboral plena de la persona con discapacidad, pues examinada la cuestión desde la referida óptica *social* y el señalado marco comunitario, le sería exigible un mayor compromiso con su propia idea en esta materia de “una interpretación de los textos legales que sea lo más favorable posible

---

la actual posición contenida en la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: *Un compromiso renovado para una Europa sin barreras* (COM/2010/0636 final).

<sup>7</sup> No deja lugar a dudas el estancamiento -cuando no retroceso- de los últimos años y que han tenido como justificación la crisis que sufrimos, vid. Progress Report on the implementation of the European Disability Strategy (2010-2020), Brussels, 2.2.2017 SWD(2017) 29 final.

<sup>8</sup> Dudándolo, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Discapacidad, enfermedad y despido en el Directiva 2000/78”; DRL, 3/2018.

<sup>9</sup> En extenso, MIRANDA BOTO, J.M., “El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos”; REUE, 5/2018 (BIB/2018/8759).



a la efectividad del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE<sup>10</sup>. Y es que, en más ocasiones de las comprensibles, nuestra jurisprudencia parece estar más preocupada por la defensa de sus planteamientos domésticos tradicionales (especialmente, aunque no en exclusiva, respecto a los despidos de los trabajadores enfermos) que de impulsar una doctrina del principio de igualdad y no discriminación más extensiva y, en nuestra opinión, más ajustada a la letra y espíritu del marco normativo supranacional (y la interpretación que de la misma realiza el tribunal comunitario)<sup>11</sup>.

Posición que viene provocando una creciente tensión, ya sea cuestionando de manera más que preocupante el papel y autoridad del TJ, ya sea por una falta de compromiso con la tutela multinivel<sup>12</sup>. Pretendemos por ello hacer ver la actitud renuente del TS, al objeto no sólo de requerir un cambio, sino de entender por qué los órganos judiciales inferiores (vía *cuestión prejudicial*) buscan en el TJ la respuesta a estos problemas.

Una última observación preliminar. Al objeto de este estudio vamos a referirnos al despido de un trabajador con ocasión de su incapacidad laboral (temporal o permanente), es decir, no tanto a la persona con discapacidad en general, sino al trabajador que médicamente está o ha estado –o pudiera estar nuevamente en un futuro– o finaliza como incapacitado laboral, y cuyas consecuencias (bajas, costes, declaración formal, etc.) son tenidas en cuenta por la empresa precisamente para el despido. Somos conscientes que la doctrina viene refiriéndose a parte de esta cuestión en relación a la idea de despido por *enfermedad* del trabajador sin embargo, nosotros centraremos el tema en su incapacidad laboral, porque permite tratar el caso de quien no está enfermo, pero sí incapaz a efectos de Seguridad Social (art. 193 LGSS) y porque la práctica evidencia que la mayor problemática acontece respecto a tales trabajadores<sup>13</sup>: no se les despide por su dolencia, sino por las bajas que implica o por la aptitud laboral resultante.

## 2. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y SU ALCANCE. *PRIMER AVISO.*

Cierto es que la tutela dispensada por el principio de igualdad en el empleo concretado en la Directiva 2000/78/CE no admite extensiones analógicas en su objeto, sino que alcanza y se limita, en el caso que tratamos, a la discapacidad. Sin embargo, lejos de tratarse ésta de un mero concepto técnico (médico-científico), la propia lógica del nuevo enfoque lleva a concluir que la discapacidad es una construcción social y, por tanto, no universal ni permanente; y ello no sólo por las limitaciones médicas en su formulación (sujeta a su desarrollo en un momento dado), sino porque, en definitiva, son más bien las determinadas y concurrentes condiciones externas las que al entrar en relación con la deficiencia actúan como barreras que impiden o dificultan que quien la sufre pueda desarrollar una actividad profesional adecuadamente. Es decir, la discapacidad presupone

<sup>10</sup> STS de 16/03/2013 (rec. 907/2012).

<sup>11</sup> RUIZ CASTILLO, M.A., “Discriminación por causa de discapacidad y obesidad”; AA.VV. (García Murcia, Dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*; Aranzadi, 2017, especialmente, pp. 661 y ss. Subrayando como uno de los detonantes de la jurisprudencia comunitaria la excesiva flexibilidad con la que se admiten, aún como improcedentes, tales extinciones; ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona...”; cit.

<sup>12</sup> Muy sugerente, VALDÉS DAL-RÉ, “Constitutionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales”; DRL, 2/20 16. Sobre los efectos de tales tensiones, recomiendo la lectura de LÓPEZ PARADA, R.A., “La futura sentencia de Diego II”; Rev. Ciudad del Trabajo, 2/2018, pp. 96 y ss.

<sup>13</sup> Aunque no siempre es así: paradigmático el caso resuelto en la STJ, de 18/09/2014 (C-354/13, FOA).

la existencia de capacidad laboral (de otro modo, carece de sentido lo pretendido por la Directiva), pero que esas circunstancias externas pueden excluirla.

Eso plantea de inmediato la posible diversidad y variabilidad (espacio-temporal) de situaciones que pueden ser susceptibles de incluirse bajo la idea de discapacidad, y, por tanto, la necesidad de un significado común. Sin embargo, ni en el Derecho comunitario, ni en particular, en la Directiva 2000/78/CE, se contiene expresamente ninguna definición sobre la misma ni remisión al Derecho de los Estados miembros. No es de extrañar, pues, que el TJ se pronunciara sobre el tema en la primera oportunidad que tuvo de tratar expresamente la discriminación por discapacidad (asunto *Chacón Navas*)<sup>14</sup>. En definitiva, de “las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad, se desprende que (...) para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad” (lo que además contribuye al efecto útil de la Directiva, *ex art.* 288 TFUE).

Una de las consecuencias colaterales de dicha posición será, como finalmente se ha confirmado, que la consideración de persona discapacitada a efectos de la Directiva no precisa de un previo reconocimiento formal como tal<sup>15</sup>; pero también la contraria, es decir, que “la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78”<sup>16</sup>.

Pero sin duda, la cuestión principal de aquel pronunciamiento será precisamente clarificar su relación con el concepto de mera enfermedad. Así y todo, a los efectos que ahora interesa, se concluirá, por un lado, que la discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional; limitación que, como ya puntualizó entonces, debe ser de *larga duración*, pues de otra forma carecerían de sentido las previsiones sobre las medidas de adaptación (§ 45 en relación a los considerandos de la Directiva 16, 17 o 20). Y, por otro lado, que la mera enfermedad, como tal, no encuentra apoyo como objeto autónomo de protección en la señalada Directiva (es “preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”, o “tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”); en otras palabras, que salvo que la misma fuera reconducible al concepto de discapacidad, en principio no tendría amparo en la tutela dispensada por aquélla<sup>17</sup>.

Cabría plantearse cuál era la posición en nuestro país en relación al concepto de discapacidad con trascendencia laboral y a efectos de la Directiva. Sobre el tema cabe señalar que si bien la jurisprudencia española parecía no estar cuestionada porque, al igual que la comunitaria, negaba la protección antidiscriminatoria por discapacidad (nulidad de la medida) a la mera enfermedad<sup>18</sup>; lo cierto es que la razón esgrimida por el TS presenta más que dudas sobre su acomodo al referido enfoque social de la discapacidad y a la Directiva. Así y todo, nuestro tribunal argüía para excluir esa equiparación *a priori* que “la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar *por más o menos tiempo* a la capacidad de trabajo del afectado. (...) La discapacidad es, en cambio, *una situación permanente de minusvalía* física, psíquica o sensorial, que altera de manera *permanente*

<sup>14</sup> STJ, de 11/07/2006 (C-13/05, Chacón Navas).

<sup>15</sup> STJ de 11/04/2013 (C-335/11 y C-337/11, *Ring-HK Danmark*).

<sup>16</sup> STJ 18/01/2018 (C-270/16, *Ruiz Conejero*), § 32

<sup>17</sup> Idea que volverá a repetirse en la STJ de 18/09/2014 (asunto C-354/13, *FOA*), en un caso de obesidad.

<sup>18</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, I., “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”; TyD, Monográfico 6/2017.

(...). En concreto, en el *ordenamiento español la discapacidad es considerada como un “estatus”* que se reconoce *oficialmente* mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido”<sup>19</sup>.

De manera resumida, el TS plantea un enfoque o concepción médica (*minusvalía*), y limita la situación de discapacidad protegida, además de su afección al trabajo (aspecto material), a la concurrencia de dos elementos: uno, que represente un “estatus” *permanente* (aspecto temporal), y otro, su previa declaración oficial (aspecto formal). El resultado será que, faltando tales elementos formales, no será aplicable la garantía del artículo 4.2.c), 2º LET<sup>20</sup>. Todo lo cual, concluye, se deduce del marco normativo interno.

A nuestro entender, tal posición parecía desconocer las consecuencias derivadas de la existencia de la Directiva y de su interpretación por el TJ, en concreto, en relación al concepto de discapacidad a los efectos del principio de igualdad en el empleo; y ello pese a manifestar conocer ya la señalada sentencia del asunto *Chacón Navas*. Vamos a intentar explicar esta afirmación y, por ende, el primer equívoco y obstáculo del TS en esta materia: su interpretación restrictiva –y en clave exclusivamente interna– de la discapacidad (formal y permanente), de modo que no alcance a los despedidos con ocasión de su IT.

Para intentar comprender la conclusión del TS, cabría –en primer lugar– identificar el sostén normativo aludido. A falta de mayor concreción (sólo se menciona la Ley 63/2003, que no da ninguna pauta al respecto), podría pensarse en el art. 1.2 Ley 51/2003 en su redacción originaria (“...tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes *se les haya reconocido un grado de minusvalía*...”). Sin embargo, esta norma establecía expresamente (art. 3, 2º) su carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica en el ámbito del empleo y la ocupación, de ahí que quizás sea más acertado pensar en la derogada LISMI (art. 7), que en su lógica médico-formal definía a la persona *minusválida* en términos muy similares al Convenio OIT 159 (ratificado el 17/07/1990), el cual, a su vez, considera como tal (*inválida*, art. 1, *sic*) a “toda persona cuyas posibilidades de (...) empleo (...) resultan considerablemente reducidas como consecuencia de una disminución (...) *debidamente reconocida*”.

Sea como fuere (por aplicar el concepto que deriva de este Convenio OIT-LISMI o el supletorio de la Ley 51/2003), lo cierto es que la literalidad de tales preceptos en modo alguno puede justificar la posición mantenida –y reiterada– por el TS sobre los antes referidos elementos exigibles para la consideración de persona con discapacidad, pues no se ajusta a los términos del asunto *Navas Chacón* (que como hemos visto, excluye exigir que sea permanente o formalmente declarada)<sup>21</sup>. En otras palabras, el TS mantiene una exégesis de la normativa española no acorde de la Directiva 2000/78/CE, pues como se reclama una interpretación conforme (*ex efecto útil*), “no se trata de interpretar el texto nacional aisladamente y, en caso de duda, acudir a la lectura del texto europeo. Se trata de interpretar el texto nacional, desde el comienzo, de conformidad con la directiva (...)” y con los derechos fundamentales y principios generales del Derecho Comunitario<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Vid. STS, de 29/01/2001 (rec. 1566/2000), y su continuidad en las posteriores SSTs, de 11/12/2007 (rec. 4355/2006) y de 18/12/2007 (rec. 4194/2006). El *subrayado* es nuestro.

<sup>20</sup> Por todas, STS, de 22/11/2007 (rec. 3907/2006).

<sup>21</sup> Sobre la primacía de la interpretación del TJ, *vid.*, por su síntesis, STS, 08/06/2016 (rec. 207/2015).

<sup>22</sup> ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”; REDE, 28/2008, pp. 363 y ss.

No sólo no se hizo entonces, sino que cuando tuvo de nuevo oportunidad de manifestarse sobre el tema, el TS volverá a confirmar su planteamiento<sup>23</sup>. El *agravante* es que en ese momento posterior sí contaba nuestro país con una referencia normativa con una definición de discapacidad literalmente más acorde a la apuntada doctrina del TJ (y que de hecho servirá a éste para integrar posteriormente ciertas enfermedades en tal concepto). Nos estamos refiriendo a la mencionada Convención-ONU 2006, la cual era de obligada atención por nuestros tribunales (ratificada el 21/04/2008). Y no cabría ampararse en que la aplicación directa de sus obligaciones no era posible debido al carácter de sus preceptos (al no ser incondicionados ni suficientemente precisos), pues no se trataba de exigir tales obligaciones, sino de que, en atención a su naturaleza vinculante, la normativa española aplicable (singularmente, la LIOD) fuera interpretada de manera acorde (art. 10 CE), singularmente, a las definiciones dadas en sus arts. 1 y 2. Es más, desde la Ley 26/2011 (que reformó la LIOD) ni tan siquiera cabía la *coartada* del Derecho interno, pues, de un lado, en ella se consideraban expresamente como personas con discapacidad a quienes “presenten deficiencias (...) a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Y de otro lado, reconocía que ciertas garantías (*v.gr.*, *judiciales*, art. 18.1 LIOD en relación al art. 4.2, c), 2º párr. LET) se aplicarán “*con independencia* de la existencia de *reconocimiento oficial* de la situación de discapacidad o de su *transitoriedad*”. Es decir, incorporaba un criterio de discapacidad (al margen de la causa o calificación administrativa o de que sea curable o no) que permitía incluir la enfermedad *de larga duración* (como finalmente resolvió un tiempo después el TJ), pues lo relevante era que ésta obstaculizara al trabajador para realizar el trabajo en igualdad<sup>24</sup>. En definitiva, pese a tal marco regulador interno, el TS parecía seguir anclado en una noción poco acorde a la tutela de las personas afectadas por una enfermedad, al negar su equiparación en todo caso a la discapacidad.

Quizás, esa visión restrictiva impuesta por esa jurisprudencia viniera condicionada por la conexión que hace el TS entre discapacidad y políticas selectivas de empleo propias del colectivo formal o clásico a las que van destinadas, ya que la intensidad de las mismas se justifica precisamente en tal situación formal y permanente (nos referimos a las medidas de discriminación positiva: empleo protegido, cuotas, etc.)<sup>25</sup>. Sin embargo, no es eso lo que acontece cuando hablamos de extinción del contrato, sino más bien de tutela judicial, garantía de una menor intensidad y que no cabe confundir con la acción positiva, de ahí que la propia norma, como hemos visto, la extienda a quienes no está en tal situación (art. 1.2, 1º de la derogada L. 5 1/2003 –tras la reforma de 2011– y el actual art. 64.2 RD-Leg. 1/2013).

En todo caso, y como contraste, el TJ, “aprovechando la oportunidad” de tal Convención-ONU, afirmará expresamente (en el asunto *Ring-HK Danmark*) la integración de determinadas enfermedades graves (crónicas) o de larga duración dentro del concepto de discapacidad tutelada en la Directiva. Obsérvese que con este planteamiento –y en línea con lo ya adelantado en el asunto *Coleman*– lo que se infiere es que no cabe deducir de la Directiva una interpretación restrictiva del principio de igualdad de trato por razón de discapacidad<sup>26</sup>. Ciertamente, de los asuntos resueltos por el TJ hasta ese

<sup>23</sup> Por todas, SSTs, de 27/01/2009 (rec. 602/2008), de 12/07/2012 (rec. 2789/2011) y de 03/05/2016 (rec. 3348/2014), que remite una vez más a ya referida sentencia de 29/01/2001 (rec. 1566/2000).

<sup>24</sup> También ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona...”, cit. Advirtiendo de tal circunstancia, voto particular STSJ Cataluña, de 1/7/2014, nº 4753).

<sup>25</sup> GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., *Colectivos destinatarios...*; cit., p. 181.

<sup>26</sup> STJ, de 17/07/2008 (asunto C-303/06, *Coleman*).

momento podía concluirse ya una interpretación extensiva del principio de igualdad de trato por razón de discapacidad que la misma consagra, de manera que, en aras a una tutela adecuada, no sólo permitirá alcanzar a cualesquiera empleadores y relaciones de trabajo (laboral, administrativa, autónomos), sino incluso, ampliar el ámbito subjetivo para tutelar *por transferencia* a quien no es discapacitada<sup>27</sup>. Y, precisamente por ello, no plantea un concepto de discapacidad restrictivo, ni en sus causas (congénitas o adquiridas, extrañas o facilitadas por el afectado, por accidente o enfermedad), ni en su alcance (incurable o no, excluyente o sólo limitadora de actividad profesional), ni como ya vimos, en su formalidad (declaración oficial o expresa). Simplemente, como hemos advertido, continuará reclamando que la limitación para el trabajo sea previsiblemente *a largo plazo o duradera* (pero no permanente –ni formal ni materialmente–). En resumidas cuentas, lo que constatamos de esta doctrina comunitaria, en contraste con la jurisprudencia española, es una evolución ampliatoria y extensiva de la tutela de la discapacidad<sup>28</sup>.

### 3. TUTELA: NULIDAD Y AJUSTES RAZONABLES.

La tutela dispensada por la Directiva 2000/78 alcanza, a lo que aquí interesa, a cualesquiera condiciones de empleo y trabajo, incluido el despido (art. 3.1, c). Consecuentemente, si el objeto de aquélla es establecer un marco general para luchar contra la discriminación (art. 1), la consecuencia de que se produzca tal vulneración será, en relación al despido (o el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba), la nulidad de tal medida (art. 15).

Ahora bien, como expresamente reconoce la norma comunitaria, la misma “no obliga a (...) mantener en un puesto de trabajo (...) a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate (...), sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad” (Considerando 17 en relación al art. 2.2, b, *ii*) y art. 5). Es decir, no sólo se admitirán diferencias de trato negativas previas por parte del legislador nacional (siempre y cuando sean objetivas, justificadas y proporcionadas, art. 4 Directiva)<sup>29</sup>, sino también, en lo que nos interesa, la posibilidad de despedir a la persona con discapacidad cuando, tras realizar –en su caso– ajustes razonables, se acredite esa pérdida grave de utilidad de la prestación del trabajador, pues al no ser adecuado para seguir prestando servicios (falta de rendimiento, disponibilidad-asistencia, etc.), no permite a su empresa un mínimo de rentabilidad y le perjudica a su producción<sup>30</sup>.

Adviértase pues, en relación a los ajustes razonables (art. 5 Directiva y 2 Convención-ONU) que, de un lado, son esenciales al objeto de valorar la existencia de discriminación, porque garantizan la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, por lo que, de no procurarlos, corresponderá la nulidad de la medida (en nuestro caso, la extinción). Ahora bien, de otro lado, no se exigen en todo

<sup>27</sup> Sobre esa discriminación transferida, MUÑOZ RUIZ, A.B., “El caso Coleman...; cit., pp. 331 y ss.

<sup>28</sup> RUIZ CASTILLO, M.A., “Discriminación por causa de discapacidad...; cit., pp. 638 y 663 y ss.

<sup>29</sup> Véase la STJ, de 22/05/2014 (C-356/12, *Glatzel*), y la crítica a la misma en PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Discapacidad...; cit. También admitiendo otras excepciones (edad, sexo, etc.), *vid.*, STJ de 13/09/2011 (C447/09, *Reinhard Prigge vs Lufthansa AG*), o de 26/10/199 (C-273/97, *Sirdar*).

<sup>30</sup> Criticando esta limitación a la tutela y la no traslación, por tanto y por contraste, de la dispensada, en todo caso, al embarazo o el sexo, RUIZ CASTILLO, M.A., “Discriminación por causa de discapacidad...; cit., pp. 651-653 y (respecto a la admisión como legitimador del despido de otros motivos) 681 y 682. Subrayando también esa menor tutela de la discapacidad, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., *Colectivos destinatarios...; cit.*, p. 235.

caso, sino cuando en atención a las circunstancias concretas, no supongan una carga *excesiva* para el empresario<sup>31</sup>. De todo ello, deben retenerse las siguientes ideas clave:

*Primera*, que la discriminación se produciría no sólo por la directa extinción del contrato del trabajador con discapacidad sin constatar su falta de aptitud o competencia para el puesto que viene desempeñando, sino también cuando, constatada ésta, no se hayan procurado esos ajustes razonables (como también recuerda la Convención-ONU 2006, art. 2, y plasma el art. 63 RD-Leg. 1/2013)<sup>32</sup>. En otras palabras, la no adopción de tales medidas implicará que sus consecuencias (faltas, bajas, menor rendimiento, etc.) sean imputables no al trabajador, sino a su empresa y, por tanto, que la extinción del contrato con base en ellas pueda considerarse contraria a la Directiva (nula)<sup>33</sup>.

*Segunda*, que tal exigencia no es absoluta, sino cuando sea razonable por no suponer una carga excesiva, lo que dependerá de las posibilidades ordinarias de llevarlas a cabo en función de la situación concreta que rodea a la empresa. En todo caso (art. 5, 2º *in fine* Directiva) la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades. Como puede fácilmente deducirse de los términos empleados por la norma, para resolver si la carga es excesiva, será preciso un ejercicio de casuismo y atender a las concretas circunstancias del caso, en particular, por ejemplo (Considerando §2 1): los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. *v.gr.*, incentivos al mantenimiento, apoyo y otros recursos -PRL-, etc.)<sup>34</sup>. Ahora bien, y en sentido contrario, al ser una exigencia general, no cabrán ni apriorismos ni exclusiones y sin que puedan condicionarse (en cuanto garantía del principio de igualdad) según el grado de afección del discapacitado<sup>35</sup>.

Y *finalmente*, que tales medidas deben procurarse por expresa exigencia de tal principio, esto es, porque es consustancial a la nueva concepción (social) de la discapacidad y, por tanto, de la lucha contra su discriminación que prevé la Directiva, sin que por tanto deba venir previamente impuesto por alguna disposición o acuerdo interno. De lo que se deduce que corresponderá al obligado (empresa) justificar esa carga excesiva que le impide la adaptación y, como reverso, que permitirá aportar al trabajador afectado elementos probatorios o indiciarios en sentido contrario. Todo ello, sin perjuicio de que sea exigible a los Estados dictar una regulación que obligue a toda empresa a procurarlas –o, al menos, que no las limite a ciertas empresas o discapacitados–, y sin que en tal sentido sean suficientes las meras medidas públicas de incentivo o apoyo (pues las mismas sólo sirven para excluir el carácter de excesivo de la carga que la medida implica y, por tanto, para que pueda entenderse exigible)<sup>36</sup>.

Respecto a cuáles sean esas medidas necesarias a adoptar para cumplir el mandato de la Directiva, y en línea con su interpretación no restrictiva (reforzada por la Convención-ONU), se señala que no puede deducirse que se haya pretendido limitar las medidas a adoptar, más al contrario, deben entenderse en un sentido amplio y abarcar las posibles (razonables) y además que sean adecuadas (eficaces y prácticas). Conforme

<sup>31</sup> STJ de 11/07/2006 (C-13/05, *Chacón Navas*).

<sup>32</sup> Se entiende así que los ajustes son una consecuencia y no un *prius* o elemento constitutivo de la incapacidad; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRERO, M., “Discapacidad...”; cit.,

<sup>33</sup> STJ, de 11/04/2013 (C-335/1 I y C337/1 I, *Ring-HK Danmark*).

<sup>34</sup> STJ, de 11/04/2013 (C-335/1 I y C337/1 I, *Ring-HK Danmark*). También, art. 40 RD-Leg. 1/2013.

<sup>35</sup> STJ, de 04/07/2013 (C-312/1 I, *Comisión contra Italia*). Distintas serían las medidas de acción positiva, que sí justificarían distinciones; ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona...”; cit.

<sup>36</sup> STJ, de 04/07/2013 (C-3 12/11, *Comisión contra Italia*). *Vid.* art. 27.1, h-i Convención-ONU.

a tal planteamiento (*ex* Considerandos § 16 y 20), la exigencia incluye a cualesquiera modificaciones y adaptaciones, pues el único límite es que no impongan una carga desproporcionada o indebida<sup>37</sup>: por tanto, alcanzará a medidas tanto técnicas o materiales (*v.gr.*, adecuación del espacio o el equipamiento, aportación de medios, etc.) como de organización del trabajo (*v.gr.*, sobre tiempo –incluida su reducción–, asignación de funciones o tareas según las necesidades de los empleados, formación, etc.).

#### **4. SEGUNDO AVISO: EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL INCAPAZ PERMANENTE**

Es oportuno recordar “la trascendencia de la diferencia entre discapacidad (...) y la incapacidad”, pues aquélla es una limitación compatible con el trabajo (se es capaz de trabajar, pero con salvedades), mientras que ésta supone su imposibilidad<sup>38</sup>. Como decíamos, la relevancia de esta distinción tiene efectos en la tutela de la Directiva, pues ésta “tiene como finalidad que una persona con discapacidades pueda acceder al empleo o tomar parte en él” (asunto *Ring-HK Danmark*), lo que difícilmente puede ocurrir con quien por su situación está completamente excluido de la actividad profesional. En otras palabras, la norma comunitaria ampara a la persona con discapacidad, pero obviamente no puede impedir que se despidan a quien es incapaz de desempeñar actividad profesional.

Por eso es importante precisar desde ahora que la declaración de incapacidad permanente (IP) no excluye la capacidad de trabajar, ni siquiera su compatibilidad con el trabajo, como lo deja patente la regulación de Seguridad Social al respecto (art. 198 LGSS) y su interpretación<sup>39</sup>. Y del mismo modo, que la tutela antidiscriminatoria no puede condicionarse a que la persona no vea afectada su aptitud para el trabajo, pues precisamente este aspecto es intrínseco al concepto de discapacidad, de forma que no sería admisible considerar que la garantía del art. 4.2, c) LET “está prevista para una minusvalía sin repercusión para la aptitud para el trabajo”<sup>40</sup>.

En las siguientes líneas pretendemos hacer ver que el TS persiste en esa criticable línea jurisprudencial poco permeable y atenta a la tutela exigible a las personas con discapacidad, en concreto ahora, respecto a los casos más evidentes: los trabajadores afectados con una IP, especialmente los así declarados (pese a que, recordemos, eran los que sí consideraba como discapacitados). Y por ello mismo, plantearemos una solución interpretativa más acorde.

<sup>37</sup> *Vid.* SSTJ, de 04/07/2013, cit. y de 11/04/2013 (C-335/11 y C337/11, *Ring-HK Danmark*).

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRERO, M., “Discapacidad...”; cit.

<sup>39</sup> Al respecto, COSTA REYES, A., “Despido ilícito e imposibilidad de readmisión sobrevenida por la declaración de incapacidad permanente”; TD, 47/2018, pp. 42 y ss. Y sin perjuicio de la línea más restrictiva que ha implicado la STS de 26/04/2017 (rec. 3050/2015) –y la Consulta 13/2017, de 02/08/2017 del INSS (JUR 2017/216266).

<sup>40</sup> Sin embargo, así lo señala la STS, de 22/11/2007 (rec. 3907/2006).

## 5. EL DESPIDO DEL IP EX ART 49.1, E) LET A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2000/78/CE

### 5.1. Fundamento y operatividad del precepto. Crítica

El art. 49.1, e) LET prevé como causa de extinción del contrato de trabajo el fallecimiento del trabajador o, respecto a lo que aquí interesará y sin perjuicio de lo previsto en el art. 48.2 LET, su gran invalidez o IP total o absoluta (GI, IPT, IPA, respectivamente). Las razones que tradicionalmente han venido a explicar esta previsión serían, de manera resumida<sup>41</sup>:

Por un lado, sobre el caso de fallecimiento del trabajador, tiene declarado el TS que el contrato queda definitiva y automáticamente extinguido por el óbito como lógica y obvia consecuencia derivada entre otras razones, del carácter *intuitu persona* del contrato de trabajo (art. 1161 CC): desaparecido la parte contratante laboral, no se podrá exigir al empresario recibir la prestación o el servicio de un tercero. Y, por otro lado, en cuanto a la IP en alguno de tales grados (IPT, IPA o GI -*vid.* art. 194 en relación a la D.T. 26ª LGSS-), tradicionalmente se ha fundamentado en el imposible cumplimiento por el trabajador de la prestación convenida en razón de motivos extraños a su voluntad y a la del empresario (*ex art.* 1184 CC)<sup>42</sup>.

Respecto a la operatividad del precepto, cabe advertir que la jurisprudencia ha pretendido uniformizar la solución dada a tan diversas situaciones (fallecimiento e IP), de tal modo que en ambos casos concluye que la relación laboral se encuentra extinguida automáticamente, *ipso iure*, esto es –en lo que a nosotros interesa–, con la mera declaración formal y firme de la IP en alguno de esos grados<sup>43</sup>. Conforme a dicho criterio interpretativo, deduce el TS que: **a)** esta causa extintiva no requiere actividad probatoria empresarial sobre su incidencia en el trabajo (a diferencia, *v.gr.*, de la ineptitud sobrevenida *ex art.* 52.1, a LET). Igualmente, **b)** tan sólo se debe comunicar al trabajador que el contrato laboral terminaba en razón precisamente a dicha causa (declaración de IP), pero sin que la misma deba revestir formalidad alguna (escrita, preaviso, etc.), ni seguirse para su procedente formulación un procedimiento similar al del despido. Y **c)** no implica ningún tipo de indemnización, al menos para el caso de la IP.

De lo señalado nos parece oportuno hacer algunas consideraciones críticas:

*Primera*, hay que subrayar la radical diferencia de situación entre la muerte del trabajador y su mera declaración en situación de IP. Por ello, extrapolar las consecuencias y soluciones de aquélla a ésta no parece acertado, pues aquí el trabajador-contratante no ha desaparecido.

*Segunda*, en todo caso, rechazamos la justificación sobre la que se basa la extinción *ex art.* 49.1, e) LET en relación a la IP, pues no es cierto que su explicación se deba a la imposibilidad del trabajador de cumplir la prestación debida como consecuencia de la pérdida cierta de su aptitud para desarrollar la actividad comprometida, sino que se basa sólo en la formal y firme declaración de IP en tales grados, como queda patente al comprobar que su aplicación no será admitida cuando se pretenda para quien,

<sup>41</sup> En extenso, COSTA REYES, A., “Despido ilícito e imposibilidad...”; cit., pp. 46 y ss.

<sup>42</sup> ESTEVE SEGARRA, A., “Muerte, incapacidad y jubilación del trabajador”, en AA.VV. (ALBIOL, Dir.), *Extinción del contrato de trabajo*; Tirant lo Blanch, 2011 (en *Tirant online*, TOL2.049.048).

<sup>43</sup> Por todas, STS de 20/10/1986 (RJ 1986\5 852).



encontrándose materialmente en tal situación, no está oficialmente reconocido como tal<sup>44</sup>. A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que dicha declaración de IP lo es desde un plano general y abstracto, sin tomar en consideración las peculiares circunstancias que puedan concurrir en el caso (habilidades adaptativas propias, implementación de mejoras tecnológicas o instrumentales en la actividad –generales o en su empresa–, etc.), de modo que puede ocurrir que el trabajador en concreto sí pueda seguir desempeñando su actividad profesional, y sin que ello se deba a una mejoría en su capacidad ni a un error de diagnóstico al declararle en IP en tales grados. Del mismo modo, si bien es cierto que la declaración en un grado de IP como los indicados presupone la falta de adecuación para, al menos, las tareas fundamentales de la profesión habitual (o para toda profesión, IPA), ello no significa, en todo caso, que el trabajador no sea competente o no esté capacitado o disponible para desempeñar las del puesto que venía realizando, por cuanto que la ineptitud y la IP se mueven en planos profesionales distintos (éste en relación a la idea de *profesión –habitual–*, aquella, respecto al concreto puesto)<sup>45</sup>. En resumen, aún con tal declaración en IP, ello no es concluyente respecto a que el trabajador pueda seguir en su actividad o hacerlo con la introducción de algún cambio. Y, en definitiva, tal precepto laboral manifiesta el evidente anacronismo que implica extrapolar un concepto de Seguridad Social (más cercana a la visión médica) al ámbito laboral (al que le sería exigible una perspectiva propia del modelo social)<sup>46</sup>.

Y *tercera* –y en todo caso–, lo que no parece admisible es considerar extinguida la relación laboral sin exigir, al menos, similares garantías que para cualquier otro trabajador que puede ver afectada gravemente su capacidad laboral (*v.gr.*, art. 52.a) LET, *ineptitud*). Un apunte más al respecto, y precisamente por lo razonado más arriba respecto a la exigencia de declaración formal de IP, se llegó a señalar que, con el reconocimiento al trabajador de la pensión, éste puede ver cubiertas (al menos parcialmente) sus necesidades de subsistencia, lo que de alguna forma también explicaría el menor rigor o carga para el empresario de esta causa de extinción<sup>47</sup>. Ni que decir tiene que esta justificación, aparte de responder a otro momento histórico, no sólo no es suficiente ni acertada, sino que no se sostiene desde la perspectiva de la Directiva y, por tanto, no parece admisible una interpretación del precepto cuestionado como la que viene sosteniendo la jurisprudencia y la doctrina judicial<sup>48</sup>.

## 1.2. Vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Efectos

Debemos comenzar recordando que, por expresa previsión legal (art. 4.2 RD-Leg. 1/20 13), a los trabajadores declarados en alguno de los grados que justifica la extinción *ex art.* 49.1, e) LET se les reconoce expresamente como discapacitados. Lo dicho no ignora, como advertimos *supra*, que la mera declaración como discapacitado conforme al Derecho interno no implica su consideración como tal a efectos de la Directiva<sup>49</sup>. Sin embargo, en el caso que analizamos parece que no habrá duda en que sí sea, pues

<sup>44</sup> SSTS 26/01/1993 (rec. 1610/1992); y de 13/06/1988 (RJ 1988\5277) y 27/06/1983 (RJ 1983\3050). GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., *Colectivos destinatarios...*; cit., p. 187.

<sup>45</sup> Por todas, STSJ de Asturias, de 30/06/2016, rec. 1309/2016.

<sup>46</sup> También, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., *Colectivos destinatarios...*; cit., pp. 187 y 188. 4 7 Por todas, SSTS de 19/10/1993 (rec. 2265/1992), y de 11/05/1994 (rec. 3082/1993).

<sup>47</sup> Sin embargo, parece desconocerse que es posible que el trabajador no tenga interés en ser declarado en IP o en el grado que finalmente se le califica, o que, en todo caso, prefiera seguir prestando servicios (por razones económicas, profesionales, etc.); STSJ Navarra, de 28/04/2000 (nº 150. Rec. 141/2000).

<sup>48</sup> Contundentes, sobre la no admisibilidad de ese trato peyorativo en el despido del discapacitado, aunque goce de otro tipo de ventaja, SSTJ de 06/12/2012 (C - 152/11, *Odar*) y de 19/09/2018 (C-3 12/17, *Surjit Singh Bedi*).

<sup>49</sup> STJ 18/01/2018 (C-270/16, *Ruiz Conejero*).

lo que acreditan tales grados es que la disfuncionalidad afecta seriamente a la capacidad laboral de manera previsiblemente definitiva o con una duración incierta y a largo plazo (*ex art. 193.1 LGSS*), y sin perjuicio de que, como venimos de señalar, no tenga por qué afectar al trabajador de manera significativa en el concreto puesto. En otras palabras, sin ser necesariamente los declarados discapacitados equivalentes en todo caso a los de la Directiva, es claro que los que están en IP lo son, pues sus dolencias obstaculizan o limitan el pleno desarrollo de las actividades laborales de manera persistente.

Pues bien, a diferencia de éstos últimos, cualquier trabajador que, por circunstancias sobrevenidas, vea afectada de manera permanente su capacidad laboral (incluido quien encontrándose con el mismo diagnóstico no pudiera ser declarado como tal por no acreditar los requisitos para ser beneficiario de la prestación de IP -*v.gr.*, falta de carencia, art. 195 LGSS), no podrá ver extinguido su contrato sin que la empresa acredite y formalice adecuadamente el despido por tal ineptitud sobrevenida (art. 52.a LET)<sup>50</sup>.

La conclusión, como hemos intentado explicar, es que las razones que fundamentan el art. 49.1, e) LET y la operatividad que nuestros tribunales le atribuyen, son manifiestamente contrarias a la tutela de las personas con discapacidad, pues además de arriba señalado, lejos de protegerlas en el empleo, el precepto en cuestión facilita y favorece su expulsión laboral (debido a la apuntada diferencia de trato: automática y sin indemnización). En resumidas cuentas, tal precepto hace de peor condición a quienes –sin duda– son discapacitados a efectos de la Directiva, ya que el resto de trabajadores tendrá un sistema extintivo más garantista en cuanto a forma y fondo (acreditación objetiva y concreta de la causa), y con derecho a una indemnización en todo caso (*ex arts. 52, a) y 53 LET*).

Como resultado de lo señalado, tanto la extinción realizada por la empresa como el propio art. 49.1, e) LET (o al menos su interpretación judicial), deberían ser consideradas contrarias al ordenamiento comunitario (Directiva 2000/78/CE<sup>51</sup>. Por consiguiente, entiendo necesaria una solución más acorde y ajustada<sup>52</sup>: O bien procurar una “*interpretación conforme*” de tal precepto<sup>53</sup>, esto es, “tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional (*e*) interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido”<sup>54</sup>. En nuestra opinión es algo factible, pues al no existir previsión expresa distinta ni respecto al procedimiento ni a la indemnización<sup>55</sup>, parece posible conectar el art. 49.1, e) con el art. 52, a) LET, y en consecuencia aplicar la previsión y exigencias del mismo y del art. 53 LET.

O bien, de entender que esa interpretación no es posible (*v.gr.*, por ser *contra legem*), la solución nos remite a la cuestión de la aplicación directa de la Directiva. Al respecto debemos recordar que, en principio y en abstracto, no sería posible, pues tal norma europea

<sup>50</sup> Por la cita judicial, también, MEGÍAS BAS, A., “Despido por causas objetivas: ineptitud sobrevenida”; REDT, 205/2018, p. 285.

<sup>51</sup> Sobre el tema, DESDENTADO DAROCA, E., “El despido del enfermo y la STJ de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”; IL, 3/2017. Por todas, SSTJ de 11/04/2013 (C-335/1 1 y C-337/1 1, *Ring-HK Danmark*), y de 01/12/2016 (C-395/15, *Daouidi*).

<sup>52</sup> Sobre las soluciones judiciales en estos casos, STS 06/04/2017 (rec. 3566/2015).

<sup>53</sup> Sobre la *interpretación conforme*, *vid.* ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación...”; *cit.*, pp. 353 y ss.

<sup>54</sup> STS 17/10/2016 (rec. 36/2016) y STJ 15/01/2014 (C-176/12, MA). El *subrayado* es nuestro.

<sup>55</sup> A diferencia de lo acontecía en los supuestos sobre indemnización en casos de extinción del contrato temporal, donde al contemplar el art. 45.1, c) LET expresamente una solución, llevó a ciertos tribunales a rechazar una interpretación que justificase aplicar la indemnización prevista en otro precepto (art. 53.1, a LET) -y sin perjuicio de poder reclamar al Estado la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que ocasiona la falta de la adecuada transposición de la Directiva-; por todas, STSJ, Andalucía/Málaga 16/11/2016 (rec. 1539/2016).

no puede, “por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada como tal en su contra”. Consecuentemente, si no existiera previsión en la norma interna o interpretarla conforme a ella diera ese resultado *contra legem*, lo que cabe al afectado en principio y como regla, es reclamar una indemnización del Estado<sup>56</sup>. No obstante, existe una excepción a esta limitación a la eficacia directa entre particulares, la llamada *eficacia horizontal* plena, y que estimamos que también podría admitirse (al ser claros los términos de la Directiva 2000/78/CE, haberse agotado el plazo de su transposición y encontrarse afectados los principios fundamentales de la UE, en este caso, el de igualdad y no discriminación –por razón de discapacidad–). En tal situación, y aunque de manera breve, debemos recordar que realmente lo que cabría sería el llamado “*efecto de exclusión*” (al afectar a principios comunitarios plasmados en la Directiva, etc.)<sup>57</sup>, y, por tanto, el tribunal español debería (sólo) no aplicar la norma interna (esto es, el art. 49.1, e) LET), directamente, “sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia (...)”<sup>58</sup>. Avanzando algo más en esta solución, en nuestro caso, “mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad sólo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada”<sup>59</sup>. Es decir, en principio y una vez más, aplicar las reglas del despido objetivo (art. 53 LET), pues, no lo olvidemos, la causa de la resolución del vínculo laboral (declaración de IP en alguno de los grados previstos, art. 49.1, e) TRLET) no es atribuible ni imputable al trabajador, sino a circunstancias no queridas por él y ajenas por completo a su voluntad<sup>60</sup>. Subsidiariamente, de no estimarlo así, otra opción sería aplicar las reglas y calificación del despido disciplinario, por cuanto que éste “tiene una poderosa *vis atractiva* sobre otras causas de extinción por voluntad unilateral del empresario, que es en lo que consiste cualquier despido, independientemente de los motivos justificadores que se aleguen”<sup>61</sup>. En consecuencia, y en todo caso, el resultado es la nulidad del despido del trabajador en IP *ex* 49.1, e) LET por discriminatorio (*ex* arts. 53.4 o 55.5 LET).

Por terminar este apartado, debemos recordar que, incluso aun siendo posible una interpretación conforme del art. 49.1, e) LET, si éste es susceptible de entenderse de una manera contraria al Derecho comunitario (como de hecho está ocurriendo), será exigible un cambio normativo en todo caso, al estar España incurriendo en incumpliendo de sus obligaciones comunitarias de transposición por razones de seguridad jurídica (claridad y precisión)<sup>62</sup>. Y en definitiva, lo que corresponde es suprimir la previsión del art. 49.1, e) LET, al menos en lo que a la IP se refiere, por cuanto que el art. 15, a) Directiva establece que “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar porque se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato*”.

<sup>56</sup> STJ de 07/08/2018 (C-122/17, *Smith*). Ver nota anterior.

<sup>57</sup> SSTJ, de 19/04/2016 (C-441/14, *Dansk Industri*) y de 19/06/2010 (C-555/07, *Kücükdeveci*). Excluyéndolo por no concurrir aquellos requisitos, la STJ, 17/03/2015 (C-533/13).

<sup>58</sup> En extenso, SSTJ de 19/04/2016 (C-441/14, *Dansk Industri*) y de 19/01/2010 (C-555/07, *Kücükdeveci*). Subrayando que no precisa plantearse la cuestión prejudicial para dejar sin aplicación una norma interna contraria al Derecho de la Unión; STC 232/2015, de 5 de noviembre de 2015.

<sup>59</sup> STJ, 09/03/2017 (C-406/15, *Milkova*).

<sup>60</sup> SSTs de 12/07/1983 (RJ 3773/1983) y de 29/09/1986 (RJ 5193/1986).

<sup>61</sup> Por todas, STS, de 18/07/2014 (rec. 1119/2013).

<sup>62</sup> ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del Derecho...”, cit., pp. 370 y 371.

## 6. ¿IDONEIDAD DE LA EXTINCIÓN *EX ART. 52.1, A) LET?* LOS AJUSTES RAZONABLES

Como venimos señalando, en los casos de que la capacidad laboral del trabajador se vea afectada de manera permanente (singularmente, aunque no sólo, en los casos de IP, tanto material como formal y en cualquiera de sus grados), parece poco dudoso afirmar que nos encontremos ante una situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Ciertamente, y centrándonos en los casos de IP, ya hemos explicado que, en cualesquiera sus grados (art. 194 en relación a DT 26ª LGSS), concurren los elementos que configuran tal discapacidad, pues se da una limitación u obstáculo a largo plazo, derivada en particular de dolencias, para el ejercicio de una actividad profesional y, por tanto, que impide al afectado la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Recordemos además que, como señalara el TJ, la discapacidad no debe ser excluyente (imposibilidad) de la actividad laboral, sino que basta que implique una afectación o limitación parcial (dificultad), de modo que puede no le permitiese hacerla plenamente<sup>63</sup>.

Por otro lado, también señalamos que no se impide el despido de un trabajador que vea minoradas con posterioridad sus facultades laborales iniciales, pues no es exigible en todo caso el mantenimiento de un contrato de trabajo cuando –precisamente por los efectos laborales de dicha afección– “no se considere rentable por parte de la empresa”, y sin que ello implique *per se* discriminación, “ya que el despido no se ha producido en atención a una minusvalía sino por su repercusión en la aptitud (...) para poder trabajar”<sup>64</sup>. En otras palabras, incluso en el caso de un declarado en IP, sería factible su despido por ineptitud sobrevenida (art. 52.1, a) LET)<sup>65</sup>.

Ahora bien, para que dicha extinción fuera lícita en un caso como el que estamos tratando (persona con discapacidad por encontrarse en situación de IP), serían exigibles dos condiciones: *una*, general, que la pérdida de capacidad laboral revistiese cierta intensidad y se acreditase en el caso concreto<sup>66</sup>. Y *otra*, específica, por tratarse de una persona con discapacidad, y es que previamente se hayan llevado a cabo, en su caso, los *ajustes razonables* en el trabajo.

En relación a la *primera*, significa que la pérdida permanente de aptitud justificativa ni puede ser cualquiera ni se presume por la mera situación de IP. Se entiende así, por un lado, que ni siquiera garantice la lícita extinción por esta vía la IP parcial (IPP), ya que la misma –*a priori* y sin mayor detalle– no impide al trabajador desempeñar las funciones fundamentales de su actividad, sino tan sólo una disminución genérica del rendimiento en su profesión habitual (DT 27ª LGSS)<sup>67</sup>. Y por otro lado, que la IP *ex* LGSS se refiere a la afectación de la abstracta capacidad laboral del trabajador (*v.gr.*, en su profesión habitual), mientras que la causa del 52.1, a) LET debe incidir sobre las funciones que desarrollaba; en otros términos, una y otra operan en planos distintos, y por tanto, aquélla no implica

<sup>63</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona...; cit.

<sup>64</sup> Por todas, STS, de 29/01/2001 (rec. 1566/2000). Expresamente respecto a un trabajador que pudiera calificarse como discapacitado a efectos de la Directiva, STSJ Cataluña, de 13/03/2014 (rec. 373/2014).

<sup>65</sup> Por exigirse que sea *permanente* no cabe aplicarse a los casos de IT; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo; Aranzadi, 2017, pp. 115 y 116.

<sup>66</sup> En extenso, TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”; AS, 3/2009 (BIB 2009/489).

<sup>67</sup> Véase, *v.gr.*, STSJ de Cataluña, de 07/10/1996 (nº 6358/1996), y por la síntesis de la doctrina y jurisprudencia al efecto, STSJ Madrid, de 11/11/2011 (nº 958/2011. Rec. 3368/2011). Igualmente, TOSCANI GIMÉNEZ, D. “La ineptitud causada por la alteración de la salud del trabajador”; GPRL, nº 78, 2011, pp. 43-45. Téngase en cuenta, además, lo contemplado en el art. 20.3, *in fine* LET.

necesariamente que no pueda seguir prestándose el trabajo comprometido inicialmente, de ahí que para la licitud de tal despido sea preciso probar en el caso concreto la ineptitud sobrevenida<sup>68</sup>.

Por lo que respecta a la *segunda*, y como adelantábamos, sería exigible del empleador que, antes del despido, llevase a cabo los *ajustes razonables*, al objeto de evitar que las barreras existentes en su trabajo sean las que a la postre impidan al trabajador mantener su empleo... salvo que aquellos le sean excesivamente onerosos<sup>69</sup>. Expresiones ambas (ajustes razonables y excesiva onerosidad) tan abiertas y ambiguas que se entiende que el TJ haya recordado que los “Estados miembros deben establecer en su legislación la obligación de los empleadores de tomar las medidas adecuadas, es decir, medidas efectivas y prácticas (~)”<sup>70</sup>.

Por tanto, corresponde en primer lugar analizar si nuestro marco regulador se ajusta a lo exigido (art. 2.1, b, *ii* en relación al art. 5 Directiva). Y de inicio advertimos que no parece que la LET responda a lo reclamado, de ahí que tengamos que indagar si se cubre con base en otros preceptos laborales menos generales, pues en caso contrario, será preciso acudir a la cláusula general prevista en el art. 40 RD-Leg. 1/2013. Así pues, y aunque de manera breve, nos referimos ahora a las normas laborales específicas o sectoriales o incluso convencionales que, a nuestro parecer, mejor pudieran servir al cumplimiento de lo reclamado a los Estados:

- Comencemos por el RD 145 1/1983 (cap. 1). Como se sabe, y en relación al art. 52.1, a) LET, en aquél reglamento sólo se señalan algunas medidas de nuestro interés y respecto a un supuesto muy concreto: trabajador declarado en IPP (para los casos de IPT o IPA, tan sólo prevé el derecho, si mejoran en su capacidad laboral como IPP, a una preferencia absoluta en caso de vacante, es decir, presumiendo que se extinguió su contrato *ex art.* 49.1, e LET). Pues bien, a los efectos que aquí interesa, cuando la patología del trabajador en IPP implique disminución de rendimiento (advirtiéndose que con ello se refuerza la idea antes planteada que la IP opera en un marco distinto a la ineptitud), podrá el empresario reducirle el salario (dentro de un límite). Obsérvese, de un lado, que aun siendo un derecho para el trabajador el aceptarla, tal propuesta devendría en obligatoria para la empresa; pero, de otro lado, que tal medida lo que pretende es hacer menos gravosa para la empresa el emplear al trabajador declarado en IPP, y no tanto proteger al trabajador con discapacidad (*ex IPP*), pues como ya adelantábamos, tal grado de IP no justifica por sí la extinción por ineptitud, y por tanto, incluso sin lo previsto en el señalado RD, tampoco hubiera podido, *a priori*, despedirlo.
- Por lo que se refiere a la LPRL, debemos referirnos a lo contemplado respecto a los trabajadores con especiales sensibilidades (arts. 15 y 25 y ss.)<sup>71</sup>. Sobre las medidas allí previstas, y partiendo de las propias limitaciones propias

<sup>68</sup> Por todas, STSJ de Asturias, de 30/06/2016 (rec. 1309/2016). Lo mismo ocurre con la mera calificación de *no apto* por parte de los servicios de prevención, ya que sólo puede justificarlo (vincular) cuando tal declaración venga contrastada y fundamentada, y sin perjuicio de admitir prueba en contra por parte del trabajador; STSJ Aragón, de 21/02/2018 (nº 89/2018).

<sup>69</sup> También, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida”; DRL, 5/2018, pp. 528-530.

<sup>70</sup> STJ, de 04/07/2013 (C-3 12/11, *Comisión vs Italia*).

<sup>71</sup> *A priori*, no existe problema en calificar como TES a quien se encuentra en una situación de incapacidad para el trabajo. Sobre la amplitud del TES, *vid.* COS EGEA, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”; AS, 12/2010 (BIB 2010/2164).

del objeto de esta norma, concluimos que su exigibilidad requiere que la empresa conozca la discapacidad (especial sensibilidad) del trabajador y que alcanzará, en lo que aquí interesa, sólo a ciertos supuestos de trabajadores en IP: aquellos en los que puesto de trabajo que venía desempeñando con anterioridad pudiera acarrear algún riesgo personal o a terceros. Sólo en esos casos, repetimos, pudiera reclamarse la adaptación al puesto. Con todo, si tiene mayor interés para nosotros qué pueda implicar esa adaptación, ya que se viene interpretando que, además de medidas materiales o técnicas, puede suponer otras de carácter organizativo (v.gr., en el horario), al punto de que, de no ser factible la adaptación del puesto, podría plantearse el cambio a otro que sea compatible con su situación, eso sí, siempre y cuando existan vacantes en esos otros<sup>72</sup>. Obsérvese que esta exigencia no es meramente teórica, sino que se trata de una norma imperativa, por lo que el empresario no puede limitarse a despedir por ineptitud sobrevenida sin haber acreditado, en su caso, el procurar cumplir esa obligación<sup>73</sup>.

- Y finalmente, a las previsiones legales señaladas podría añadirse el supuesto de que una norma sectorial o convenio colectivo de aplicación prevea, entre otras medidas<sup>74</sup>, que el trabajador en IP (al menos, y generalmente, total) pase a una segunda actividad; esto es, el derecho de dicho trabajador a ser reubicado en un puesto con una actividad compatible con su situación laboral (incluso de su profesión habitual)<sup>75</sup>. En estos casos, además del limitado alcance subjetivo (para ciertos sectores y en general, sólo en caso de declaración formal de IPT), se plantea el problema de que, reclamada la reubicación por el trabajador, no se proceda a la misma. La solución dada a esto último varía en función de la causa de tal negativa;

- A) si ello se debe a la falta de voluntad de la empresa, se viene considerando como un despido y se califica como improcedente<sup>76</sup>. Sin embargo, como venimos defendiendo, tal conclusión no sería acertada a la luz de la Directiva, pues en esos casos, al tratarse de untrabajador con discapacidad (*ex* IPT/IPA), tal actuación empresarial y por tanto la extinción, debiera ser considerada como nula.
- B) cuando se deba a la inexistencia de puesto vacante adecuado al momento de producirse la situación, nuestros tribunales se remiten a lo previsto en el acuerdo o norma de aplicación<sup>77</sup>. A falta de tal previsión, se viene señalando por la jurisprudencia que lo razonable sería mantener al trabajador en una especie de excedencia hasta que existiera un puesto vacante compatible<sup>78</sup>. Desde nuestro punto de vista, ante tal falta de previsión, la solución en el caso que planteamos no debiera ser esa excedencia, pues tal resultado creemos que está muy condicionado por las peculiaridades de los casos resueltos (relativos la Administración Pública),

<sup>72</sup> En extenso, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., “Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de prevención”; AS, 7/2011 (BIB 201 1\1463).

<sup>73</sup> Por su claridad, *vid.* SSTSJ Madrid, 14/01/2013 (rec. 4701/2012) y de 07/12/2016 (rec. 741/2015), y STSJ Asturias, de 30/06/2016 (rec. 1309/2016).

<sup>74</sup> *Vid.* LLORENS ESPADA, J, “El tratamiento convencional de la discapacidad, invalidez e ineptitud sobrevenida”; TD, 6/20 17. Sin duda, como señala el autor, las limitaciones con que se contemplan restringen en demasía las escasas posibilidades que ofrecen.

<sup>75</sup> COSTA REYES, A., “Despido ilícito e imposibilidad...”; *cit.*, p. 43.

<sup>76</sup> Por todas, STS, de 29/06/2010 (rec. 4239/2009). En la doctrina judicial, STSJ País Vasco, 07/05/2013 (rec. 652/2013), y STSJ Andalucía/Granada, de 13/03/2013 (rec. 190/2013).

<sup>77</sup> Al respecto, SSTS de 21/03/2000 (rec. 1324/1999) y de 01/07/2009 (rec. 2816/2008).

<sup>78</sup> Tomando como base las SSTS, de 04/04/2006 (rec. 310/2005), y de 03/11/2009 (4314/2008).

por esa razón, y en aras a evitar los perjuicios que implicaría esta situación *sine die* para la empresa y también para el trabajador (pérdida de salario, sin extinción indemnizada ni prestaciones por desempleo, etc. ), pudiera entenderse que, si aquella recolocación no es previsible en el corto plazo, sea admisible el despido *ex art. 52.1, a) LET*.

Una vez analizada la regulación específica señalada, y sin perjuicio de que pudieran existir otras previsiones normativas o convencionales de mucho menor alcance, lo cierto es que ante tan escueto panorama, podemos concluir que este marco laboral no cubre la exigencia comunitaria, pues no impone al conjunto de los empleadores la obligación de adoptar, cuando sea necesario, tales medidas, de acuerdo con las necesidades de situaciones concretas, a favor de todos los discapacitados y respecto a los diferentes aspectos del empleo y las condiciones de trabajo. No obstante, como ya aventuramos, si analizamos en conjunto el ordenamiento español, y en particular, el mandato amplio que contempla el RD-Leg. 1/20 13 (singularmente los arts. 40 y 66.2 -supletorio del laboral, art. 64.3), creo que sería acertado afirmar que España cumple con la imposición a las empresas de tal obligación genérica<sup>79</sup>.

El resultado es que, aunque no se concretan para todos los ámbitos las medidas en que consista el ajuste razonable, no hay incumplimiento o falta de una adecuada transposición de la Directiva y, por tanto, en caso de un trabajador con discapacidad (*ex IP*), serán exigibles a la empresa cambios o modificaciones necesarios y adecuados. Por tanto, lo que resta ahora es determinar su concreción, para lo cual, además de la norma (como ya hemos visto en ese marco específico), la negociación colectiva puede y debe jugar un papel de interés en la fijación tanto de las medidas como de lo que se entienda por carga excesiva. En todo caso, con o sin dicha concreción, la obligación empresarial debe implicar cualesquiera medidas razonables que sean efectivas y prácticas, ya afecten a aspectos técnicos (distribución de locales, adaptación de equipos, etc.) o de organización del trabajo. Entre estas últimas debieran incluirse (extender) las que hemos visto en las normas y convenios referidos (*v.gr.*, cambios de turno, reducciones de jornada, cambios de puesto –dentro o fuera del grupo profesional e incluso con movilidad geográfica–)<sup>80</sup>, y por tanto, su exigibilidad no debiera condicionarse a que una norma específica o convenio las imponga en concreto<sup>81</sup>, sino por ser consecuencia derivada de la Directiva y de la genérica y abierta obligación que impone el ordenamiento español en su conjunto<sup>82</sup>.

Ahora bien, siendo éstos los ajustes posibles, queda por saber cuándo son *razonables*, esto es, necesarios y adecuados que no impongan una carga desproporcionada o indebida a la empresa (art. 2 Convención-ONU). Sobre el particular, debe advertirse que la formulación y la amplitud con la que el TJ contempla las medidas exigibles, parecen implicar una especie de presunción a favor de que puedan reclamarse las medidas citadas y cualesquiera otras. Por tanto, sólo en caso de que la empresa acredite que tal ajuste le supone una carga excesiva, podrá excluir el carácter discriminatorio de la extinción del contrato del trabajador, y en su caso, proceder lícitamente al despido *ex art. 52.1, a) LET*<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Así, CAG, de 19/10/2017, asunto C-270/16 (*Ruiz Conejero*), § 34. Vid. la diferencia con lo ha ocurrido con Italia, STJ, de 04/07/20 13 (C-3 12/11, *Comisión vs Italia*).

<sup>80</sup> Sobre la posibilidad de utilizar los poderes empresariales (movilidad funcional, de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y/o de la movilidad geográfica), sin necesidad de sujetarse a las reglas en ellos previstos, precisamente porque “se hallaba justificada en el cumplimiento de una obligación legal de ineludible cumplimiento para la empresa”; STS de 18/12/2013 (rec. 2566/20 12) -referido a LPRL. También, TOS CANI GIMÉNEZ, D., “La ineptitud causada...; cit., pp. 47 y 48.

<sup>81</sup> Condicionándolo, por todas: STSJ Castilla y León/Valladolid, de 20/06/2016 (rec. 946/2016).

<sup>82</sup> *Vid.*, indicando algunos ejemplos que engloban los referidos en este estudio, STJ, de 04/07/20 13 (C-3 12/11).

<sup>83</sup> STS, de 22/02/2018 (rec. 160/2016).

A tal efecto, es importante tener en cuenta para valorar esa carga, como indicábamos, las ayudas y otras medidas de compensación que el ordenamiento español prevé (aunque la empresa no las haya solicitado), así como los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción<sup>84</sup>.

En caso contrario (esto es, a falta de acreditación suficiente de la carga excesiva y la proporcionalidad en relación al perjuicio para el trabajador discriminado), el efecto debería ser, no la improcedencia, sino la nulidad del despido.

## **7. TERCER AVISO: EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y BAJAS POR IT DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD EN EL ART. 52.D) LET.**

### **7.1. Trabajador despedido con ocasión de la IT y discriminación por discapacidad: La enfermedad como limitación a largo plazo o previsiblemente duradera.**

Como planteábamos al inicio de este trabajo, el TJ no excluye que un trabajador enfermo o accidentado pueda ser considerado como discapacitado a efectos de la Directiva 2000/78/CE, si bien exige que la limitación que ello le provoca sea previsiblemente duradera o a largo plazo. Por el interés que tiene ahora para nosotros, dedicamos este apartado a analizar el alcance que pueden tener los términos *previsiblemente* y *a largo plazo*, debido a su posible efecto respecto a los trabajadores en IT despedidos.

Al respecto, debe recordarse que, tras el asunto *Ring-HK Danmark*, nuestro TS irá poco a poco teniendo que “matizar o precisar” la jurisprudencia que negaba toda equiparación entre discapacidad y trabajador enfermo o accidentado a efectos de considerar discriminatorio su despido con ocasión de su situación de IT, de modo que finalmente terminará por afirmar que acepta tal equivalencia a resultados de la Directiva cuando la limitación que acarrea la patología sea de larga duración<sup>85</sup>. No obstante, tenemos la impresión de que tal conformidad es más formal que real porque, como ahora pretendemos poner de manifiesto, cuando interpreta y aplica qué sea “limitación de larga duración” parece evidenciarse una nueva resistencia por parte de nuestro Alto Tribunal de procurar el espíritu y finalidad de la tutela antidiscriminatoria de las personas discapacitadas, al punto de que, en la práctica, el despido del trabajador con ocasión de su incapacidad laboral no encontrará mejor protección ahora que conforme a las anteriores y muy limitadas excepciones admitidas por el TS para romper la rígida regla de que tal despido deba calificarse como improcedente y no como nulo<sup>86</sup>.

En otras palabras, *aceptando* que el concepto de discapacidad *ex* Directiva es el fijado por el TJ para todo el ámbito comunitario y que, en consecuencia, el mismo puede

<sup>84</sup> Quizás sería oportuno, para aligerar tales cargas, que la regulación española (a diferencia de lo previsto actualmente, art. 29.3 RGAE) contemple que en los casos de bajas derivadas de una discapacidad no existiera obligación de empresarial de cotizar durante las mismas o al menos no respecto a las contingencias profesionales y/o por IT (de manera similar a como se recoge en ciertos casos de bonificaciones, reducciones a la cuota u otras ayudas a la cotización, o con un lógica similar a lo que los art. 152 y DT 7<sup>o</sup> LGSS establece para quienes prolongan su vida activa -aunque en estos lo que acontece va más allá, pues excluye la cotización por contingencias comunes, salvo por IT, durante esa prolongación). Igualmente, podría excluirse total o parcialmente el pago directo o delegado (art. 102 LGSS y OM de 25/11/1966).

<sup>85</sup> Primero de pasada, STS de 25/11/2014 (rec. 2344/2013), ya con rotundidad, STS de 22/02/2018 (rec. 160/2016).

<sup>86</sup> Sobre tales excepciones en la doctrina del TS (con amparo de la STC 62/2008), vid. ITURRI GARATE, J.C., “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, Trabajo y Derecho, Monográfico 6/2017. Y podríamos añadir la resuelta en la STS de 31/01/2011, (rec. 1532/2010): cuando existe una amenaza o coacción directa



amparar en ciertos casos a un trabajador despedido con ocasión de su IT, “el punto de fricción interpretativa queda desplazado a la determinación de si (*la*) «duración» de las deficiencias (...) son lo «suficientemente prolongadas»<sup>87</sup>.

Para explicar esta nueva reacción u obstáculo a lo que entendemos viene deduciéndose de la doctrina comunitaria, debemos apuntar que el propio TJ afirmó que corresponde al órgano judicial del Estado miembro determinar “si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter duradero, ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico”<sup>88</sup>. Pues bien, partiendo de esa atribución, las estrictas exigencias fácticas que el TS reclama para que en caso de IT concorra una *limitación a largo plazo*, a la postre, terminarán por reproducir su tradicional enfoque, en exceso restrictivo cuando no cercano al médico-formal<sup>89</sup>. Ciertamente, a la hora de valorar ese carácter duradero lo hará casi en contraposición a un concepto técnico-médico de IT (art. 45.1, c LET en relación a los arts. 169 y 174 LGSS). El resultado será, por un lado –y a nuestro parecer–, una cierta confusión entre la baja por IT y la limitación en la actividad, pues el TS considerará exclusivamente<sup>90</sup>:

- i) el tiempo que media entre la concreta baja y su alta, sin tomar en consideración ni las bajas anteriores o posteriores que no se aleguen en la carta de despido, ni las secuelas no incapacitantes, pero sí limitativas, que pudieran tener lugar con posterioridad al alta (*v.gr.*, que precise rehabilitación, etc.)<sup>91</sup>.
- ii) las ausencias por la idéntica dolencia recogida en cada IT; es decir, sin indagar o cuestionarse, en los casos de pluralidad de partes de baja, si las dolencias que los provocan simplemente reflejan síntomas o consecuencias diversas de una misma patología o de los fármacos para paliar el dolor que ésta provoca (*v.gr.*, degeneración discal-lumbar que conllevarán bajas por mareos, vómitos, etc.<sup>92</sup>; la obesidad mórbida provocará bajas por lesiones en las articulaciones, insuficiencia renal o respiratoria, diabetes, etc.). En definitiva, excluyendo dar unidad a las bajas reiteradas, pero breves, que aún con manifestaciones diversas, puedan responder a la misma causa.
- iii) las bajas efectivas, sin tomar en cuenta el riesgo futuro que para la capacidad laboral implica la causa última de las mismas (*v.gr.* enfermedad crónica).

Por otro lado, ese enfoque excluirá que la limitación se considere *a largo plazo* cuando a la fecha del despido no se haya agotado el periodo máximo de la IT o no exista “resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro”<sup>93</sup>. Adviértase que con tal afirmación el TS parece entender no sólo que los elementos de prueba sobre ese carácter

---

al trabajador para que se incorpore (alta) y abandone el tratamiento médico y la situación de IT, aunque aquí lo que se violenta el art. 15 CE.

Comparto la idea de que -quizás- esa visión tan limitada de la tutela esté muy condicionada por la distinción que en nuestro Derecho se mantiene entre igualdad y no discriminación y que no es trasladable al ordenamiento comunitario; magníficamente expuesta en RUIZ CASTILLO, M.A., “Discriminación por causa de discapacidad...; cit., pp. 633-635 y especialmente 638 y ss.

<sup>87</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, I., “La enfermedad o dolencia...; cit.

<sup>88</sup> STJ de 01/12/2016 (C-395/15, *Daouidi*).

<sup>89</sup> También, RUIZ CASTILLO, M.A., “Discriminación por causa de...; cit., nota. 107 y pp. 665 y 666.

<sup>90</sup> *Vid.* SSTS de 03/05/2016 (rec. 3348/2015), y de 21/09/2017 (rec. 782/2016). Como viene a señalar RUIZ CASTILLO (“Discriminación por causa de discapacidad...; cit., pp. 665 y 666), falta una adecuada diferenciación entre incapacidad que genera protección social (o acción positiva) y discapacidad a los efectos de la Directiva.

<sup>91</sup> También crítico, BELTRÁN DE HEREDIA, I., “La enfermedad o dolencia...; cit.

<sup>92</sup> Como hizo la casada STSJ Galicia, de 722/12/2015 (nº 395/2015. Rec. 3689/2015).

<sup>93</sup> STS, de 15/03/2018 (rec. 2766/2016), que anula y casa la sentencia de suplicación que, confirmando a su vez la del juzgado de lo social, consideró nulo el despido.

serán exclusivamente los existentes al momento del acto presuntamente discriminatorio (el despido), y no el estado que presente el trabajador posteriormente<sup>94</sup> (*v.gr.*, y como ya ha sido ignorado en algún caso, que llegado el día del juicio se acredite que finalmente se agotó el plazo máximo de IT); sino también, que termina por circunscribir la discapacidad a efectos de la Directiva a los criterios temporales y formales que llevan a considerar que técnicamente ya no se está en situación IT (bien por agotar el plazo máximo –art. 174 LGSS– o bien –como podríamos inferir del término *resolución* que emplea–, por haberse resuelto la situación como o con propuesta de IP –art. 193 LGSS en relación al art. 13 Orden 18/01/1996–).

Como decimos, sólo de una lectura interesada o limitativa en exceso de la doctrina del TJ en esta materia pueden entenderse la interpretación sostenida por el TS, amparándose quizás en de aquellas resoluciones del Tribunal comunitario en las que recuerda que el estado de IT, aunque pueda considerarse “de duración incierta, (...) no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera»”<sup>95</sup>. Sin embargo, observada con detenimiento y en su contexto, podemos comprobar que lo que el TJ pretende señalar es que, de un lado, no es admisible a efectos de la Directiva una equiparación absoluta entre IT de duración incierta y la limitación duradera o a largo plazo exigida, pero también que lo subraya porque, precisamente y de otro lado, la Directiva no excluye –*per se*– que una persona en situación en IT conforme al Derecho interno pueda considerarse discapacitada a efectos de la Directiva. Consecuentemente, lo que cabe deducir es que no es un dato necesario para calificarla como tal el que haya concluido el plazo formal de la IT (advírtase que exigirlo, además, nos llevaría a la diversidad de soluciones en función de cada ordenamiento interno y, por tanto, contrario al efecto útil).

Ciertamente, si bien el TJ remite a los tribunales nacionales la comprobación de los datos fácticos, eso no significa que no aporte elementos interpretativos sobre qué deba entenderse por limitación a largo plazo o previsiblemente duradera, en particular, desvinculándolos de aspectos formales nacionales o excesivamente rígidos. Se entiende así (asunto *Daouidi*) que considere como indicio de ese carácter duradero el que, “en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva *bien delimitada* en cuanto a su finalización *a corto plazo* o el que dicha incapacidad pueda prolongarse *significativamente* antes del restablecimiento de dicha persona. Como decimos, de ello se infiere una doctrina que parece ir en sentido distinto al planteado por nuestro TS, pues lo que viene a significar es que no es preciso que se acredite que la incapacidad será a largo plazo (recordemos que nuestro Alto Tribunal parece incluso exigirlo formalmente –*resolución*–), sino más acertadamente, que se admite lo contrario: puede considerarse duradera si al momento del despido no queda claro su finalización a corto plazo. A mayor abundamiento, cabe recordar que, aunque otra conclusión se pretenda de la segunda parte de su disyuntiva (“o prolongarse *significativamente*”), el TJ tomó como referencia de la misma las conclusiones del Abogado General (CAG), cuyo sentido no era imponer un periodo muy prolongado de manera absoluta, sino que la limitación, en los casos de accidente, persista “más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre” (§47)<sup>96</sup>.

Toda esta doctrina comunitaria ha llevado a algunos autores a “sugerir una suerte de presunción en favor del carácter duradero de la enfermedad, salvo que de las circunstancias

<sup>94</sup> STSJ Cataluña 12/06/2017 (rec. 2310/2017).

<sup>95</sup> STJ de 01/12/2016 (C-395/15, *Daouidi*).

<sup>96</sup> Subrayando la oportunidad de haberse explicado tal criterio para dar claridad a lo que debe entenderse como *a largo plazo*, BELTRÁN DE HEREDIA, I., “La enfermedad o dolencia...; cit.

se deduzca lo contrario<sup>97</sup>. Sin llegar a ese extremo, lo que sí parece razonable es excluir aquellas exigencias temporales y formales requeridas por el TS, entre otras razones, porque en el propio asunto *Ring-HK Danmark* ya se había admitido como enfermedad *discapacitante* aquella que provoca bajas en diversas ocasiones dentro de un periodo total inferior a 6 meses, y para darle identidad consideró como causa general o única de las mismas a efectos de la Directiva los “dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento” (y no las concretas dolencias de cada parte de baja); y finalmente, porque “no se pudo efectuar ningún diagnóstico en cuanto a la perspectiva de reanudar una actividad profesional” en plenitud.

En definitiva y a efectos de la Directiva, se califica a una persona con diversas bajas por IT como con discapacidad considerando: *a)* un *largo plazo* referido no sólo a la duración de la baja en sí (más propio de los casos de accidente), sino también de la propia **patología** causante de la limitación (enfermedades crónicas o sin tratamiento<sup>98</sup>); *b)* un **tiempo** en IT que no sólo no agota sino que es mucho más breve que nuestra duración máxima (545 días); *c)* un **diagnóstico de conjunto**, sin detenerse en las concretas dolencias en las que se manifiestan las bajas, pues lo relevante es que vengan motivadas por la misma causa (*vid.* también el asunto *Ruiz Conejero*); y *d)* un juicio que versa no sobre la previsible durabilidad de la dolencia, sino más acertadamente, sobre que no es **predecible la inmediata reanudación en los mismo términos**.

Esto último ha de ponerse en conexión con que “el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio” (*v.gr.*, asunto *Daouidi* §53), pues creemos que permite cuestionar el sentido dado por el TS (valorando sólo la duración de la IT hasta el despido o negando todo interés a la situación posterior). Ciertamente, en nuestra opinión y en casos como el que venimos tratando aquí (despido de un trabajador con ocasión de su IT), lo que el TJ está planteando con todo ello es que para valorar si concurre el carácter duradero, será en el momento del despido cuando deba realizarse el análisis *ad futurum* de la dolencia (repetimos, no del tiempo –pasado– que lleva en IT); ahora bien, para ello son admisibles cualesquiera pruebas que puedan arrojar luz sobre cuál era la situación en ese momento, incluso las obtenidas con posterioridad, pues lo que se excluye es, simplemente, resolver ese carácter en atención al estado de salud que presenta el trabajador en una fecha posterior<sup>99</sup>. En todo caso, lo que no resulta admisible es “pretender que opere la tutela únicamente cuando ya ha transcurrido un largo plazo de baja médica, so pena de hacer mejor condición a quien despide para evitar que la larga enfermedad proteja al trabajador”<sup>100</sup>.

Tras este acercamiento a la cuestión, veamos ahora cómo la criticada posición del TS termina limitando la tutela que debería recibir el trabajador despedido *ex art. 52.d) LET* con ocasión de sus diversas bajas por IT. Adviértase que el problema puede afectar tanto al discapacitado formal, cuya deficiencia le provoca ulteriores bajas por IT; como a quien,

<sup>97</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona...”; cit.

<sup>98</sup> *Vid.*, la STSJ País Vasco, 26/09/2017 (nº 1882/2017. Rec. 1734/2017), que considera como duradera la limitación provocada por enfermedades crónicas consistente en alergias y asma ocupacional provocada por una sustancia empleada en la actividad.

<sup>99</sup> De igual modo, tampoco debe tenerse en cuenta que, posteriormente, el trabajador haya sido dado de alta por curación, ITURRI GARATE, J.C., “La extinción del contrato...”; cit. Este autor entiende que, en todo caso, habría que considerar hechos posteriores a ese momento para confirmar que la limitación es duradera (como por otro lado, planteó en CAG de 26/05/2016, *Daouidi* - § 50-, y así ha sido resuelto finalmente por la SJS nº 33 de Barcelona, de 23/12/2016, nº 472/2016; proc. 1219/2014).

<sup>100</sup> Voto particular a la STSJ Cataluña, de 01/07/2014 (nº 4753. Rec. 956/2014). En los mismos términos, CAG, de 26/05/2016, *Daouidi*, cit.

sin serlo, sufra una patología que de forma reiterada e intermitente le provoca diversas bajas breves.

## 8. FALTAS DE ASISTENCIA POR IT DEL *DISCAPACITADO*, ART. 52.D) LET Y DOCTRINA DEL TJ.

Como es sabido, contamos ya con algún pronunciamiento del TJ sobre la adecuación del art. 52, d) LET a la Directiva 2000/78/CE<sup>101</sup>. De su doctrina se concluye la posible discriminación indirecta que tal precepto puede implicar para el trabajador que, conforme a lo señalado en el apartado anterior, se considere con discapacidad, ya que “puede estar más expuesto al riesgo de que se le aplique (...) que un trabajador sin discapacidad, dado (*el*) riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad y, de este modo, (...) acumular días de baja (...)” (asunto *Ring-HK Danmark*).

Por tanto, y conforme a lo previsto por la Directiva (art. 2.2, b),i), el art. 52, d) LET (y su aplicación) sólo superará la tacha de discriminatoria en estos casos si la misma puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y además, los medios para su consecución son adecuados y no van más allá de lo necesario. Respecto a lo primero, entiende el TJ que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad plausible. Para lo segundo, resolver si la medida es adecuada, reclama analizar, por un lado, los costes reales que esas ausencias justificadas implican para la empresa, y por otro, si la medida tiene, “respecto a los empresarios, el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo” de la persona con discapacidad (asunto *Ring-HK Danmark*). Sin perjuicio de apuntar que nuestro legislador podría hacer más para reducir los posibles costes<sup>102</sup>, lo cierto es que no parece que la medida responda a tal incentivo, entre otras razones, porque el art. 52, d) LET “se diseñó en un momento anterior a la preocupación actual por las personas discapacitadas”, sin que, por tanto, entonces se hubiera “planteado la incidencia específica de esa regla ‘neutra’ (...)”<sup>103</sup>.

En este sentido, es interesante subrayar que el TJ, en el asunto *Ruiz Conejero* recuerda que las ausencias por motivo de enfermedad excluidas del cómputo (superiores a 20 días o por enfermedad grave) “no cubren la totalidad de las situaciones de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78”. Así se ha evidenciado en algunos de los casos resueltos por el TS, donde considera ajustado el despido de una persona cuyas bajas venían motivadas por dolencias crónicas y degenerativas, ya que éstas no son en principio incluibles dentro del concepto de *otras enfermedades graves*, y porque, al ser intermitentes y breves, tampoco se da el carácter de *a largo plazo*<sup>104</sup>. Es más, como puede intuirse, el TS nunca se ha planteado, al menos, excluir del cómputo del art. 52, d) LET aquellas faltas que pudieran tener conexión con la discapacidad.

Desde nuestro punto de vista, esta interpretación del precepto puede ser contraria al orden comunitario, porque al no excluir del cómputo las ausencias debidas a las dolencias que se conectan con la “discapacidad”, se hace de peor situación al discapacitado, pues, como adelantábamos, corre un mayor riesgo de acumular días de baja y, por tanto, de

<sup>101</sup> STJ 18/01/2018 (C-270/16, *Ruiz Conejero*).

<sup>102</sup> Recordemos que la IT provoca costes en la empresa, tanto directos (pago directo de algunos días de la baja por contingencias comunes, pago delegado, pago de cotizaciones durante la IT, mejoras, etc.), como indirectos (dificultad de suplir ausencias cortas, imprevisibilidad para asignar tareas, etc.). *Vid.* nota 84.

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRERO, M., “Discapacidad...: cit.

<sup>104</sup> STS, 21/09/2017 (rec. 782/2016).

alcanzar el límite (...), y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad” vetada por la Directiva (art. 2.2, b)<sup>105</sup>.

En todo caso, y tal y como afirmábamos respecto al art. 49.1, e) LET, aun siendo posible una interpretación conforme de la norma, si la misma es susceptible de entenderse de una manera que sea contraria al Derecho comunitario (como ocurre en nuestro caso), será exigible el cambio normativo, al considerarse que el Estado está incurriendo en incumpliendo sus obligaciones por razones de seguridad jurídica (claridad y precisión)<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> A modo de ejemplo, y respecto precisamente al caso que dio lugar al asunto *Ruiz Conejero*, es declarando nulo el despido por esta causa, SJS nº 1 de Cuenca, de 07/03/2018 (nº 171/2018, rec. 861/2015). Cuestionado también la adecuación del precepto, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., *Colectivos destinatarios...*; cit.

<sup>106</sup> ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del Derecho...”; cit., pp. 370 y 371.

# **LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ.  
*Universidad de Jaén*

Ponencia específica presentada a la Ponencia general: *El Pilar Social Europeo ante un nuevo escenario económico*. Subtema específico: *Cláusulas socio-laborales, contratación en el sector público y libre prestación de servicios*.

## SUMARIO:

1. LA INTRODUCCIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS
2. EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES Y REGLAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN
3. LAS POSIBLES CONDICIONES ESPECIALES: LA VISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS Y DE RECURSOS CONTRACTUALES
4. CONCLUSIONES

**RESUMEN:**

Con carácter general, el artículo 18.2 de la Directiva 24/2014 incorpora como uno de los principios básicos de la contratación pública que *“los Estados miembros tomarán medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral”*.

En el mismo sentido, la Ley de Contratos del Sector Público incorpora esta obligación de los órganos de contratación, imponiéndoles, en virtud de su artículo 201, tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia social y laboral.

El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de los contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas, sino que redundan en el modo concreto de ejecutar la prestación contratada, sin perder de vista el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes en los que el principio de igualdad y no discriminación se convierte en elemento fundamental.

En este marco, el objeto del presente trabajo consiste en analizar las alternativas, facultades y obligaciones que impone la normativa para coadyuvar a la consecución de objetivos sociales a través de la actividad contractual en la fase final del proceso de contratación, en la que los mecanismos de control juegan un papel fundamental y en la que la práctica jurisprudencial y la doctrina establecen su relación con la regulación de los derechos.

**1. ANTECEDENTES: LA INTRODUCCIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**

Una de las principales actividades desarrolladas por los poderes públicos consiste en la contratación de obras, servicios, suministros y otras prestaciones para la consecución de los fines que les son propios. En este sentido, la acción contractual del sector público tiene una extraordinaria relevancia tanto desde el punto de vista de los recursos presupuestarios que consume como desde el impacto que dicha actividad genera en una economía de mercado. No en vano, según datos de la Comisión Europea la contratación pública representa aproximadamente un 20% del PIB a nivel europeo.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), transpuso al ordenamiento español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, tras una larga y no pacífica tramitación, salpicada por centenares de enmiendas aceptadas en el Congreso –no así las del Senado–, lo que genera notables incertidumbres sobre el alcance de algunas de las mayores novedades que presenta en el ámbito socio-laboral. Esta transposición se llevó a cabo con retraso, explicado por las vicisitudes políticas para la formación del gobierno. El marco en el que nace es la Estrategia Europa 2020, para la que la contratación pública resulta un

instrumento imprescindible en la consecución de un “crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. Por lo tanto, su finalidad básica es la de promover el dinamismo económico en el ámbito de las políticas de compra pública, en especial para dar mayor entrada a las pequeñas y medianas empresas (pymes) y autónomos (política de favor hacia el emprendimiento), así como la de dotar de mayor transparencia los procesos de contratación pública, con objeto de evitar la difundida corrupción en su seno. No obstante, siendo una norma económico-administrativa, presta especial atención a cuestiones de índole sociolaboral, que dispersa a lo largo y ancho de la larguísima norma legal (347 artículos, 53 disposiciones adicionales y 16 disposiciones finales) y que la hace acreedora de un análisis en el ámbito de las relaciones laborales y las políticas de mercado de trabajo.

Precisamente, este trabajo pretende realizar una ordenación de las cuestiones de esta naturaleza y que se esparcen en el texto legal, en lo que a condiciones de ejecución se refiere. Con carácter general, si bien el texto, a simple vista, puede parecer más continuista de lo que expresan las grandes expectativas creadas por su aprobación (pretendida solución de problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción o de la debilidad del control que venían derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración, o no, como Administración pública), pretende impulsar nuevas prácticas de gestión de la contratación pública que no solo doten de mayor seguridad jurídica y predictibilidad a un sector de tanta trascendencia económica y social, sino que podrá impregnarlo de enfoques sociolaborales. En consecuencia, el modelo de contratación pública subyacente aspira a ser mucho más transparente y eficaz, a la vez que más social.

### **1.1. Los previos de la Ley: antecedentes normativos comunitarios.**

La introducción de aspectos sociales en la contratación pública no es una cuestión novedosa, por más que pudiera parecerlo a tenor de la escasa práctica que suscita. Nos remontamos a casi veinte años, y como primer antecedente normativo en la materia podemos citar la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001, destinada a explicitar las posibilidades que ofrecía la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales en esta materia, Comunicación que continúa vigente. Con posterioridad, la Comisión elaboró “*Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*” de octubre de 2010 en la que se introducen nuevas pautas para la incorporación en la contratación pública de aspectos sociales y que denomina “compra pública responsable” en la que se incluye la “compra pública social” y la “compra ética y verde”.

Pero el valor de la contratación pública como instrumento para implementar políticas públicas de ámbito social, se refuerza en el documento “Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, que tiene como uno de sus tres objetivos básicos lograr una economía con un alto nivel de empleo y de cohesión social, por el que nace el concepto de “contratación estratégica”.

En este marco se aprobaron las Directivas “de cuarta generación” en materia de contratación. La Directiva 24/2014 establece el nuevo marco al que se debe someter la contratación administrativa en los Estados miembros de la Unión. Junto a esta, se aprobaron las Directivas reguladoras de la contratación en los sectores reservados, así como la Directiva reguladora de las concesiones de servicio. Este paquete normativo



establecía un mandato de transposición al derecho interno hasta el 18 de abril de 2016. Este plazo, como hemos comentado, fue incumplido por España, si bien, desde aquella fecha, fueron de aplicación automática los mandatos susceptibles de aplicación directa. Esta Directiva, en su considerando 2, impone a los Estados miembros la adopción de medidas efectivas que garanticen el cumplimiento de los compromisos sociales legal y convencionalmente establecidos y entiende que es necesario revisar y modernizar las normas sobre contratación pública con la finalidad de “*permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes*”.

Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia en el gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas en la misma, así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes.

Se advierte, pues, como veremos someramente, en el acervo comunitario, una evolución normativa constante con el objetivo de profundizar en una contratación socialmente más responsable que incorpore en los procedimientos de contratación objetivos específicos de política social, que fomenten la estabilidad y la calidad del empleo, la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, la inserción de las personas con discapacidad... Esta tendencia se plasma de forma expresa en estas Directivas, en áreas que se consideran esenciales, atendiendo a este objetivo con la inclusión de cláusulas sociales.

La nueva norma legal aspira a mejorar el régimen jurídico y, sobre todo, las prácticas de gestión de los contratos de obras, concesión de obras, servicios, suministros y contratos mixtos adjudicados por parte de sujetos pertenecientes al sector público. Para ello ha acogido una delimitación amplia de organismos del sector público, desbordando el típico ámbito público-administrativo (Administraciones públicas territoriales e institucionales), para incluir a buena parte del sector público-empresarial. De ahí que queden bajo este marco las fundaciones públicas participadas en un 50 % o más por sujetos pertenecientes al sector público, las universidades públicas, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, las entidades públicas empresariales, las entidades con personalidad jurídica creadas para satisfacer una demanda de interés general y los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos, y las corporaciones de derecho público que cumplan los requisitos para poder ser adjudicatarios. Complementariamente a esta visión estratégica de la contratación pública y en un intento de facilitar una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas de la lógica del mercado, se introduce en la norma la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter social o sanitario podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios<sup>1</sup>.

Frente a la burocratización se promovería la profesionalización del sector, Icaria siempre perseguida pero nunca lograda. El artículo 334 recoge la denominada Estrategia Nacional de Contratación Pública, que, sobre la aspiración de un –ideal– diseño coordinado entre todas las comunidades autónomas y las entidades locales, buscaría

---

<sup>1</sup> Un análisis general, en el marco del Derecho de la Unión Europea, en MOLINA NAVARRETE, C.: *El nuevo estatuto de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Wolters Kluwer, 2017, capítulo primero, págs. 69 y ss.

hacer de este enfoque profesional la pieza central tanto para mejorar la eficiencia económica de la contratación pública –que se quiere cada vez más electrónica– cuanto, por lo que aquí más interesa, para “utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación”. Sería el nuevo tiempo, pues, de las cláusulas sociales en todas las fases de los procesos de contratación, (fomento de la integración social de las personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación de exclusión social). Entre ellas, y con especial singularidad, sobresaldrían las más netamente de índole sociolaboral, esto es, las relativas a la protección de los trabajadores frente a las prácticas, extendidas, de *dumping* social<sup>2</sup>, y la consiguiente precarización de este empleo privado asociado a la prestación de servicios públicos.

## 2. EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES Y REGLAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN

Con carácter general, el artículo 18.2 de la Directiva 24/2104 incorpora como uno de los principios básicos de la contratación pública que “*los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral*”.

De la misma manera que la ley establece la introducción de cláusulas sociales en la fase de adjudicación –mucho más comúnmente– en la fase de ejecución también es posible el establecimiento de condiciones especiales de carácter social, ético o ambiental, con la condición de que estén vinculadas al objeto del contrato –tanto para contratista como para subcontratista, de esta manera no se utilizará la subcontrata como medio para evitar el cumplimiento de las cláusulas– y no sean discriminatorias e incompatibles con el Derecho comunitario. Siguiendo la técnica de listado, se establece una relación de condiciones posibles que pueden considerarse como condiciones especiales de ejecución pero que constituyen un *numerus apertus*. El legislador deja así en manos de los órganos de contratación la posibilidad de su introducción, considerando la obligatoriedad de las mismas. Se arbitran también, a lo largo de todo el texto, diversos medios de prueba verificables para que, en los contratos de suministro, la agricultura y ganadería ecológica, sostenible o desarrollada con criterios sociales y ambientales puedan favorecerse sin restricciones técnicas –etiquetas de cualquier tipo, informes externos, informes técnicos u otros medios de prueba–.

La incorporación a los Pliegos de condiciones de ejecución del contrato de carácter social, no puede ser, por tanto, pretexto para huir de los principios comunitarios que deben regir la contratación pública y muy especialmente el principio de no discriminación

---

<sup>2</sup> MIRANDA BOTO, J.M., *Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea*, Lex Social: revista de los derechos sociales, núm. 2, 2016, págs. 69-91; LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E., *La introducción del salario mínimo en la contratación pública: análisis jurisprudencial del TJUE y del TSJPV*, *Revista de Derecho Social*, núm. 71, 2015, págs. 125-146, y *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública*, *Jan Harremanak*, núm. 36, 2017, págs. 138-153.

entre licitadores. De ahí que la referencia a este tipo de consideraciones deba de quedar totalmente vinculada al objeto del contrato.

En esta línea, la comisión interpretativa del 15 de octubre de 2001<sup>3</sup> ya apuntaba que *“cabe señalar que resulta difícil imaginar cláusulas contractuales referidas al modo de ejecución cuando se trata de contratos de suministros, dado que el imponer cláusulas que requieren una adaptación de la organización, la estructura o la política de una empresa establecida en el territorio de otro estado miembro podría suponer una discriminación o constituir una restricción injustificada a los intercambios”*. Lo que subyace de esta consideración y debe mantenerse vigente, es la idea de que la introducción de condiciones especiales de ejecución no podrá interferir en la forma de organización de la producción de la empresa que se trate.

En este sentido, ya la LCSP de 2007 introdujo como novedad en nuestro ordenamiento las condiciones especiales de ejecución. Tales condiciones de ejecución del contrato tienen el propósito de establecer requisitos específicos en relación con la ejecución, de manera que, a diferencia de lo que ocurre con los criterios de adjudicación, que constituyen la base para la realización de una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas sino que redundan en el modo concreto de ejecutar la prestación contratada, con independencia de la identidad del contratista.

En cualquier caso, resulta inexcusable a la hora de establecer estas condiciones de ejecución, que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. De este modo se deduce que existen dos límites en la aplicación de las cláusulas contractuales de carácter social o “condiciones de ejecución del contrato”, en el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes, por un lado, el principio de igualdad y no discriminación y, por otro, el principio de publicidad.

Así, por ejemplo, no cabría encubrir como cláusulas sociales o condiciones especiales de ejecución consideraciones relativas al arraigo territorial de las empresas. En este sentido, el informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Aragón<sup>4</sup>, concluye que no es posible establecer una condición de ejecución que imponga a las empresas que los beneficios del contrato obtenidos por la empresa adjudicataria repercutan sobre un territorio determinado o se exija que se tribute por los mismos en dicho territorio, por considerar que tal cláusula o condición resulta directamente discriminatoria.

La Directiva 24/2014 en su considerando 104 señala, en relación con las condiciones especiales de ejecución que el propósito de estas *“es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de los contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. Las condiciones de ejecución de un contrato deben ser compatibles con la Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias o estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización”*.

<sup>3</sup> <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0566:FIN:ES:PDF>

<sup>4</sup> <https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos>

El artículo 70 de la Directiva indica a este respecto, que la posibilidad de establecer condiciones especiales de ejecución requerirá:

- Que tales condiciones estén vinculadas al objeto del contrato.
- Que se indiquen en la convocatoria de la licitación o en los pliegos de la contratación.

La LCSP 2017 incorpora y desarrolla la regulación de las condiciones especiales de ejecución en su artículo 202. Significativamente el título del precepto alude expresamente al carácter social, ético o medioambiental de tales consideraciones, lo cual justifica la importancia de esta cuestión. El establecimiento de estas condiciones especiales de ejecución requiere el cumplimiento simultáneo de cuatro requisitos:

- La vinculación permanente al objeto del contrato.
- Su condición de no discriminatorias directa o indirectamente.
- La compatibilidad con el derecho comunitario.
- La indicación expresa en el anuncio de licitación y en los pliegos reguladores de la misma.

Una novedad introducida en el trámite parlamentario de aprobación de la ley, consistió en añadir en este precepto la obligación en todo caso, del establecimiento de, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

De conformidad con el artículo 202 de la Ley y en relación con las consideraciones de carácter social relacionadas con el empleo, la vinculación de las condiciones especiales de ejecución se realiza, entre otras, con las siguientes finalidades, que se recogen de manera ejemplificativa y no exhaustiva:

- Dotar de efectividad a los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad.
- La contratación de un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional.
- La promoción del empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas en situación o riesgo de exclusión social a través de empresas de inserción.
- La aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo para la eliminación de desigualdades.
- Una mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar.
- Combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración.
- Favorecer la formación en el lugar de trabajo.
- Introducción de mecanismos de garantía de la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo, prevención de la siniestralidad laboral, además del cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables.
- Garantías de respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

- Otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

### **2.1. El control de las cláusulas de ejecución**

La efectividad de la incorporación de condiciones sociales o medioambientales a la contratación y, sobre todo, la consecución de los importantes objetivos públicos a las que están vinculadas obliga a establecer los necesarios mecanismos para su control y seguimiento.

Ni la Directiva ni la Ley concretan de qué forma se va a controlar el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia social o laboral. Sin embargo, nada impide que se pueda concretar este control a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares<sup>5</sup>.

En todo caso, la previsión del artículo 201 LCSP 2017 conecta con el artículo 129 del mismo texto que señala que el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad y la obligación de contratar un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serían aplicables a los trabajos efectuados en al obra o los servicios prestados durante la ejecución del contrato. En estos casos, según el apartado 2 del citado artículo, el órgano de contratación solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de las ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en tales materias.

En este ámbito del control, el artículo 202.3 regula las posibilidades que el órgano de contratación tiene respecto de los eventuales incumplimientos en el sentido siguiente: “los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71”.

A este respecto podemos sistematizar las opciones que se atribuyen al órgano de contratación en relación con estas condiciones especiales de ejecución, por un lado en la prevención de la imposición de penalidades por incumplimientos de estas condiciones especiales, con una remisión a las reglas que en la materia establece el art. 192 de forma que estas deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por cien del precio del contrato, IVA excluido ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato. Por otro lado, la posibilidad de considerar estas condiciones especiales como obligaciones contractuales esenciales a los efectos de que un eventual incumplimiento pueda dar lugar a la resolución del contrato por remisión al art. 211 f) LCSP 2017.

---

<sup>5</sup> Informe 16/2014 de la Junta Consultiva de Aragón. EDD 2014/168208. [http://online.elderecho.com/index.jsp?producto\\_inicial=\\*&indice=doctrina&nref=2014/168208](http://online.elderecho.com/index.jsp?producto_inicial=*&indice=doctrina&nref=2014/168208).

Una consecuencia del incumplimiento que puede asignarse en los pliegos es la concurrencia de una prohibición de contratar en relación al artículo 71.2 c) a que se refiere el art. 202.3 LCSP 2017. Las circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Entidades del Sector Público se derivan de “haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios”.

Igualmente, a fin de garantizar que la prestación contratada se ejecute en los términos requeridos con independencia de la existencia de subcontratistas, el artículo 202.3 LCSP 2017 prescribe la exigencia también a los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo, de todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato.

Los Órganos consultivos también tienen criterio en la cuestión. El informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón 16/2014 de 1 de octubre expresa que *“el establecimiento de cláusulas sociales en la contratación exige un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula y sus consecuencias y no la convierta en papel mojado. Así la primera medida a adoptar por la Administración contratante respecto de la condición especial en la fase de ejecución del contrato es la de su adecuado control y seguimiento, para lo que la figura del responsable del contrato se erige en pieza fundamental”*. Es evidente que la falta de seguimiento del cumplimiento de las cláusulas sociales puede provocar su pérdida de virtualidad. La importancia del control de la ejecución de los contratos fue puesta de manifiesto, igualmente, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que, al emitir informe sobre el Anteproyecto de la nueva Ley, recomendaba especificar en el texto el modo de control de dichas condiciones. Como considera este Organismo, este control resulta fundamental en la medida que un eventual incumplimiento podría dar lugar a la imposición de penalidades o restricción de derechos.

No debe perderse de vista que el incumplimiento de las condiciones sociales y/o medioambientales puede equivaler al incumplimiento mismo del propio contrato. Especialmente en la medida que dichas condiciones hayan sido relevantes para la adjudicación del contrato –como criterios– o que se incorporen a su contenido como obligaciones contractuales –como condición especial de ejecución–. Por tanto, es necesario su interiorización como auténticas obligaciones contractuales.

Es necesario, pues, una asignación clara de las responsabilidades de control de ejecución, que pueden establecerse de maneras diversas. Las opciones pasan por atribuir la competencia al responsable del contrato, o diseñar, en los propios procesos de contratación pública, unidades especializadas en el seguimiento y control de las cláusulas o incluso cabe la posibilidad de externalizar el control a través de un contrato de servicios. La decisión, en cualquier caso, está en manos de la administración en base a su potestad de auto-organización, debiendo tener en cuenta factores como la dificultad técnica de la actividad de control, su especialización en atención a las características del contrato, la necesidad de formación específica en la materia objeto de control o la necesaria independencia respecto del contratista.

### 3. LAS POSIBLES CONDICIONES ESPECIALES: LA VISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS Y DE RECURSOS CONTRACTUALES

Un breve recorrido por la doctrina jurisprudencial nos da una idea de la paulatina asunción de la introducción de criterios sociales en la contratación pública, marcada por una clara dialéctica entre el principio de libre competencia y contratación socialmente responsable, inclinándose la balanza a favor de la primera, que es quien establece los límites y los condicionamientos a la introducción de los criterios sociales en los procedimientos de contratación<sup>6</sup>. La jurisprudencia comunitaria es prolija y desde el año 1988, con el caso *Beentjes*<sup>7</sup>, fue sentando las bases jurídicas para la socialización de la política de compra pública<sup>8</sup> siempre que respeten los principios del Derecho de la competencia –publicidad, igualdad entre los licitadores, libre competencia entre empresas de los distintos Estados miembros–. Aunque en el ámbito más estrictamente sociolaboral, las libertades económicas frenaron este fin social, sobre todo por las limitaciones para establecer como condición, incluso de ejecución del contrato de obra pública, un “salario mínimo”<sup>9</sup>, que se han mantenido en el tiempo<sup>10</sup>, los pronunciamientos más recientes abrían nuevos espacios para esta tutela en sede de contratación pública de los salarios convencionales de sector, incluso a través de garantías incluidas en leyes “regionales”<sup>11</sup>. La sentencia establece la compatibilidad con la normativa que obliga a remunerar a los trabajadores de un contrato con un salario mínimo establecido, no entrando en colisión con el principio de libre prestación<sup>12</sup>. Esta cuestión ahondaba en la evidencia de creación de un marco europeo de protección social, apuntado en 2004 y reforzado en la Directiva 2014/24/UE, incluida en las “de cuarta generación”<sup>13</sup>.

Tampoco debería subestimarse el papel de la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, incluso en el ámbito sociolaboral, siempre que no supongan una contradicción de raíz con normas de rango legal en el ámbito laboral, como parece dar a entender la, ambigua y restrictiva, doctrina de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 220/2017, de 7 de junio. Esta resuelve un recurso presentado por la Asociación de Compañías de Seguridad Privada contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 3 de febrero de 2016, que había desestimado el recurso especial en materia de contratación contra pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios para protección de la seguridad en edificios municipales, cuestionando el criterio de preferencia incluido en el compromiso de aplicar durante la vigencia del contrato el convenio colectivo estatal vigente en todo lo referente a retribuciones<sup>14</sup>.

<sup>6</sup> ROMEO RUIZ, A., «Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, mayo-agosto de 2017, pág. 134.

<sup>7</sup> STJUE de 20 de septiembre 1988, asunto C-31/87.

<sup>8</sup> STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99.

<sup>9</sup> Célebre y polémica STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Rüffert*, asunto C-346/06.

<sup>10</sup> GALLEGO CÓRCOLES, I., «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 113, 2011, págs. 64-69.

<sup>11</sup> Sentencia RegioPost: STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14).

<sup>12</sup> *Vid.* CALVO GALLEGO, J., *De las migraciones por el empleo a las migraciones en el empleo: las normas como ventaja competitiva entre Estados y el riesgo de dumping social*, RTSS.CEF, núm. 416, 2017, págs. 17-51.

<sup>13</sup> BENACCHIO, G.A., *Verso le Direttive di quarta generazione*, en Benacchio, G. A. y Cozzio, M. (coords.): *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milán, 2012, pág. 8.

<sup>14</sup> Un interesante comentario en ÁLVAREZ CUESTA, H., *Un paso atrás en la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública como mecanismo preventivo de conflictos colectivos*, RTSS.CEF, núm. 415, 2017, págs. 196-201.

No solo la práctica jurisprudencial, también la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación y de los órganos de resolución de recursos contractuales han puesto de manifiesto, a lo largo de los últimos años, varias cuestiones relativas a las condiciones especiales de ejecución de carácter social, entre las que destacamos las siguientes:

### 3.1. Cumplimiento de la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales

No corresponde al ámbito de la contratación pública la regulación de los derechos de los trabajadores, por tanto, no cabe regular en los pliegos cuestiones que corresponden a la normativa laboral, así se recoge en la Resolución 16/2016 del Tribunal Administrativo Recursos Contractuales de Madrid<sup>15</sup>.

Las relaciones del adjudicatario de un contrato administrativo con sus trabajadores en régimen laboral se rigen por la legislación específicamente aplicable en dicho régimen, que suele ser principalmente el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios que sean de aplicación. Por tanto, queda fuera de las cláusulas que se introduzcan en un contrato administrativo, condicionar o restringir dicha normativa, práctica que excedería las facultades de la Administración. Así lo recoge el Informe 7/2015, de 15 de noviembre la Junta Superior de Contratación de la C. Valenciana<sup>16</sup>.

Se advierte expresamente que estas cuestiones se exponen desde la perspectiva de la actuación de la Administración contratante, en el marco de la legislación administrativa sobre contratación pública y sin perjuicio de las consideraciones aplicables en materia de Derecho Laboral o las que derivaran de la Jurisdicción Social. No en vano, esa misma cautela es frecuentemente apuntada por los órganos consultivos en materia de contratación administrativa cuando afrontan cuestiones de esta naturaleza.

En referencia a las obligaciones derivadas de las normas que regulan la prevención de riesgos laborales, la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado es similar en tanto que no considera conveniente la inclusión de cláusulas cuyo contenido ya se impone directamente por las normas jurídicas, pero considera admisible establecer obligaciones accesorias con la finalidad de asegurar el cumplimiento de determinadas normas jurídicas, *“aunque no tengan relación directa con la materia contractual”*<sup>17</sup>, así como vincular a su incumplimiento consecuencias y efectos sobre la relación contractual, aunque sean diferentes de los previstos en aquellas normas, siempre que no contravengan la legislación sectorial ni la contractual.

La Junta Superior de la C. Valenciana, en el informe ya citado, considera que cabría establecer el carácter esencial del cumplimiento de dichas obligaciones a los efectos de determinar la resolución del contrato en razón de un eventual incumplimiento.

### 3.2. Contratación de desempleados

Sobre la posibilidad de exigir la contratación de trabajadores desempleados con ocasión de un contrato como condición especial de ejecución, esta posibilidad fue admitida por la Junta Consultiva de Contratación de Aragón<sup>18</sup> en relación a la viabilidad

<sup>15</sup> <http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/Resolución-025-2016.pdf>.

<sup>16</sup> <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/01JuntasConsultivas/JSCA%20Valencia/JSCA%20Valencia%207-2015.pdf>.

<sup>17</sup> <http://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/junta%20consultiva%20de%20contratacion%20administrativa/informes/archivo%20historico/documents/informe%2014-10.pdf>.

<sup>18</sup> [https://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/15/docs/Areas/InformeActuacionesJuntaConsultiva/Informes/2009/INFORME6\\_2009.pdf](https://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/15/docs/Areas/InformeActuacionesJuntaConsultiva/Informes/2009/INFORME6_2009.pdf).



de exigir la contratación de trabajadores en función del volumen presupuestario de las obras, que la integración de aspectos la contratación administrativa, a través de la inclusión de cláusulas sociales, se convierte en instrumento para llevar a cabo diferentes políticas públicas, entre ellas las de empleo.

### 3.3. Subrogación del personal adscrito a la ejecución del contrato

Por su incidencia y conflictividad merece dedicar especial atención al alcance de prever obligaciones en relación con la subrogación<sup>19</sup> de personal empleado con ocasión de la ejecución del contrato, según lo dispuesto en el artículo 130 establece la obligación de subrogación, la información al órgano de contratación, la extensión de la obligación a los socios trabajadores de las cooperativas y a los trabajadores con discapacidad pertenecientes a un Centro Especial de Empleo, la misma obligación de subrogación para el caso de una Administración pública, la necesidad de incluir en el pliego la imposición de penalidades en caso de incumplimiento y las obligaciones relativas a las retribuciones de los trabajadores, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social.

A este respecto, y como principal novedad en relación con la regulación de 2011 se sustituye la referencia a que la obligación de subrogación se imponga por el contrato por la referencia a una norma legal o convenio colectivo. Se recoge así la doctrina<sup>20</sup> que consideraba que la obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego consignar esta cuestión a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad. Los informes de la Junta Consultiva Contratación Aragón 6/2012, de 7 de marzo, y 7/2014, de 2 de abril, inciden en estas cuestiones.

Podría plantearse si es posible que al margen de la normativa legal o convencional a través de los pliegos de la contratación se pudiera exigir, como condición especial de ejecución, la subrogación de personal. Este asunto fue objeto de revisión en la SAN (Sala de lo Contencioso) de 25 de mayo de 2015 en la que se consideró que la introducción de la obligación de subrogación a través de los Pliegos de Cláusulas Administrativas podía resultar admisible siempre que se configurara como voluntaria para los trabajadores afectados, por entender que dicha previsión quedaba amparada en el principio general de libertad de pactos y quedaba justificada por el interés público que subyace del principio de calidad en el empleo. Sin embargo, la LCSP 2017 dispone taxativamente que la subrogación venga determinada por una norma legal o el correspondiente convenio, por lo que quizá el criterio de la Sala se someta a revisión. Por tanto, la imposición de la referida subrogación en las relaciones laborales al margen de los supuestos anteriores difícilmente podría configurarse como una condición especial de ejecución por ser susceptible de afectar a la libertad de los licitadores para formular sus ofertas.

En la misma línea podemos citar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía 1/2016, de 27 de julio de 2017<sup>21</sup> que, con idéntica conclusión,

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones*, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 29, 2017, págs. 19-39. Para este criterio consolidado en la jurisprudencia contencioso-administrativa *vid.*, entre otras, las SSTS/Social de 4 de junio de 2013, rec. 58/2012; 20 de septiembre de 2010, rec.17/2010, y 14 de septiembre de 2015, rec. 191/2014.

<sup>20</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa*, en <ignasi-beltran.com> (13 de noviembre de 2017).

<sup>21</sup> [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes\\_comision\\_consultiva/17/10/Informe\\_1-2016.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/10/Informe_1-2016.pdf)

añade que corresponde a la jurisdicción laboral pronunciarse, en cada caso concreto, si se cumplen los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores para que proceda la subrogación de trabajadores en contratos de servicios celebrados por el sector público.

### **3.4. Condiciones de trabajo del personal adscrito a la ejecución del contrato**

En relación de las condiciones laborales del personal a emplear con ocasión de la ejecución del contrato, puede plantearse si es viable imponer una condición especial de ejecución tendente a mantener las condiciones de trabajo (jornada, salario y mejoras sobre legislación laboral básica) de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta.

La opinión de los órganos consultivos es que no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho de la Unión Europea, siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad. A esta cuestión respondió la Junta Consultiva de Contratación de Aragón en el informe 16/2014, de 1 de octubre ya citado. La problemática que podría suscitarse en relación a los contratos en los que se hubiera optado por reducir “a la baja” las prestaciones a cubrir respecto de un contrato anterior, quedaría limitada por la nueva ley al establecer la nueva valoración de las ofertas atendiendo a criterios cualitativos.

En relación con la exigencia como condición especial de ejecución de la aplicación de un convenio de ámbito estatal, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 663/2017, de 21 de julio<sup>22</sup> concluyó que no cabía su establecimiento. En la misma línea se pronuncia respecto de la condición especial de ejecución prevista en el Pliego de reconocer las condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo del sector con independencia del convenio colectivo que pudiera ser aplicable a los trabajadores de la empresa licitadora.

### **3.5. Condiciones especiales de ejecución en materia de promoción de la igualdad**

En cuanto a condiciones especiales de ejecución en materia de promoción de la igualdad, la Junta Consultiva de Aragón en su informe 14/2015, de 4 de noviembre<sup>23</sup> consideró viable la posibilidad de exigir como condición especial de ejecución la elaboración de un Plan de Igualdad en aquellos casos en que su elaboración no resultara obligatoria en función del número de trabajadores. Por otro lado, en los casos en que la elaboración de dichos planes resultara obligatoria, cabría establecer como condición especial de ejecución la obligación de justificar su implantación y someter su evaluación a control del órgano de contratación.

## **4. CONCLUSIONES**

Las reflexiones expuestas, en tanto que estrategias de implementación de políticas públicas, conforman un nuevo escenario más alineado con la finalidad de la nueva gobernanza pública que pueda servir para establecer una nueva gestión basada en el

<sup>22</sup>[http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202017/Recurso%200663-2017%20\(Res%20766\)%2008-09-2017.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202017/Recurso%200663-2017%20(Res%20766)%2008-09-2017.pdf)

<sup>23</sup>[https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02\\_Informes\\_Actuaciones/INFORME\\_14\\_2015\\_IGUALDAD\\_CALATAYUD.pdf](https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/INFORME_14_2015_IGUALDAD_CALATAYUD.pdf)

principio general de eficiencia, así como de buena administración social. En definitiva, la nueva Ley de Contratos del Sector Público supone, incluso con todas sus debilidades, una ventana para reconstruir el Derecho administrativo como garante del interés general al servicio de los ciudadanos y de una necesaria implicación en política social para alcanzar la necesaria transformación social.

Probablemente ello requiera avanzar hacia una nueva concepción del principio de libre competencia que integre los elementos sociales como valores para lograr una competitividad sostenible y racional entre los operadores económicos que permita un crecimiento integrador. No se trata, por tanto, de optar por quien garantice el mejor servicio a cambio del mejor precio, sino por quien garantice el mejor servicio a cambio del mejor precio dejando la menor huella posible en coste social, esto es, garantizando unas condiciones de empleo dignas, integrando a personas en situación de difícil empleabilidad, insertando laboralmente a personas con discapacidad y reduciendo las desigualdades de género. La empresa más competitiva será aquella que más integre socialmente logrando el mejor saldo coste-beneficio.

La incorporación de los criterios sociales se ha realizado de manera transversal, con la ampliación de las cláusulas sociales y la regulación de criterios de adjudicación y ejecución del contrato de manera que lo que esta ley ha pretendido el diseño de un sistema de contratación pública que asegure la eficiencia y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos. Persigue la consecución de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pymes y de defensa de la competencia.

En definitiva, se pretende reorientar la actividad contractual del sector público, como una acción estratégica que forme parte de la definición de las políticas públicas, pasando de una visión puramente economicista para convertirla en una herramienta para alcanzar los objetivos de integración social.

Citando la propia norma, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. A estos objetivos responde la nueva Ley de Contratos del Sector Público. El tiempo dirá si la nueva configuración es la adecuada.

# LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE EMBARAZO

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

*Profesor ayudante doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada (España)*

*«La igualdad entre los hombres y la mujeres será alcanzada  
cuando una mujer con la cabeza hueca pueda llegar tan lejos  
como un hombre con esa misma característica»*

Estella R. Ramey<sup>1</sup>

## SUMARIO:

1. LA RAÍZ HISTÓRICA DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL MUNDO DEL TRABAJO
2. LAS NORMAS LABORALES PROMOTORAS DE LA IGUALDAD
3. LA PROTECCIÓN DEL EMBARAZO COMO ELEMENTO TRANSVERSAL DE INTERÉS SOCIAL Y LA JURISPRUDENCIA QUE INTERPRETA SU PROTECCIÓN
4. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA DE LA MATERNIDAD EN LA NORMATIVA Y DOCTRINA ESPAÑOLAS
5. CONCLUSIONES Y ACTUAL ESTADO DE LA CUESTIÓN

---

<sup>1</sup> ESTELLE ROSEMARY RAMEY (Agosto, 1917 – Septiembre, 2006). Endocrina, fisióloga y feminista. Se hizo mundialmente conocida tras refutar la tesis del cirujano y líder del Partido Demócrata Edgar Berman quien defendía que las mujeres no eran aptas para ocupar cargos públicos debido a sus “desequilibrios hormonales”.

## RESUMEN:

La igualdad entre mujeres y hombres se configura como una de las metas perseguidas por la Unión Europea. Con el transcurso del tiempo, la normativa, la doctrina jurisprudencial y la adecuación de los Tratados han facilitado la consolidación de este principio, así como una mayor implantación en los países de la Unión. Las medidas para atajar la brecha salarial que persiste entre unos y otras se muestra como uno de los principales fines para alcanzar el objetivo propuesto. Sin embargo, existen otras fórmulas destacadísimas en la lucha contra la desigualdad como la protección del embarazo de la mujer trabajadora. Este planteamiento, que persigue atacar la discriminación que sufre la mujer trabajadora que opta por la maternidad, no sólo facilita la inserción laboral de la mujer sino que ofrece un alcance transversal incuestionable del que deriva un efecto reflejo sobre otras materias nucleares de nuestra sociedad. Conseguir salvar las situaciones discriminatorias que acompañan el empleo de la mujer trabajadora permite no sólo el loable objetivo de acercarnos a una situación deseable de igualdad de género en el ámbito laboral sino que, en mayor grado en nuestro país, contribuiría a superar los bajísimos índices de natalidad que amenazan no sólo la estabilidad futura sino el sistema de pensiones de las próximas generaciones.

## 1. LA RAÍZ HISTÓRICA DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL MUNDO DEL TRABAJO

El reconocimiento del alcance de la dignidad para todo ser humano es un valor propio de nuestro tiempo. Como puede contrastarse *«no cabe atribuir el reconocimiento del fundamento de los derechos humanos a la herencia de la Ilustración»* pues en lo que se refiere a la igualdad el factor referente siempre ha sido el varón blanco, siendo más débil el pensamiento que pudiera atribuirlo a la cultura griega o romana, o a la herencia religiosa<sup>2</sup>. Recordemos que ARISTÓTELES afirmó que *«entre los bárbaros, el esclavo y la mujer están en la misma línea»*; SANTO TOMÁS DE AQUINO *«como individuo la mujer es un ser endeble y defectuoso»* y el filósofo ERASMO DE RÓTTERDAM hablaba de la mujer como *«animal ciertamente estulto y necio, pero gracioso y placentero, de modo que su compañía en el hogar sazon[a] y endul[za] con su estupidez la tristeza del carácter varonil»*<sup>3</sup>.

En la actualidad para identificar el sistema normativo vigente que se articula en los países de nuestro entorno para enfrentarse a la discriminación hemos de recurrir a las instancias y organismos europeos. El Consejo de Europa (CdE) se muestra como una organización de carácter intergubernamental que surge a la finalización de la II Guerra Mundial. Sus objetivos, tal y como se describe en el Preámbulo y el artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa, entre otros, se identifican con la promoción del Estado de Derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social. Para la consecución de los fines propuestos en el año 1950 los Estados integrantes del Consejo de Europa aprobaron el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que se erige como el primer tratado de Derechos Humanos inspirado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>2</sup> MANGAS MARTÍN, A., "Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del Tratado constitucional", *Revista General de Derecho Europeo*, www.iustel.com, 2007, enero, núm. 12.

<sup>3</sup> DE ROTTERDAM, ERASMO, "Elogio de la locura o encomio de la estulticia", edición y traducción a cargo de Pedro Voltes, introducción de Juan Antonio Marina, Madrid, Espasa Calpe, 2008, 16ª ed.

Para hacer efectivos los objetivos propuestos el CEDH impone a los países miembros la obligación jurídica de garantizar una relación de derechos humanos aplicable a todas las personas. Estos derechos se aplicarán no sólo a quienes ostenten la ciudadanía europea sino a todos aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción. Se determina asimismo un órgano destinado a velar por el cumplimiento del Convenio, siendo el mismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que acceden las reclamaciones que se plantean frente a los Estados miembros<sup>4</sup>.

Cuando nos remitimos a la historia moderna de las relaciones laborales en el entorno de la Unión Europea se ha de tener presente que cuando se planteó la redacción de los Tratados fundacionales de la Comunidad Económica Europea (CEE) así como los primeros tratados económicos (CECA y Euratom) el problema de la igualdad entre hombre y mujeres no se encontraba en el foco de los objetivos planteados. Tales tratados no incorporaban referencia alguna a los derechos humanos y a su protección dado que se estimaba que la creación de un área de libre comercio en Europa no podía alcanzar efectos relevantes en materia de derechos humanos<sup>5</sup>.

En este contexto, el principio de igualdad pronto comenzó a tener una adecuada consideración como valor y objetivo fundamental en la integración de la Unión Europea (UE). En el ámbito laboral, comenzó a conformarse el principio de igualdad retributiva que pasó a incorporar una reivindicación de carácter histórico que ya apareció contemplada en los Tratados de la Unión Europea desde el año 1957. Hoy aparece regulado en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). De otro lado el artículo 153 TFUE contempla un ámbito de mayor amplitud que incluye tanto la igualdad de oportunidades como la igualdad de trato en el trabajo. Asimismo el artículo 19 TFUE incorpora la opción de incluir medidas legislativas en la lucha contra todas las formas de discriminación con inclusión de aquellas que tengan su origen en el sexo<sup>6</sup>. Capítulo especial aparte merece la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres que se sustenta en el artículo 168 del TFUE.

## 2. LAS NORMAS LABORALES PROMOTORAS DE LA IGUALDAD

El objetivo primordial que se persigue con una normativa contra la discriminación no es otro que ofrecer a todas las personas unas opciones justas y equitativas para el acceso al ejercicio de los derechos.

El proyecto de la UE se ha ido forjando alrededor de un conjunto de valores entre los que destacadamente se encuentra la igualdad entre hombres y mujeres. Así consta de forma expresa en los artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Este objetivo de promoción de la igualdad aparece sólidamente consagrado en el capítulo III de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en cuyo artículo 21 se prohíbe toda discriminación y se proclama la igualdad entre hombres y mujeres que

---

<sup>4</sup> AA.VV. *Manual de legislación Europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo de Europa, Luxemburgo, 2010, ISBN 978-92-871-9986-7, pág. 12.

<sup>5</sup> MANGAS MARTÍN, A., "Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: balance", *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Coord. Aldecoa Luzárraga, 2008, ISBN 978-84-9768-517-7, pág. 283.

<sup>6</sup> Respecto al alcance protector que se despliega frente a la discriminación por sexo, *vid.*, SZYSZCZAK, E., "La significación y alcance de la directiva sobre la protección de la maternidad", CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

habrá de garantizarse en cualesquiera ámbitos, incluyendo de forma expresa las materias relativas a empleo, trabajo y retribuciones salariales (artículo 23). Se contempla de forma añadida en este precepto la posibilidad de adoptar medidas que puedan favorecer la posición del colectivo eventualmente menos representado (discriminación positiva)<sup>7</sup>. Como complemento el TFUE establece en su Título II (Disposiciones de aplicación general, artículo 8) que la Unión fijará en todas sus acciones el objetivo de eliminar las desigualdades que puedan existir entre hombres y mujeres, promoviendo su igualdad.

Son múltiples las Directivas que se han aprobado con el objetivo genérico de salvaguardar la igualdad entre hombres y mujeres entre las que cabría destacar especialmente tres. En primer lugar, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad social. En segundo lugar, desde la perspectiva preventiva, es destacable la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esta Directiva ofrece además una protección específica muy relevante, artículo 2.a), que alcanza a «*cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*», y contempla como causa prohibitiva de despido el que se produzca en «*el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo*». Por último, en materia de empleo debe citarse la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En esta última norma se ofrece una definición de la discriminación directa e indirecta, así como del acoso considerado genéricamente y de la específica modalidad del acoso sexual. Contempla un endurecimiento de las sanciones cuando se constate la existencia de discriminación así como la creación en los Estados de la Unión de organismos cuya función ha de consistir en la promoción de la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

En consonancia con lo expuesto cualquier comportamiento que atente contra la situación de la mujer trabajadora que se pueda plantear su futura condición de madre resulta incardinable en el concepto de discriminación de género<sup>8</sup>.

Como cabe apreciar la normativa protectora frente a la discriminación de la mujer desde la perspectiva del embarazo y la maternidad resulta amplia y pretendidamente exhaustiva, no existiendo dudas acerca de la conveniencia de su implementación. Sin embargo, no habría que dejar de lado la impresión de que una norma excesivamente protectora podría generar el efecto perverso de la consideración de la mujer como un empleado molesto y, por tanto, desaconsejable desde la perspectiva empresarial<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> BALLESTER PASTOR, M. A., “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 92, 2011 (Ejemplar dedicado a: *Derecho Social Internacional y Comunitario*), págs. 207-256.

<sup>8</sup> Un interesante estudio relativo a las medidas que el ordenamiento jurídico laboral adopta en relación al embarazo, maternidad y cuidado de hijos, se incluye en: GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, C.E.S., Madrid, 2004, ISBN 84-8188-216-X.

<sup>9</sup> FABREGAT MONFORT, G., *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, 2008, Tirant lo blanch, ISBN 13 9788499853673, pág. 64.

## 2.1 La discriminación directa

La «*discriminación directa*», con seguridad la más visible, se extrae del planteamiento de que las personas que se encuentren en una situación semejante han de recibir un trato similar y no desfavorable por la circunstancia de poseer una determinada característica «*objeto de protección*». A este respecto el CEDH matiza que la discriminación directa aparece vinculada a la causa de justificación general cuya denominación queda definida como justificación objetiva. En la normativa de la Unión Europea estas causas de justificación se muestran de forma limitada.

La Directiva 2002/73 concreta de forma específica en su artículo 2.2 aquello que se debe entender por discriminación directa apreciando como tal «*la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo*».

El TEDH se ha pronunciado afirmando que ha de existir una «*diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares*» y ello «*a partir de características identificables*»<sup>10</sup>.

La cuestión central que deriva de la «*discriminación directa*» se traduce en la diferencia de trato que sufre una persona respecto de otra que se halle en una situación similar por cuyo motivo se precisa de una referencia comparativa, esto es, la constatación de circunstancias sustancialmente iguales a las que se aplica una diferencia de trato identificable por la existencia de un «*motivo protegido*». Entre los «*motivos protegidos*» que figuran en la normativa europea cabe destacar: la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico y nacional, la religión y creencias y, aquel en el que se centra el objeto central de este trabajo, la discriminación por razón de género. Para considerar la existencia de una «*discriminación directa*» resulta preciso acreditar que quien aparece como víctima ha recibido un trato desfavorable precisamente por tener una característica que se muestra incluida entre estos «*motivos protegidos*».

## 2.2 La discriminación indirecta

La «*discriminación indirecta*» establece que las personas que se encuentren en situaciones diferentes han de recibir un trato diferenciado de modo que les resulten accesibles las mismas oportunidades que a los demás. En este caso los elementos definitorios de la «*discriminación indirecta*» implican la existencia de una norma o una práctica aparentemente neutra de modo que, al utilizar un criterio comparativo, se aprecie que un grupo identificado por un «*motivo protegido*» resulta perjudicado respecto de otras personas en situación similar.

Hay situaciones en que, de forma transparente, no resulta exigible la aplicación de la mencionada «*referencia comparativa*». Esta situación se corresponde en la UE con la materia de empleo generándose una amplia doctrina del TJUE, iniciada con el asunto *Dekker*; que estima que si el perjuicio de índole laboral sufrido por una trabajadora resulta achacable a su embarazo, la situación habrá de calificarse como discriminación directa, sin necesidad de aludir a referencias de orden comparativo<sup>11</sup>. El TEDH ha matizado el perfil de la «*discriminación indirecta*» indicando que «*la diferencia de trato puede consistir en*

<sup>10</sup> TEDH, *Carson y otros contra el Reino Unido* [GC] (n.o 42184/05), 16 de marzo de 2010; párr. 61. En el mismo sentido TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 175; TEDH, *Burden contra el Reino Unido* [GC] (n.o 13378/05), 29 de abril de 2008, párr. 60.

<sup>11</sup> TJUE, *Dekker*, asunto C-177/88 [1990] Rec. I-3941, 8 de noviembre 1990. Igualmente, TJUE, *Webb*, asunto C-32/93 [1994] Rec. I-3567, 14 de julio de 1994.



*unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo»<sup>12</sup>.*

El TEDH también ha advertido que *«el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos reconocidos en el CEDH se vulnera también si los Estados... no dan un trato diferenciado a las personas que se hallen en situaciones sustancialmente diferentes»*. Igualmente las Directivas de la Unión Europea aprobadas contra la discriminación contemplan de forma expresa la posibilidad que se traduce en la adopción de medidas al objeto de: *«garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a un motivo protegido»<sup>13</sup>.*

### **3. LA PROTECCIÓN DEL EMBARAZO COMO ELEMENTO TRANSVERSAL DE INTERÉS SOCIAL Y LA JURISPRUDENCIA QUE INTERPRETA SU PROTECCIÓN**

La discriminación genérica sustentada en motivos de género resulta fácil de advertir en la medida en que deriva de la discriminación asociada a la mera pertenencia a uno u otro sexo. Implica uno de los aspectos más desarrollados de la política social de la UE habiendo alcanzado en su tratamiento la consideración de derecho fundamental<sup>14</sup>. La protección asociada a esta modalidad discriminatoria ha buscado un doble perfil. En primer término ha perseguido una finalidad de índole económica, intentando alcanzar la equiparación salarial. En segundo lugar se ha perseguido el progreso social y la mejoría relativa a las condiciones laborales.

La igualdad de trato ha adquirido un papel protagonista en la UE pues ha ocupado una consideración destacada en la Carta de Derechos Fundamentales. Igualmente también se ha contemplado en el CEDH la protección frente a la discriminación por motivos de género. Ante la imposibilidad de imponer en el territorio de la Unión una normativa absolutamente homogénea el papel de la doctrina del TJUE ha sido particularmente relevante a la hora de ofrecer criterios interpretativos favorecedores de la igualdad de hombres y mujeres.

El principio de igualdad de trato reproducido en un amplio número de disposiciones –como a título referente el artículo 2 de la Directiva 76/207– implica *«la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente»*. Este principio se extiende a otras protecciones especiales consecuentes a circunstancias ligadas al sexo como significativamente es el caso de las situaciones de embarazo y maternidad.

#### **3.1. La doctrina genérica relativa a las diferencias retributivas que discriminan a la mujer**

En relación a la doctrina genérica que contempla la discriminación asociada a las diferencias retributivas que afectan a las mujeres, la sentencia *Defrenne II* de 8 de abril

<sup>12</sup> TEDH, D.H. y otros (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 184; TEDH, Opuz contra Turquía (n.o 33401/02), 9 de junio de 2009, párr. 183.

<sup>13</sup> Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 7; Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 6; y asimismo Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 3.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2005, págs. 11 a 68.

de 1976 (asunto C-43/75) reconoce la aplicabilidad directa del principio de igualdad retributiva para hombres y mujeres, extensible no sólo a los ámbitos de actuación pública sino a empresas privadas incluyendo el alcance de los convenios colectivos sectoriales. El objeto de debate que se planteó al tribunal identificaba una situación en la que la demandante acreditaba la percepción de menores ingresos que sus compañeros de trabajo varones, a pesar de realizar las mismas funciones profesionales. El TJUE declaró que se trataba de un claro caso de discriminación por razón de género y puso de manifiesto que la no discriminación favorece el avance de la UE en la consecución de sus objetivos.

El TJCE apreció que el artículo 119 (asimilado al posterior 141 TCE) constituía una norma de contenido transparente en la que: «*se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares*»<sup>15</sup>. En la forma descrita, los tribunales nacionales deben ofrecer protección en relación a los derechos de los particulares, frente a las discriminaciones que puedan derivarse de las disposiciones normativas, convenios colectivos o contratos de trabajo individualmente suscritos.

La doctrina comunitaria interpreta la validez de aplicar criterios de «*discriminación positiva*» en la contratación. Así lo constata la sentencia *Marschall* de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95) en la que se declara que la normativa comunitaria refrendaba la norma nacional que promovía la candidatura prioritaria de mujeres en sectores de actividad en que estuviesen infrarrepresentadas, oponiendo como condición que la ventaja otorgada no adquiriera carácter automático ni hubiese exclusión a priori de los candidatos masculinos.

### 3.2. La doctrina específica que afecta a la mujer trabajadora embarazada

La discriminación genérica que se puede producir en el ámbito laboral por razones de género ofrece un perfil particular cuando la causa específica de la discriminación coincide con el embarazo de la mujer trabajadora. Interpretando el alcance de esta causa de discriminación también se han producido relevantes pronunciamientos del TJUE que estructuramos a tenor de las categorías que pasamos a comentar.

#### 3.2.1 La negativa a la contratación dirigida a trabajadoras embarazadas

Uno de los supuestos de discriminación más representativos es el conocido como *asunto Dekker*<sup>16</sup>. La Sra *Dekker* participó en un proceso de selección de personal para prestar servicios en un centro holandés de formación de “jóvenes adultos” al que concurrió encontrándose embarazada de tres meses. El comité de selección notificó al centro que la Sra. *Dekker* era la más apta para la cobertura del puesto de trabajo. Pese a lo anterior la Dirección del Centro notificó a la trabajadora que se rechazaba su contratación a causa de su embarazo toda vez que no podía asumir financieramente la sustitución durante la ausencia por maternidad. Se precisa concretar que en el modelo holandés la suspensión del contrato se tramita como enfermedad común por cuyo motivo las indemnizaciones a abonar por parte de la empresa no serían compensadas por el sistema asegurador, el cual excluye su responsabilidad si el trabajador afiliado no puede ejercer la prestación de servicios durante los seis meses posteriores a la concertación del alta laboral.

<sup>15</sup> TJUE, sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne II, 43/75, fund. 39.

<sup>16</sup> TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88.

Se advierte por el juez holandés que todas las candidatas al puesto de trabajo eran mujeres. Pese a la matización el Tribunal de Justicia advierte que el rechazo para la concertación de un contrato de trabajo por causa de embarazo sólo puede oponerse a las mujeres, constituyendo una discriminación directa asociada al sexo. La discriminación que sufre la trabajadora por la falta de contratación –se argumenta– no puede aparecer justificada por motivos relativos a los problemas financieros que puedan derivarse para el empresario. En consecuencia el TJUE declara que existe infracción de los artículos 2.1 y 3.1 de la Directiva 76/207 cuando se estima que una candidata se considera apta para el desempeño de una actividad laboral pero es rechazada por el mero hecho de encontrarse embarazada. La empresa vino a alegar que no había discriminación por razón de sexo dado que todas las candidatas eran mujeres, oponiendo el Tribunal que si el rechazo al puesto de trabajo residía exclusivamente en la condición de embarazo de la mujer, la decisión se encuentra indisolublemente ligada al sexo de la trabajadora.

Como cabe apreciar la interpretación que se ofrece tras este interesante precedente determina que la situación de embarazo implica un nuevo ámbito de discriminación por razón de sexo que se extiende a situaciones exclusivamente femeninas. Tras este precedente el TJUE estimó que la discriminación por razón de embarazo venía a determinar una discriminación directa por razón de sexo por lo que no podía admitir una justificación de carácter objetivo y razonable<sup>17</sup>.

Más adelante, en el asunto *Mahlburg*, la trabajadora afectada es una enfermera que resulta rechazada para el acceso a un puesto fijo por el motivo de que el puesto de trabajo se ubicaba en quirófano, advirtiéndose el perjuicio que podría derivarse para el *nasciturus* a causa de la exposición a sustancias peligrosas. En este caso la trabajadora había sido contratada con carácter temporal optando a un puesto de carácter indefinido. Al comunicar la trabajadora a la clínica que se encontraba embarazada la dirección acordó el traslado interno para que no siguiera prestando servicios en quirófano para eludir el riesgo de infección, previsto en tales casos por la propia normativa alemana protectora de la maternidad, que impide tanto la contratación como el mantenimiento de trabajadoras embarazadas en puestos de alto riesgo. Finalmente se comunicó el rechazo de la candidatura de la trabajadora como enfermera de quirófano. La dirección de la clínica opuso que de la propia normativa alemana se desprendía la negativa a aceptar la candidatura de la trabajadora dado que la misma prohibía la prestación de servicios en tales condiciones.

El TJUE con criterio transparente advirtió que resultaba totalmente desproporcionada la exclusión de la trabajadora para un puesto de carácter fijo cuando la limitación para la prestación de servicios era meramente temporal<sup>18</sup>. Incluso podría añadirse la facultad que tiene la empresa para reubicar a los trabajadores temporalmente cuando sus condiciones psico-físicas requieran un cambio temporal en la prestación de servicios. Se constata en definitiva la infracción de la Directiva dado que la misma tiene por objeto conseguir una igualdad material, y no meramente formal, de forma que no se permite al empresario rechazar una contratación para un puesto de trabajo indefinido vacante cuando sólo concurre una limitación temporal para la prestación de servicios en un puesto de trabajo concreto asociada a la condición de trabajadora embarazada.

---

<sup>17</sup> BALLESTER PASTOR, MA, *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo blanch, 2016, ISBN13 9788491438373, pág. 129.

<sup>18</sup> TJUE, *Mahlburg* contra Land Mecklenburg-Vorpommern, Asunto C-207/98 [2000] Rec. I-549, 3 de febrero de 2000.

### 3.2.2 *El despido de la trabajadora en situación de embarazo*

La prohibición de despedir a una trabajadora en situación de embarazo se desprende de la Directiva 76/207 cuyo artículo 2.3 ofrece protección de la condición biológica de la mujer. Por su parte la Directiva 92/85 contempla una regulación expresa que prohíbe el despido a la mujer en el transcurso de su embarazo y permiso de maternidad. Se ofrece así una protección que pretende evitar las consecuencias psicofísicas que se pueden producir en esta situación, así como el riesgo particularmente grave que puede derivar en una situación de voluntaria interrupción del embarazo provocado por la eventual necesidad de mantener el puesto de trabajo. El ámbito temporal de la prohibición del despido en las aludidas Directivas incorpora el tiempo transcurrido desde el embarazo hasta la finalización del permiso de maternidad.

La primera sentencia a comentar viene identificada por el *asunto Carol Webb*<sup>19</sup>. Se trata de una trabajadora de la Empresa *Emo Air Cargo* a quien la empresa, tras la comunicación de su situación de embarazada, encomendó formar a una trabajadora sustituta (*Sra. Webb*) que a priori vendría a incrementar la plantilla tras su período de prácticas. A las pocas semanas la *Sra. Webb* comunicó a la empresa que se encontraba embarazada siendo despedida sin solución de continuidad, procediendo a interponer demanda por discriminación directa por razón de sexo con apoyo en las directivas comunitarias<sup>20</sup>.

En el supuesto comentado la normativa británica no ofrecía protección a las trabajadoras por cuenta ajena con una antigüedad inferior a dos años. El Tribunal Británico exponía además que el despido no se había producido por razón de sexo sino por la incapacidad previsible para acometer la tarea esencial objeto de contratación (la cobertura del puesto de otra trabajadora) exponiendo que si el contratado hubiera sido un hombre la imposibilidad de prestación de servicios también habría provocado su despido. El TJUE rechazó el elemento comparativo planteado dado que el embarazo no es un estado patológico, ni es comparable a la incapacidad que por razones médicas pueda sufrir un hombre, declarando la existencia de una situación discriminatoria por razón de sexo. Se advierte que si bien la disponibilidad constituye una condición esencial de la prestación laboral, la protección otorgada a la mujer embarazada por el Derecho comunitario no puede quedar condicionada a los objetivos económicos de la empresa.

El siguiente supuesto relevante a comentar es el *asunto Mary Brown*<sup>21</sup>. Se trata de una trabajadora conductora de reparto que debía asumir tareas de particular esfuerzo. El contrato de trabajo contemplaba el cese de la trabajadora una vez hubiera transcurrido un periodo de 26 semanas, circunstancia permitida por la norma británica con la condición de que la trabajadora no hubiera superado el límite de 2 años de prestación de servicios. El Tribunal no contempla excepciones al alcance de la protección diseñada en las Directivas dado que el embarazo no se puede asimilar a una enfermedad, advirtiéndose que la Directiva 76/207 perdería eficacia si la protección quedara limitada a las empleadas embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones características del contrato laboral. Insiste el TJUE en que no cabe asimilar la situación de una embarazada a una patología, de modo que los trastornos y complicaciones que a veces vienen asociadas a este estado –y que eventualmente podrían justificar una situación temporal incapacitante– pueden provocar un control médico exhaustivo y la necesidad de guardar reposo absoluto durante

<sup>19</sup> TJCE, sentencia de 14 de julio de 1994, Carol WEBB c. EMO Air Cargo C-31/93.

<sup>20</sup> En relación a situaciones de discriminación y embarazo de la mujer trabajadora vid. CORDERO SAAVEDRA, L., «Embarazo de trabajadora y extinción de contrato de trabajo temporal. A propósito de la doctrina comunitaria y del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, págs. 362 y ss.

<sup>21</sup> TJCE, sentencia de 30 de junio de 1998, Mary Brown c. Rentokil, C-394/96.

parte o, incluso, todo el embarazo. Los aludidos trastornos, propios del embarazo, son propios de la especificidad de este estado.

El TJUE también se pronunció en el *asunto Jiménez Melgar* seguido frente al Ayuntamiento de los Barrios<sup>22</sup>, declarando que pese a que la Directiva 92/85 no se había transpuesto a la normativa española al momento de producirse los hechos, podía ser invocada por los afectados ante los tribunales nacionales. Advirtió la sentencia que la protección dispensada no muestra distinción alguna entre las distintas modalidades de contratos, no pudiendo excluirse de protección a las modalidades contractuales de duración determinada. Se advierte al juez nacional que si se produce una falta de renovación tras los sucesivos contratos temporales residiendo la motivación de la decisión administrativa en el embarazo de la trabajadora, que por lo demás resulta apta para el trabajo, se incurre en una discriminación directa por razón de sexo.

Se ha de apreciar, de otro lado, que la normativa comunitaria prohíbe no solo la notificación del cese relacionado con el embarazo o nacimiento del hijo durante el período que comprende la protección legalmente dispensada, sino también la adopción de las medidas preparatorias que puedan acompañar tal decisión, previamente a la expiración del período. Y ello pese a que la notificación se produjera más allá del límite temporal de protección determinado normativamente pues, de otro modo, se perdería el efecto garantista de la protección dispensada a la trabajadora embarazada<sup>23</sup>.

Entre las sentencias más recientes cabe destacar la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, *asunto Porras-Guisado*, nº de Recurso C-103/2016<sup>24</sup>. La cuestión discutida nos remite a un expediente de regulación de empleo tramitado por la empresa *Bankia* que inicia un procedimiento de despido colectivo. En tal expediente se cierran varios acuerdos por la patronal y la representación de los trabajadores que fijan específicas prioridades de permanencia. Una vez que se procede a la tramitación de los expedientes de extinción contractual la trabajadora afectada se encuentra en situación de embarazo, planteándose como cuestión central de debate si esa situación le ofrece una particular protección en el marco de un proceso de despido colectivo. Se interpreta que la Directiva 92/85 no impide que una trabajadora en situación de embarazo sea incluida en un expediente de regulación de empleo (ERE). En segundo lugar, se precisa una exposición de los criterios generales que resulten aplicados en forma objetiva sin que la Directiva aludida obligue en ningún sentido a la fijación de las prioridades de permanencia de las trabajadoras embarazadas. En último término se aprecia que no existe obligación de recolocar a las trabajadoras en situación de embarazo afectadas por un ERE. En definitiva se viene a excluir del ámbito genérico de protección a las trabajadoras embarazadas que se vean afectadas por la tramitación de un ERE cuando en el mismo, libremente, se hayan pactado unos criterios objetivos entre empresa y trabajadores que excluyan una eventual discriminación relativa a la situación de gestación de las trabajadoras afectadas. No obstante, se advierte, en todo caso procedería desplegar una tutela de carácter preventivo que proteja a las trabajadoras embarazadas que se puedan haber visto afectadas si bien a tal situación no resulta obligado que vengan anudadas consecuencias reparadoras.

---

<sup>22</sup> TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, María Luisa Jiménez Melgar contra el Ayuntamiento de Los Barrios C-438/99.

<sup>23</sup> TJUE, sentencia de 11 de octubre de 2007, Paquay (C-460/06).

<sup>24</sup> TJCE, sentencia de 22 de febrero de 2018, *asunto Porras Guisado* contra Bankia C-103/16. Vid. comentario incluido en el blog del autor SÁNCHEZ PÉREZ, J. Disponible en la URL: <https://jsanchezperez.es/exclusion-de-la-proteccion-automatica-para-las-embarazadas-afectadas-por-el-ere.blog>

En interpretación de la doctrina la sentencia deja de manifiesto los límites del Derecho de la UE en materia de tutela del despido de las trabajadoras embarazadas así como las carencias del ordenamiento interno nacional que debería ofrecer una tutela más reforzada. Se plantea asimismo la necesidad de fortalecer las garantías de estabilidad en el empleo de las mujeres trabajadoras, subrayando el carácter excepcional que debería revestir cualquier excepción a la regla general de prohibición del despido de la trabajadora en tales situaciones. Se advierte la necesidad de que se tenga en consideración la política preventiva de riesgos laborales relacionada con la maternidad atendiendo a que la situación del despido implica en sí misma una situación de riesgo para la salud de trabajadora embarazada que añade estrés, inseguridad y angustia asociada a la indicada situación. Se afianza así la idea de reforzar el principio de causalidad en el despido de las trabajadoras en situación de embarazo a través de exigencias que descarten todo género de duda en relación al verdadero motivo «*no inherente a la persona*» de la trabajadora que haga más efectivo el objetivo antidiscriminatorio perseguido por la Directiva. Se acentúa de esta manera el carácter de excepcionalidad que avalaría la extinción del contrato de las trabajadoras embarazadas<sup>25</sup>.

### 3.2.3 La discriminación asociada al permiso de maternidad y otros derechos afines

En ocasiones la situación discriminatoria se deduce de la pérdida de antigüedad de la trabajadora en la empresa al hacer uso del permiso de maternidad. En tales supuestos, como ocurrió con el *asunto Thibault*<sup>26</sup>, la trabajadora no puede verse privada de una promoción profesional a la que hubiera tenido acceso si se hubiera considerado como tiempo efectivo de trabajo la suspensión del mismo provocada por el permiso de maternidad. Se aprecia que existe discriminación toda vez que, de no haber estado en situación de embarazo, habría accedido al aludido beneficio profesional.

Asimismo, en el *asunto Hofmann*<sup>27</sup> el TJUE confirmó el derecho de una trabajadora a recuperar su puesto de trabajo u otro equivalente, disfrutando de las condiciones disfrutadas con anterioridad al permiso maternal.

De otro lado, la protección asociada a la maternidad se ha trasladado también hacia la figura paterna, ampliando el artículo 2.7 de la Directiva 96/34 su efecto hacia ambos progenitores. Se contempla así que para el supuesto de utilización del permiso parental los Estados han de velar porque se produzca una protección efectiva del derecho, sin que quepan represalias por su ejercicio, no pudiendo quedar justificado el despido o el cambio de puesto de trabajo ni la privación de un derecho que podría haberse ejercitado de no haberse producido la suspensión del contrato de trabajo.

## 4. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA DE LA MATERNIDAD EN LA NORMATIVA Y DOCTRINA ESPAÑOLAS

La protección antidiscriminatoria vinculada a la situación de embarazo de la mujer trabajadora ha mostrado un especial perfil en nuestro país. Procedemos a analizar la

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, JA., “Afectación de la mujer embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela preventiva es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16, *RTSS, CEF*, núm. 425.426, págs. 152 y ss.

<sup>26</sup> TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, Evelyne Thibault, C-136/95.

<sup>27</sup> TJCE, sentencia de 12 julio de 1984, Hofmann c. Barmer Ersatzkasse 184/83 y 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann C-421/92.

regulación normativa dispuesta para afrontar la protección de este derecho, así como la interpretación de la doctrina jurisprudencial aplicada. También observaremos la tutela ofrecida a la hora de reparar el daño causado en supuestos en que se han vulnerado derechos fundamentales desde la perspectiva reparadora y disuasoria.

#### 4.1. Normativa antidiscriminatoria

En nuestro país la normativa protectora existente parte de la transposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 que se lleva a cabo a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, así como el artículo 55.5, ET a tenor del cual *«será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador»*. A tenor de la expuesta regulación normativa se despliega una herramienta protectora de la trabajadora embarazada que opera de forma objetiva y que se traduce en la nulidad del despido producido en tal situación para los supuestos en que no quede evidenciada una causa procedente de despido por motivos disciplinarios.

#### 4.2 Doctrina jurisprudencial y tutela reparadora

A tenor de la aludida normativa se consolida una doctrina jurisprudencial que queda plasmada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 2008 (Rec. 1957/07). De tal doctrina se desprende una protección que opera objetivamente en los siguientes términos:

1. La regulación normativa de la nulidad del despido de la trabajadora embarazada es una institución sustentada en el derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE)<sup>28</sup>.
2. Se asienta la convicción de que el riesgo de la pérdida del empleo –junto a la discriminación salarial– constituyen los elementos nucleares para alcanzar una efectiva situación de igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo.
3. Dentro de la estrategia desplegada por la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se contempla la inexistencia de la obligación de comunicar la situación de embarazo al empresario. Véase como la protección de la gestante y la garantía desplegada se extiende desde *«la fecha de inicio del embarazo»* de donde se deduce que ni siquiera resulta preciso que la situación de embarazo sea conocida por la propia trabajadora.
4. El objetivo que persigue la norma se traduce en un régimen de tutela más enérgico que el ordinario que se ofrece desde la discriminación, no precisando la carga de acreditar ni tan siquiera la existencia de indicios de los que pueda desprenderse la conculcación de un derecho fundamental. Se produce así la liberación de la carga de la prueba relativa a la acreditación de que el empresario tenía conocimiento previo de la situación de embarazo. Se entiende, en relación a lo expuesto, que ha de quedar salvaguardado de modo legítimo el derecho a preservar la esfera

<sup>28</sup>La discusión doctrinal relativa a la inclusión del derecho en el marco protector del art. 14 CE fue defendida por ALONSO OLEA, M., “Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo”, *REDT*, N.º 36/1988, pág. 619

íntima de la trabajadora, no teniendo obligación de comunicar a terceros su estado de gestación. Tal circunstancia que se puede interpretar como atentatoria del derecho de la mujer además salva la dificultad probatoria relativa al conocimiento empresarial del hecho citado.

5. La doctrina jurisprudencial aprecia con argumento definitorio que la norma regula *«una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación»*.

El criterio jurisprudencial ofrece una interpretación transparente relativa al despido de las trabajadoras embarazadas de modo que, salvo que el mismo resulte justificado y procedente, será considerado de forma automática nulo. Y ello, de forma independiente a que el empleador pueda conocer o no el estado de gestación de la empleada<sup>29</sup>.

La doctrina asentada resultó matizada por posteriores pronunciamientos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2009, Rec. 1758/2008 –en doctrina mantenida por múltiples sentencias, entre otras la de 28 de noviembre de 2017, Rec. 3657/2015–, introduce la novedad interpretativa a tenor de la cual, apoyándose en el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, la nulidad del despido de la mujer trabajadora, salvo que resulte procedente, habrá de calificarse como nulo *«al margen de que el empleador conozca o no el estado de gravidez de la trabajadora»*.

Junto al artículo 55.5 del ET la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada se contempla en la Disposición Adicional decimotercera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que modifica el artículo 108.2 LPL (hoy LRJS). La descrita protección se extiende, según contempla el artículo 45.1.d ET, al período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad.

El tiempo de protección dispensado se inicia en la fecha del embarazo hasta el comienzo de suspensión de la prestación de maternidad, así como al tiempo contemplado para los permisos a que se refiere el artículo 37 (apartados 4 y 5) ET, incluyéndose asimismo el tiempo en que se hubiere solicitado o se disfrute de excedencia para atender al cuidado del hijo (artículo 46.3 ET). También se extiende la protección a los trabajadores una vez se hubieran reintegrado a su puesto de trabajo tras finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, durante el lapso temporal que transcurre en el período de nueve meses tras la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. En tal sentido se ratifican los pronunciamientos judiciales contemplados en las sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2013, Rec. 1144/2012, de 26 de febrero de 2004, y 4 de octubre de 2005, Rec. 4017/2004.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional (STC 136/1996, de 23 de julio, fjs. 5 y 6) se advierte que la discriminación por razón de sexo no sólo incorpora los tratamientos de carácter peyorativo sustentados en la constatación del sexo de la víctima, *«sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca»*. En otro pronunciamiento posterior (STC 240/1999, de 20 de diciembre) se señala que el embarazo constituye un elemento o factor diferencial

<sup>29</sup> VIERA ÁLVAREZ, C., “La nulidad del despido de la mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español, Revista de Derechos Fundamentales, nº 3, 2009, págs. 263 a 273.



que se muestra como un hecho biológicamente fuera de controversia y que muestra una incidencia exclusiva en las mujeres (STC 173/ 1994 de 7 de junio).

Desde la aludida perspectiva procede considerar la casuística alrededor de las situaciones en que se produce el desistimiento empresarial cuando la trabajadora embarazada se encuentra bajo las condiciones del período de prueba. Se ha de precisar que en tales casos no goza de la protección de nulidad cualificada que dispensa el artículo 55.5 b) ET sino que será la protección propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo siendo preciso, en tal caso, aportar un indicio razonable del móvil de carácter discriminatorio para poder apreciar la nulidad del cese<sup>30</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de octubre de 2013, Rec. de amparo 3773/2011, rechazó el recurso de amparo interpuesto por la trabajadora despedida en período de prueba cuando se encontraba en situación de embarazo sobre la argumentación de que en la fase previa de prueba el contrato no era aún firme y sobre la base de que no se realizó demostración alguna de que la decisión estuviera fundada en el embarazo. Se limita pues el alcance de la protección de las leyes a las trabajadoras embarazadas siendo más limitada cuando aún no son firmes los efectos contractuales. No obstante, resulta particularmente interesante tener presente lo razonado en aquella sentencia, dado que *«no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora»*, manteniéndose el carácter inconstitucional y de discriminación por razón de sexo si la decisión extintiva hubiera obedecido al embarazo. En la manera expuesta para evitar la calificación de nulidad del despido se ha de tener presente la previsión establecida por el artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) a tenor del cual la empresa está obligada a realizar una prueba adecuada que aporte *«una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»*. Esta relevante sentencia venía a refrendar en definitiva que la protección especial, el *«blindaje frente al despido»* de las trabajadoras en situación de embarazo, no puede extenderse automáticamente al *«desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, ya que son dos situaciones diferentes»*. Se considera así que el legislador ha optado de forma consciente por rebajar ese régimen de tutela reforzada incorporado en el artículo 55.5 b) ET cuando la situación contractual se sitúa en el marco del periodo de prueba.

Para intentar delimitar el perfil de esa menor protección que se ofrece durante el periodo de prueba podemos remitirnos a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 26 de julio de 2018, Rec. 1301/2018. En la misma se contempla la situación de una trabajadora con una modalidad contractual de contrato temporal para obra o servicio que prestaba servicios para una empresa de congelados estableciéndose un período de prueba de 15 días, realizando como actividad la limpieza de pota y calamar. La trabajadora cuando inició su actividad trasladó a la dirección de la empresa que se encontraba embarazada de 19 semanas, motivo por el que aplicando los protocolos de prevención de riesgos laborales la trabajadora fue trasladada a la línea de envasado junto con las embarazadas de hasta 22 semanas. De las declaraciones del resto de compañeras y encargadas se desprendieron quejas relativas a la lentitud y deficiencia del trabajo prestado por la trabajadora en período de prueba, motivo que provocó que la empresa optara por notificar a la trabajadora su cese por no haberlo superado. En la notificación remitida a la trabajadora no resultaba preciso indicar de forma expresa causa alguna, habiéndose acreditado en el proceso judicial que durante los últimos 5 años de los 235 trabajadores de la empresa, 203 habían sido mujeres, 21 de las cuales habían estado en situación de

<sup>30</sup> STS de 18 de abril de 2011 y STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013.

embarazo sin que se hubiera producido ningún despido o cese. Tal circunstancia resultó válida para enervar que la situación de embarazo constituyese indicio para determinar el cese producido. En forma añadida de la prueba practicada se pudo desprender la ineficiencia del rendimiento de la trabajadora en periodo de prueba, que prestaba sus servicios con gran lentitud, lo que obligó a reforzar la línea de trabajo donde prestaba servicios la trabajadora, pese a ser un trabajo liviano y sencillo destinado específicamente a trabajadoras en situación de embarazo. En conclusión, aprecia la sentencia que se está ante un cese legal que deriva de la falta de superación del periodo de prueba pactado en el contrato de trabajo conforme a lo regulado en el artículo 49.1.b) ET.

En lo que se refiere a la tutela reparadora aplicable a los despidos en que concurren infracción de derechos fundamentales ha de tenerse presente el siguiente razonamiento. Partiendo del ejemplo anterior del cese acordado en periodo de prueba sin que exista justificación que aclare que el mismo no se ha producido por la situación de embarazo de la trabajadora en tal caso concurriría una infracción de derechos fundamentales (artículo 14 CE en relación a la igualdad de trato, artículo 10 CE en relación a la dignidad) que merecerán una indemnización pudiendo aplicarse como criterio orientativo el art. 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS). Tal precepto prevé como infracción muy grave las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables, entre otras, por circunstancias de sexo. En su grado mínimo (*v.gr.*) la sanción aplicable, y que determinaría en su aplicación asimilada el importe indemnizatorio correspondiente a la reparación del daño causado, abarcaría un importe comprendido entre los 6.251 y los 25.000 €.

Téngase en cuenta que el tribunal, en aplicación del artículo 183.2 LRJS, puede determinar prudencialmente el daño cuando la prueba resulte difícil o costosa, para *«resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión»* considerando la doctrina jurisprudencial que resulta factible, en ausencia de otros criterios, el recurso orientativo que ofrecen las cuantías de la LISOS (sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre 2017, Rec. 2497/2015, si bien el aludido precepto añade otro concepto indemnizatorio agregable cuya finalidad consistirá en *«contribuir a la finalidad de prevenir el daño»*. Cabrá, pues, a la hora de cuantificar la indemnización otorgada a la víctima una partida que corresponda a la reparación del daño causado (resarcimiento del daño) y otra provocar un efecto disuasorio en el responsable de su provocación (función preventiva).

Dos últimos y recientes precedente nos lleva a comentar la interpretación matizada que lleva a cabo nuestros tribunales en relación a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018, asunto Porrás-Guisado, relativo al despido de la trabajadora embarazada inmersa en un Expediente de Regulación de Empleo.

En primer término, habría que hacer mención a la sentencia del TSJ Castilla León/Valladolid, de 28 de mayo de 2018 (Rec. 713/2018). En ella se indica que: *«la expresión exigible de los criterios de selección en estos supuestos (ha de ser) la necesaria para comprobar que esos criterios se han aplicado de tal manera que la selección de la concreta trabajadora es ajena a su situación protegida»*. A consecuencia de lo anterior resulta obligado concretar *«qué criterios han llevado a seleccionar dentro del conjunto de los despedidos a la trabajadora interesada»*. En otro caso, esto es, si no se especifican adecuadamente los criterios que han determinado de forma específica el cese

de la trabajadora la conclusión habrá de derivar en la declaración de nulidad del cese consecuente<sup>31</sup>.

En segundo lugar, hemos de referir la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018, Recurso 2708/2016. En ella se advierte que los criterios de selección considerados en la memoria explicativa de las causas del despido colectivo resultan insuficientes en tanto que nada refieren respecto del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora recurrente (los servicios centrales). Precisa la Sala que la empresa debió ofrecer una adecuada justificación relativa a que la decisión extintiva resultaba «*idónea, razonable y proporcionada*», precisando adecuadamente la razón por la que se había de prescindir del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora embarazada en relación con las causas económicas aducidas. En definitiva, el Tribunal Supremo acoge la pretensión deducida por la trabajadora, declarando la nulidad de su despido, al no constar adecuadamente en la memoria explicativa del despido colectivo los criterios de selección utilizados, sin que existiera una mención adecuada relativa al puesto desempeñado por la misma.

## 5. CONCLUSIONES Y ACTUAL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Seguramente el aspecto más visible y constatable de trato discriminatorio hacia la mujer se concreta en el aspecto salarial. Sin embargo, hay otra circunstancia muy relevante que limita el acceso de la mujer al mundo laboral y que tiene que ver con la maternidad identificando un problema de particular relieve en nuestro país. La igualdad entre hombres y mujeres ha ocupado un papel referente en el proyecto de la UE habiéndose consolidado este objetivo primordial en múltiples Tratados y normas de la Unión. En este ámbito se ha fijado como objetivo de primer nivel la eliminación de las desigualdades que puedan existir entre hombres y mujeres, desplegando múltiples iniciativas para promover la igualdad.

Dentro de esa política de promoción de la igualdad la protección de la trabajadora embarazada ha ocupado una posición referente, destacando a tal efecto la Directiva 92/85 destinada a la promoción de las condiciones de seguridad y salud de la trabajadora embarazada. Esta norma sienta las bases para ofrecer una protección objetiva frente a la decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo que pueda venir vinculada a esta situación. Así se ofrece una protección reforzada desde el comienzo del embarazo hasta la finalización de los permisos de maternidad.

Desde su inicio el TJUE realizó una defensa férrea del derecho de igualdad de la trabajadora embarazada apreciando desde el *asunto Dekker* que cualquier perjuicio sufrido achacable al embarazo había de considerarse como una discriminación directa, sin que resultara necesario acudir a referencias de orden comparativo.

En nuestro país se toma cartas en el asunto a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que contempló el derecho de la trabajadora a no comunicar al empresario su estado de embarazo desplegándose una protección objetiva desde el momento de la fecha del inicio del mismo. Asimismo por vía del artículo 55.5 ET se establece la nulidad del despido que tenga por móvil alguna causa de discriminación, entre las que se

---

<sup>31</sup> Acerca del contenido de la carta de despido colectivo vid. GODINO REYES, M. “Nuevamente sobre el contenido de la carta de despido colectivo. ¿Controversia agotada? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 397/2018, de 16 de abril. *RTSS. CEF.* núm. 425.426, págs. 145 y ss.

encuentra significativamente aquella que tiene su origen en el embarazo, ofreciendo tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional una interpretación integradora que consagró la declaración de nulidad a excepción de los supuestos en que se considerara la procedencia del despido y con independencia de que el empresario conociera la situación de embarazo de la trabajadora.

Frente a tal situación, no obstante, la doctrina posterior ha señalado los límites hasta los que se extiende el derecho. Así la doctrina jurisprudencial ha estimado que si la decisión extintiva de la empresa se produce durante el período de prueba, cuando el contrato de trabajo aún no es firme, cabe la posibilidad de hacerlo válidamente si se salva el indicio de que la decisión extintiva no venga producida por la existencia del conocimiento del embarazo a cuyo efecto la empresa deberá desplegar la prueba oportuna, para el supuesto de reclamación, de la que se desprende que la decisión se encuentra motivada por razones ajenas a la situación de embarazo. En modo añadido esa tutela se amplía hasta el momento de la contratación previa o la sucesión de contratos temporales sin que se interprete como lícito rehusar la contratación o sortear la prórroga de una relación contractual temporal si el motivo de fondo coincide con la situación de maternidad de la trabajadora embarazada. También resulta exigible, en último término, que si la trabajadora forma parte de un ERE, se ofrezcan motivos transparentes y expresos de las condiciones pactadas a tal efecto sin que pueda enmascarse el cese de la embarazada bajo esta fórmula indirecta.

En forma paralela la tutela reparadora que se articula frente a la infracción de un derecho fundamental de igualdad queda reforzada desde el momento en que se permite una indemnización automática una vez verificada, ex artículo 183.2 LRJS, permitiendo a tales efectos una indemnización reparadora destinada a «*resarcir suficientemente a la víctima*» y otra indemnización con efectos disuasorios destinada a la finalidad de prevenir el daño.

De otro lado, resulta apreciable que, desde la incorporación masiva de la mujer al trabajo por cuenta ajena en las últimas décadas del siglo pasado, el índice de natalidad ha pasado a ser de los más bajos del mundo. Esta circunstancia no solo ha repercutido ya en el envejecimiento progresivo de la sociedad sino en la dificultad paralela que se traduce en la problemática sostenibilidad del sistema de pensiones a medio y largo plazo.

La dificultad de acceso de la mujer al mundo laboral se muestra a través de varios perfiles. Con frecuencia se piensa desde la perspectiva empresarial que la maternidad *distrae* a la mujer de sus obligaciones laborales, limitando la disponibilidad incondicionada que pueden tener sus competidores masculinos. También puede suponer –*se reitera, desde la descrita perspectiva empresarial*– un perjuicio añadido pues una baja maternal puede implicar unos costes complementarios entre los que habría que incluir la formación del trabajador que pasará a ocupar la plaza vacante.

Las circunstancias expuestas han debilitado la inserción normalizada de la mujer trabajadora en el mundo laboral provocando como efecto reflejo el retraso generalizado de la edad elegida para la maternidad, la disminución del número de hijos o la necesidad de elegir de forma excluyente entre la carrera profesional y la maternidad.

En los países escandinavos la caída de la natalidad en los años 80-90 del pasado siglo generó un intenso debate del que se dedujeron amplias medidas de apoyo estatales de ayuda a la maternidad que consiguieron con el paso del tiempo revertir claramente la situación. En nuestro país tras décadas de convivir con un problema que no parece generar el suficiente debate social el índice de natalidad sigue entre los más bajos del mundo ante

la inacción de los poderes públicos, instalándose la idea de que la previsión de la ONU proyectada hacia el año 2050 situará a España, junto a Corea del Sur y Japón, entre los tres países más envejecidos del mundo<sup>32</sup>. Estamos pues antes una crisis anunciada, en la que se nos ofrece como telón de fondo una bajísima tasa de natalidad mantenida en el tiempo durante décadas, sin que los poderes públicos se den por aludidos o admitan la necesidad de adoptar medida alguna. Ni siquiera la grave repercusión que lo expuesto implica para el sistema de pensiones provoca reacciones por parte del poder legislativo o de los actores sociales. Probablemente pueda ser porque no hay una previsión inmediata de colapso del sistema de pensiones dentro del margen temporal que ocupa una legislatura (4 años).

Esta realidad, en cualquier caso, hace más urgente la necesidad de reclamar un modelo estatal de apoyo a la maternidad más amplio y global que se debería traducir, no sólo en la consolidación del modelo protector desde las perspectivas reparadora y preventiva de la trabajadora embarazada, sino en el desarrollo de otras medidas complementarias de mejora del tratamiento de la mujer trabajadora, como el incremento de ayudas para guardería así como mayores ayudas para las familias numerosas, el incremento de las mismas para situaciones de partos múltiples o, de forma primordial, el incremento de las prestaciones de maternidad (*es notorio y patente que 16 semanas es un período insuficiente, véase que frente a nuestros 112 días de prestación, Noruega ofrece 315, Reino Unido 365, Croacia 410 o Suecia 480*).

---

<sup>32</sup>A este respecto, consultar SÁNCHEZ PÉREZ, J., No hay niños para el parque, *Los retos financieros del sistema de seguridad social: Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, 2014, ISBN 978-84-92602-77-3, págs. 85 a 92.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. MANUAL DE LEGISLACIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo de Europa, Luxemburgo*, 2010, ISBN 978-92-871-9986-7.

ALONSO OLEA, M., “Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo”, *REDT*, n.º 36/1988.

BALLESTER PASTOR, M. A., “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º 92, 2011 (*Ejemplar dedicado a: Derecho Social Internacional y Comunitario*).

——— *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo blanch, 2016, ISBN13 9788491438373

CORDERO SAAVEDRA, L., «Embarazo de trabajadora y extinción de contrato de trabajo temporal. A propósito de la doctrina comunitaria y del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004.

FABREGAT MONFORT, G., *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, 2008, ISBN13 9788499853673, Tirant lo blanch.

FERNÁNDEZ AVILÉS, JA., “Afectación de la mujer embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela preventiva es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16. *RTSS. CEF*. núm. 425.426.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada*, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2005.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, C.E.S., Madrid, 2004, ISBN 84-8188-216-X.

GODINO REYES, M. “Nuevamente sobre el contenido de la carta de despido colectivo. ¿Controversia agotada? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 397/2018, de 16 de abril. *RTSS. CEF*. núm. 425.426.

MANGAS MARTÍN, A., “Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del Tratado constitucional”, *Revista General de Derecho Europeo*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2007.

MANGAS MARTÍN, A., “Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: balance”, *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Coord. Aldecoa Luzárraga, 2008, ISBN 978-84-9768-517-7.

DE ROTTERDAM, ERASMO, “Elogio de la locura o encomio de la estulticia”, edición y traducción a cargo de Pedro Voltes, Madrid, Espasa Calpe, 2008, 16ª ed.

SÁNCHEZ PÉREZ, J. No hay niños para el parque, *Los retos financieros del sistema de seguridad social: Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, 2014, ISBN 978-84-92602-77-3, págs. 85 a 92.

——— (Blog Laboral) Exclusión de la protección automática para las embarazadas afectadas por un ERE. Disponible en la URL: <https://jsanchezperez.es/exclusion-de-la-proteccion-automatica-para-las-embarazadas-afectadas-por-el-ere.blog>

SZYSZCZAK, E., “La significación y alcance de la directiva sobre la protección de la maternidad”, CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

VIERA ÁLVAREZ, C., “La nulidad del despido de la mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español”, *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 3, 2009

**EL TRATAMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y SU INCIDENCIA EN ESPAÑA**

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA  
*Profesor SI de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga*

*“La tarea de incluir plenamente a las personas con discapacidades y de dar apoyo a sus capacidades humanas requiere de una nueva concepción de la cooperación social y de las motivaciones humanas de la misma”*

*Martha C. Nussbaum*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NUEVA PERCEPCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA SOCIEDAD ACTUAL
3. EL PAPEL DEL TJUE ANTE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD
4. EL IMPACTO EN ESPAÑA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL TRABAJO: SELECCIÓN DE CASOS MÁS DESTACADOS
5. CONCLUSIONES



## 1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de la discapacidad se ha convertido en un tema recurrente y de especial atención a nivel global. Un examen del último *Informe Mundial sobre la Discapacidad (2011)* nos desvela un panorama desalentador reflejándolo en los siguientes términos: “Más de mil millones de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad; de ellas, casi doscientos millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento. En los años futuros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su prevalencia está aumentando”. Por lo que respecta al espacio europeo actual, y según se desprende de la lectura de la *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020*, una de cada seis personas tiene una discapacidad entre leve y grave, lo que suman ochenta millones de personas en todo el territorio de la Unión Europea. Junto a estos datos tan significativos, debemos señalar el importante cambio cualitativo que se experimenta mediante la introducción de una nueva percepción de la discapacidad, lo que ha supuesto una ruptura drástica con los modelos y paradigmas de etapas anteriores.

Desde estos nuevos planteamientos, que nacen bajo el umbral de los principios inspiradores que aporta el enfoque de las capacidades y del desarrollo humano, cuyos autores más representativos son Amartya SEN y Martha NUSSBAUM, se va a producir el gran hito en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad: la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada en el año 2007, por España; y en el año 2010, por la Unión Europea.

Realizado el análisis previo, que nos aproxima a la idea actual de discapacidad, y sobre el marco que se establece desde los contenidos del art. 27 de la citada Convención, nos adentraremos en el estudio del papel que desempeña el TJUE, en relación a la defensa de los derechos de las personas trabajadoras con discapacidad y su no discriminación en materia de empleo; destacándose del mismo: su importante labor en la interpretación de los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, su tarea imprescindible a la hora de llevar a cabo la armonización de los normas internacionales con el Derecho europeo, y su acogimiento por las normas y los tribunales de los Estados Miembros de la Unión Europea en general, y de España en particular.

Finalizaremos nuestra exposición abordando el estudio de algunos casos más destacados de la jurisprudencia española, que mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, ex art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, se ha producido el pronunciamiento del mismo respecto a la adecuación de la normativa española al Derecho europeo existente sobre esta materia.

## 2. LA NUEVA PERCEPCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA SOCIEDAD ACTUAL

La discapacidad a lo largo de la historia se ha manifestado como un fenómeno complejo<sup>1</sup>, cargado de numerosas contradicciones y estrechamente vinculado a la

---

<sup>1</sup> Desde una posición mayoritaria, la discapacidad se percibe como una situación heterogénea que envuelve la interacción de una persona en sus dimensiones físicas y/o psíquicas y los componentes de la sociedad en la que se desarrolla y vive; por lo tanto, además de heterogénea, se trata de una situación compleja, dependiente del medio y la cultura y de difícil evaluación. *Vid.* PADILLA MUÑOZ, Andrea. “Discapacidad: Contexto, Concepto y Modelos”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 2010, núm. 16, p. 384.

condición del ser humano. Las respuestas jurídicas<sup>2</sup>, políticas y sociales a la problemática que suscita no se corresponden con unos criterios homogéneos, dependiendo en gran medida de los principios morales que una determinada sociedad adopta para decidir lo que es adecuado o inadecuado y, de las creencias y del pensamiento filosófico que, sobre el concepto de persona, se tenía en una determinada época<sup>3</sup>.

De forma más explícita, el profesor AGUADO DÍAZ sostiene que “cada sociedad tiene en cada momento histórico unas determinadas necesidades y unos valores sociales -contexto social-, en función de los cuales se establece lo que es adecuado socialmente y lo que resulta inadecuado -diferencia-, unos encargados -expertos- que precisan la forma de distinguir -criterios de selección- a los sujetos -diferentes-, el calificativo con que se les ha de reconocer -terminología-, la función que han de desempeñar en la sociedad -papel social- y el trato que se les ha de otorgar -tratamiento-”<sup>4</sup>.

Otra cuestión fundamental que conviene abordar con carácter previo es la distinción terminológica que existe entre “paradigma” y “modelo histórico de interpretación” -o simplemente “modelo”-. En la literatura científica sobre discapacidad, es muy frecuente encontrarse una equiparación conceptual entre ambos términos; sin embargo, conviene precisar que desde la perspectiva científica, como han señalado algunos autores, estos términos no son exactamente lo mismo. En este sentido, KUHN<sup>5</sup> nos acerca al concepto científico de paradigma lo define como “un conjunto de realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan *modelos* de problemas y soluciones a una comunidad científica”<sup>6</sup>. Este autor destaca el carácter temporal de los paradigmas en el que se sustenta la evolución de la ciencia; además, aclara que cuando los paradigmas científicos dejan de dar respuesta a los problemas que les atañen, “ocurren rupturas violentas en las que la ciencia se convulsiona, destruye los paradigmas desgastados y los sustituye con otros nuevos”<sup>7</sup>. Es decir, los avances científicos estarían sustentados en los cambios de paradigmas, que implican a su vez concepciones diferentes de percibir la realidad y, que son aceptados y reconocidos universalmente por la comunidad científica.

Precisamente y en referencia al cambio de paradigmas, KHUN ha especificado que podemos hablar de un cambio de paradigma en el momento en que “colisionan dos paradigmas rivales, con tres grandes diferencias entre ellos: 1º. Consideran que existen diferentes problemas por resolver así como diferentes concepciones de la ciencia de la que se ocupan. 2º. Presentan importantes, si no profundas, diferencias conceptuales, diferente lenguaje teórico y distinta interpretación ontológica de la realidad analizada. 3º. Comportan, una diferente visión del mundo”<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ IGLESIAS ha escrito: “la discapacidad ha existido desde tiempos inmemoriales (...) En la historia de la discapacidad, hay cambios drásticos en las legislaciones que han obedecido al pensamiento y creencias de la época respecto a la discapacidad”. *Vid.* FERNÁNDEZ IGLESIAS, José Luis. Historia, discapacidad y valía. En LEDESMA HERAS, Juan Antonio (ed.). *La imagen social de las personas con discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2008, p. 177.

<sup>3</sup> *Vid.* VELARDE LIZAMA, Valentina. “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”. *Revista Empresa y Humanismo*. 2012, vol. XV, núm. 1, p. 116.

<sup>4</sup> *Vid.* AGUADO DÍAZ, Antonio León. *Historia de las deficiencias*. Madrid: Escuela Libre Editorial Fundación ONCE, 1995, p. 20. Disponible en Web del Servicio de Información sobre Discapacidad: [http://sid.usal.es/idos/F8/8.1-5051/Libro Historia de las deficiencias.pdf](http://sid.usal.es/idos/F8/8.1-5051/Libro%20Historia%20de%20las%20deficiencias.pdf)

<sup>5</sup> *Vid.* KUHN, Thomas Samuel. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de cultura económica, 2013. En esta obra, el autor analiza el comportamiento de las comunidades científicas encargadas de seleccionar el modo más apto de practicar la ciencia futura.

<sup>6</sup> *Ibidem.*, p. 270.

<sup>7</sup> *Ibidem.*, p. 271.

<sup>8</sup> *Ibidem.*, pp. 272-273.

Por otra parte, en relación al término “modelo” entendido como “modelo histórico de interpretación”, DÍAZ VELÁZQUEZ nos aproxima al concepto relacionándolo y diferenciándolo al mismo tiempo del “paradigma” en los siguientes términos: “El *modelo*, por el contrario, se insertaría dentro del paradigma -ya que su explicación del fenómeno sería coherente con la forma de ver el mundo del mismo-, pero sería más una abstracción teórica de una realidad, para comprenderla<sup>9</sup>”.

En conexión lógica con las ideas expuestas entenderemos que, el “modelo” se diferencia claramente del “paradigma”, siendo éste simplemente una aprehensión o representación simplificadora de la realidad en la que sólo se destacan las relaciones consideradas más significativas y definitorias del fenómeno.

Realizadas las oportunas precisiones conceptuales y terminológicas, así como las de carácter analítico y procedimental, mostraremos de forma esquemática la evolución histórica<sup>10</sup> del tratamiento de la discapacidad en función de los paradigmas y modelos de interpretación que se han ido sucediendo en las diferentes sociedades y culturas<sup>11</sup>.

Siguiendo un orden coherente, desde una perspectiva lógica y cronológica, aunque con la convicción de que los cortes temporales son meras convenciones artificiales, en el estudio de la discapacidad podremos distinguir tres paradigmas<sup>12</sup> que coinciden, a grandes rasgos, con tres periodos históricos: “el paradigma de la prescindencia”, característico de la Antigüedad y el Medioevo; “el paradigma de la rehabilitación”, propio de la primera mitad del siglo XX y “el paradigma de la autonomía personal”, surgido a partir de la década de los sesenta del siglo pasado y cuyos postulados intentan impregnar la nueva visión de la discapacidad.

Estos tres paradigmas de la discapacidad, junto a sus modelos más representativos, están reflejados en el esquema que contiene el gráfico núm. 1, mostrando en cada uno, qué rol cumple un ser humano cuyas características no parecen coincidir con lo que en cada época se considera como inherente a la persona<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Vid. DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo. *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. Un estudio sobre la desigualdad por razón de discapacidad*. Madrid: Cinca, 2017, p. 21.

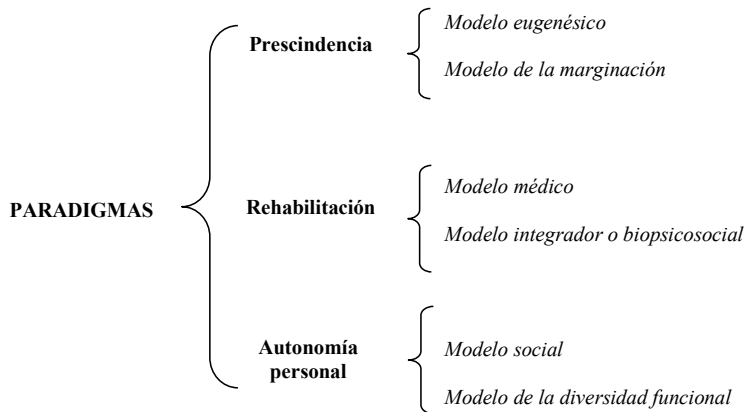
<sup>10</sup> Como ya se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, nuestro interés principal en este estudio es el enfoque relacional que incluye a su vez -como se verá *ut infra*- el jurídico, el social y el laboral. En este sentido, BARTON ha señalado que para realizar un análisis de la discapacidad desde estas perspectivas -se refiere a la social, que entendemos incluida-, es indispensable partir de una “base histórica”. Vid. BARTON, Len. “Sociología y discapacidad: algunos temas nuevos”. En BARTON, Len (comp.) *Discapacidad y Sociedad*. Madrid: Morata, 1998, p. 26.

<sup>11</sup> Conviene aclarar que no pretendemos reproducir aquí un estudio extenso y exhaustivo que excedería e incluso nos podría alejar de los objetivos propuestos. Nuestra intención está orientada a conocer aquellas concepciones de la discapacidad con mayor impacto y aceptación en las distintas épocas. También, intentaremos profundizar en los cambios acaecidos en dichas concepciones -en conexión con los cambios sociales, jurídicos, culturales, científicos, etc.-, que nos permita acercarnos de forma coherente al análisis del momento actual.

<sup>12</sup> Recuérdese -como ya se expresó con anterioridad- que un sector de la doctrina no utiliza el término paradigma y prefiere realizar una clasificación atendiendo a los modelos y submodelos. Nuestra opción, justificada suficientemente *supra*, adopta los términos “paradigma” y “modelo” por entender que se ajustan de forma razonable, coherente y adecuada a la realidad que subyace siguiendo en este caso los criterios de KHUN y DÍAZ VELÁZQUEZ.

<sup>13</sup> Con el propósito de llegar a un mejor entendimiento de nuestra realidad actual. Vid. VELARDE LIZAMA, Valentina. “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”...*op. cit.*, p. 117.

### Gráfico 1. Paradigmas y modelos históricos de la discapacidad



FUENTE: Elaboración propia.

#### 2.1. El paradigma de la autonomía personal

Mediante este paradigma se introduce una nueva percepción de la discapacidad desplazando su núcleo central de análisis de lo personal a lo social<sup>14</sup>. Se distinguen dos modelos: el modelo social y el de la diversidad funcional.

El modelo social, desde una perspectiva eminentemente sociológica, entiende la discapacidad como sociología emancipadora que tiene por objetivo la creación de una sociedad sin barreras<sup>15</sup>. Por lo tanto, centra su estudio desde una posición integradora de las personas con discapacidad en la sociedad. Otra novedad que se introduce, desde el punto de vista político, es que la responsabilidad colectiva<sup>16</sup>, que se desprende de los principios que informan este modelo, se configura como una cuestión de derechos humanos. Consecuentemente, el modelo social destaca la importancia de las características del entorno que define a la persona con discapacidad y no las características de funcionamiento de la persona.

<sup>14</sup> Asistimos a un cambio profundo de paradigmas respecto a la concepción de la discapacidad. Un sector doctrinal, sostiene que el nuevo paradigma “(...) centra su campo principal de intervención en revertir la situación de dependencia ante los demás, y afirma que ese problema se localiza en el entorno, incluyendo en el concepto de entorno al propio proceso de rehabilitación, pues es ahí donde a menudo se genera o se consolida la dependencia”. *Vid.* JIMÉNEZ LARA, Antonio. “Conceptos y tipologías de la discapacidad...*op. cit.*”, p. 190. También puede consultarse sobre este tema en DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo. *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España...op. cit.*, p. 28.

<sup>15</sup> Si bien conviene precisar, como se ha puesto de manifiesto por parte de un sector de la doctrina que “El modelo social, como es lógico -aunque en ocasiones no se manifieste con claridad-, sí que considera que existe un sustrato fisiológico de la discapacidad que lleva a requerir, bien de un modo puntual, bien con cierta continuidad, de apoyos médicos” *Vid.* BARTON, Len. “Sociología y discapacidad: algunos temas nuevos”...*op. cit.*, p. 25. Pero ese enfoque terapéutico, desde su perspectiva, “(...) debería orientarse no a la adaptación -como en el modelo médico- sino a la capacitación, yendo necesariamente acompañado de cambios más profundos en las estructuras sociales y económicas” *Vid.* OLIVER, Michael. “¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?”. En BARTON, Len (comp.) *Discapacidad y sociedad*. Madrid: Ediciones Morata, 1998, p. 49.

<sup>16</sup> *Vid.* JIMÉNEZ LARA, Antonio. “Conceptos y tipologías de la discapacidad...*op. cit.*”, p. 178. Entendiéndose que el contenido de esta responsabilidad colectiva se concreta en la realización de las modificaciones necesarias en el entorno y, de esta forma, facilitar la plena participación de estas personas en todos y cada uno de los ámbitos de la vida social.

Hay que destacar que los teóricos de este modelo son los integrantes de los movimientos sociales en torno a la discapacidad, en concreto el movimiento por una vida independiente. ABBERLEY afirma que, estos movimientos son los que ayudaron a configurar, con su acción previa, un modelo social de la discapacidad<sup>17</sup>, contribuyendo al desarrollo de políticas de identidad colectiva que han permitido que la experiencia de la discapacidad se reintepre de un modo positivo.

Según se concebía en el modelo médico, la individualización de los problemas de la discapacidad servía a la clase dominante para que no se cuestionaran las estructuras sociales y económicas, pero para los teóricos del modelo social, el problema de la discapacidad no reside en los individuos, atañe directamente a la sociedad. Por este motivo, las investigaciones deberían centrarse en identificar de qué forma la sociedad incapacita a las personas, más que de los efectos sobre los individuos<sup>18</sup>.

No obstante, otros autores piensan que no debería analizarse la discapacidad exclusivamente desde una perspectiva materialista, sino que también se debería tener en cuenta la experiencia de las personas con discapacidad y el papel que juega la cultura en la opresión o discriminación de este colectivo. Por lo tanto, la discriminación de las personas con discapacidad no tiene su origen en relaciones de producción materiales, sino que existen también razones de tipo subjetivo, tanto respecto a prejuicios<sup>19</sup> que se originan en las representaciones culturales de las personas con discapacidad, como en las propias identidades individuales de las mismas.

En referencia a la noción del concepto “insuficiencia” –o “deficiencia”–, de conformidad con las aportaciones de ABBERLEY<sup>20</sup>, es una categoría que ha ido cambiando a lo largo de la historia de acuerdo con el contexto –no es de producción natural–. Por esta razón es necesario analizar sociológicamente este concepto “ya que ésta es el sustrato material sobre el que se erigen las estructuras sociales opresoras de la discapacidad”, por lo tanto y en palabras de este autor, “no es una categoría abstracta, porque siempre y solo ocurre en un contexto social e histórico que determina su naturaleza”.

El segundo modelo, denominado modelo de la diversidad funcional, se caracteriza por enfocar la discriminación desde el plano de los derechos y la ética. Se diferencia del modelo social por poseer una perspectiva de análisis tridimensional, abarcando

<sup>17</sup> Vid. ABBERLEY, Paul. “Trabajo, utopía e insuficiencia”. En BARTON, Len (comp.) *Discapacidad y sociedad*. Madrid: Ediciones Morata, 1998, p. 92. Por otra parte, VERDUGO se ha mostrado crítico con esta concepción ideológica del modelo social. Aunque hay que advertir que es aceptado por la comunidad científica que todo conocimiento científico va acompañado de unos valores, una ideología o un modo de ver, y que es preferible hacerlos explícitos antes de subsumirlos en una pretendida racionalidad científica o un falso positivismo neutral, como ha sucedido en el pasado con la perspectiva médica -cargada de valores, como todo conocimiento científico-. Vid. VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel. “La concepción de la discapacidad en los modelos sociales”. En JORDÁN de URRÍES VEGA, Francisco de Borja. (coord.) *Investigación, innovación y cambio: V Jornadas Científicas de Investigación sobre personas con discapacidad*. Salamanca: Amarú, 2003, p. 241. Véase también en DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo. *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España...op. cit.*, p. 29.

<sup>18</sup> Vid. OLIVER, Michael. “¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?”...*op. cit.*, pp. 45-49.

<sup>19</sup> Prejuicio que está implícito en el lenguaje, en la socialización, en la representación cultural, etc. Véase en este sentido en BARMES, Colin. “Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental”. En BARTON, Len (comp.) *Discapacidad y Sociedad*. Madrid: Morata, 1998, p. 64. También puede consultarse en OLIVER, Michael. “¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?”...*op. cit.*, p. 49.

<sup>20</sup> Destacamos en este sentido la aportación fundamental que introduce este autor respecto a la “deficiencia” -o “insuficiencia”-, desmontando la idea de que la “deficiencia” es natural y consustancial al individuo, pues está condicionada por el contexto social. Vid. ABBERLEY, Paul. “Trabajo, utopía e insuficiencia”. En BARTON, Len (comp.) *Discapacidad y sociedad*. Madrid: Ediciones Morata, 1998, pp. 77-80.

el plano jurídico, social y bioético<sup>21</sup>. Los principios fundamentales sobre los que se sustentan son: la diversidad, la igualdad y la dignidad<sup>22</sup> –tanto en su dimensión intrínseca como la extrínseca– y la clave para delimitar la pertenencia a este grupo no está en la diversidad funcional sino en la discriminación<sup>23</sup>. Considerando que estas personas tienen funcionamientos diferentes y que aceptando esa diversidad en las formas de funcionar, algunas personas son discriminadas por su diversidad funcional y otras no.

## 2.2. El enfoque de las capacidades como perspectiva de derechos de las personas con discapacidad

En los últimos tiempos estamos asistiendo a un desarrollo significativo en los cambios que se están produciendo, en las sociedades occidentales, respecto al tratamiento que se otorga a las personas con discapacidad. Estos cambios, que se detectan en los distintos ámbitos de la vida de las personas, suponen una importante transformación en la forma de percibir y tratar a las personas con discapacidad, pasándose del paradigma de la rehabilitación al actual de la autonomía personal, que significa entender el fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos<sup>24</sup>. En este nuevo paradigma, analizado desde la perspectiva de los modelos<sup>25</sup> que lo integran, aparece un debate doctrinal<sup>26</sup> entre aquellos que defienden que el modelo social es el único existente en la actualidad -sin reconocer el paradigma de la autonomía personal-; y por otra parte, aquel sector que distingue la existencia y evolución de dos modelos: el modelo social y el modelo de la diversidad funcional integrados en el paradigma de la autonomía personal.

Nuestra posición se adhiere a esta segunda línea de pensamiento que defiende la integración de los dos modelos en el paradigma de la autonomía personal y coincidimos con este sector doctrinal al argumentar que “(...) pese a que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene sus raíces en el modelo social,

---

<sup>21</sup> Este modelo que tiene también la influencia del activismo -especialmente de los representantes del “Foro de Vida Independiente en España”-, tiene como principal originalidad, con respecto al modelo social, la utilización del concepto de “diversidad funcional” en contraposición a otros términos que se han usado habitualmente pero que tienen connotaciones peyorativas: invalidez, minusvalía y discapacidad. Vid. DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo. *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España...op. cit.*, p. 33.

<sup>22</sup> Sobre la dignidad y la libertad relacionada con el enfoque del desarrollo de las capacidades humanas son muy significativas las aportaciones de Martha NUSSBAUM y Amartya SEN. Consultar en SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Alfaguara Grupo Editorial SLU, 2009. También véase NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Editorial Paidós, 2007 y NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Sobre el estudio relacionado con esta autora y obra puede consultarse en MONEREO PÉREZ, José Luis. *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*. Albacete: Bormazo, 2017.

<sup>23</sup> Teniendo en cuenta que uno de los principales instrumentos para superar esa discriminación es el Derecho Vid. PALACIOS RIZZO, Agustina y ROMANACH CABRERO, Javier. *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional* Madrid: Ediciones Diversitas-AIES, 2006.

<sup>24</sup> Destacando la mejora y el progreso -señalado por parte de la doctrina- que se produce con el paso de los paradigmas anteriores al actual de la autonomía de la voluntad. Vid. CAMPOY CERVERA, Ignacio. *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson, 2004, p.10. También, y en este mismo sentido se puede ver en VICTORIA MALDONADO, Jorge Alonso. “el modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 2013, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013, pp. 1094-1095.

<sup>25</sup> Recuérdese en este sentido, como se expresó con anterioridad, que el modelo de la diversidad funcional se diferenciaba del modelo social por poseer una perspectiva de análisis tridimensional, abarcando el plano jurídico, social y bioético; además, los principios fundamentales sobre los que se sustentan son: la diversidad, la igualdad y la dignidad -tanto en su dimensión intrínseca como la extrínseca- y la clave para delimitar la pertenencia a este grupo no está en la diversidad funcional sino en la discriminación.

<sup>26</sup> Vid. VELARDE LIZAMA, Valentina. “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”...*op. cit.*, p. 132.

sus fundamentos éticos están estrechamente ligados al modelo de la diversidad funcional, que es una evolución del modelo social<sup>27</sup>. Es decir, estos autores entienden que “el modelo de la diversidad funcional va más allá del modelo social<sup>28</sup>” y proponen: “la aceptación de la diversidad funcional como parte de la enriquecedora diversidad humana y la consecución de la plena dignidad en la diversidad funcional<sup>29</sup>”. Para ello proponen dos ideas o valores fundamentales: “dar el mismo valor a las vidas de todos los seres humanos y garantizar los mismos derechos y oportunidades a todas las personas<sup>30</sup>”.

Martha NUSSBAUM, profesora y filósofa norteamericana, autora del “enfoque de las capacidades”, dice que “(...) el enfoque de las capacidades va estrechamente ligado al enfoque de los derechos humanos<sup>31</sup>”. De hecho, esta profesora concibe su enfoque como una especificación del enfoque de los derechos humanos. Además, junto al elenco de capacidades aportada por NUSSBAUM, también existe otra lista de capacidades que presenta Amartya SEN en su planteamiento sobre el enfoque de las capacidades, en la que se incluyen muchos de los derechos sobre los que insiste el movimiento de los derechos humanos: las libertades políticas, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y otros derechos económicos y sociales. Destaca esta autora, que “(...) las capacidades, al igual que los derechos humanos, aportan un conjunto de objetivos humanamente ricos para el desarrollo, en lugar de ‘la riqueza y la pobreza de los economistas’, como tan acertadamente dijo MARX<sup>32</sup>”. En este sentido, la profesora haciendo un análisis comparativo de su enfoque -junto al seniano-, en relación al de los economistas tradicionales, llega a la conclusión de que el enfoque de las capacidades abarca tanto los derechos calificados de “primera generación” -las libertades políticas y civiles- como los derechos de “segunda generación” -derechos económicos y sociales-; y que, van a servir para aportar una justificación para unos derechos fundamentales de gran importancia que pueden servir como base tanto para el pensamiento constitucional en el nivel nacional como para el pensamiento sobre la justicia en el nivel internacional. Hay que destacar, que del análisis de los enfoques de SEN y NUSSBAUM, se puede apreciar muy claramente que los derechos relevantes son prepolíticos, no meras creaciones de las leyes y las instituciones, en este sentido un país que no haya reconocido estos derechos es en esta misma medida injusto. Es decir, como ha quedado claramente asentado, podemos afirmar que el enfoque de las capacidades es una especificación del enfoque de los derechos que aporta respuestas claras para algunas preguntas urgentes<sup>33</sup>.

Lógicamente, el resultado de esta línea de pensamiento sería que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Sin embargo, para poder llevar a cabo esta propuesta, será indispensable la existencia de dos presupuestos: de una parte, un marco favorecedor del expediente de inclusión<sup>34</sup>; y de otra, un clima de respeto a las diferencias<sup>35</sup>. En definitiva, se puede

<sup>27</sup> Vid. GUZMÁN CASTILLO, Francisco, TOBOSO MARTÍN, Mario y ROMANACH CABRERO, Javier. “Fundamentos éticos para la promoción de la autonomía”...*op. cit.*, p. 20.

<sup>28</sup> *Ibidem.*, p. 21.

<sup>29</sup> *Ibidem.*, pp. 21-22.

<sup>30</sup> *Ibidem.*, p. 22.

<sup>31</sup> Vid. NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Editorial Paidós, 2007, p. 281.

<sup>32</sup> *Ibidem.*, p.282.

<sup>33</sup> Precisamente NUSSBAUM realiza un tratamiento profundo y completo del enfoque de las capacidades como enfoque de derechos en el epígrafe titulado “Capacidades y derechos” de su obra: NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*...*op. cit.*, pp. 283-289.

<sup>34</sup> Adviértase que este tema se aborda en profundidad en el enfoque relacional.

<sup>35</sup> En este sentido autores como PALACIOS RIZZO, VICTORIA MALDONADO dicen que “(...) la vida de una persona con discapacidad tiene el mismo sentido que la vida de una persona sin discapacidad. En esta línea,

apreciar un fuerte vínculo entre este paradigma y la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos, cuyo objetivo se orienta hacia el desarrollo de las capacidades humanas -apartándose definitivamente de aquellas acciones o actitudes negativas que favorecen aún más la acentuación de las discapacidades-. En esta línea teórica, en la que se establece una clara conexión entre derechos humanos y desarrollo de las capacidades humanas, creemos que son muy adecuadas las siguientes definiciones<sup>36</sup>.

MORALES GIL los define como “aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, personas con capacidades diferentes, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente”. Ahora bien, desde una perspectiva más amplia, como la que nos aporta *el enfoque relacional*, los derechos humanos se perciben como “las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros<sup>37</sup>”.

La esencia del paradigma de la autonomía personal, también denominado “perspectiva de derechos”, reside en garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad, siendo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>38</sup> su instrumento jurídico de referencia; lo que implica necesariamente, que esta nueva concepción de la discapacidad está íntimamente relacionada con los valores esenciales<sup>39</sup> y principios<sup>40</sup> que fundamentan e informan los derechos humanos.

Desde esta nueva vertiente teórica, las personas con discapacidad se presentan como titulares plenos de derechos. Por este motivo, hay que redefinir los derechos, dotarlos de contenido material, hacerlos vinculantes, visibles y exigibles, además de, regular mecanismos sencillos de protección de tutela que garanticen su eficacia y su efectividad<sup>41</sup>.

BOBBIO ha señalado en su libro *El tiempo de los derechos* que conviene destacar que el problema fundamental que se detecta hoy, en relación a los derechos humanos, es

---

las personas con discapacidad remarcan que ellas tienen mucho que aportar a la sociedad, pero para ello deben ser aceptadas tal y cual son, ya que su contribución se encuentra supeditada y así mismo muy relacionada con la inclusión y la aceptación de la diferencia”. *Vid.* PALACIOS RIZZO, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad...* *op. cit.*, pp. 104-105 y también en VICTORIA MALDONADO, Jorge Alonso. “el modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos?”...*op. cit.*, p. 1105.

<sup>36</sup> *Vid.* MORALES GIL DE LA TORRE, Héctor. “Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos”. *Derechos humanos: dignidad y conflicto*. México: Universidad Interamericana, 1996, p. 19.

<sup>37</sup> Desde la perspectiva que aporta el enfoque relacional destacamos aquí la importancia que adquiere la “reciprocidad” como dimensión de la relación jurídica en la que se estudia y analiza la conducta y los comportamientos de las personas en las relaciones que se establecen entre ellas. *Vid.* MORALES GIL DE LA TORRE, Héctor. “Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos”. *op. cit.*, p. 19.

<sup>38</sup> Aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), supone la consagración del enfoque de derechos de estas personas, ya que considera a las mismas como sujetos titulares de derechos; y obliga a los poderes públicos, a garantizar el pleno y efectivo ejercicio de estos derechos.

<sup>39</sup> De estos valores destacamos por su importancia: la igualdad, la libertad y la dignidad humana. Debemos subrayar aquí el papel destacado que ocuparán estos valores en el “enfoque de las capacidades y desarrollo humano” de SEN y NUSSBAUM. Mientras que para SEN la “libertad” es el valor esencial en su teoría, para NUSSBAUM es la “dignidad”.

<sup>40</sup> Principios como por ejemplo: la no discriminación, la autonomía personal y la accesibilidad universal, que son los pilares básicos sobre los que se asienta la discapacidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos.

<sup>41</sup> Es decir, debe producirse el tránsito de “ciudadanos invisibles”, debido a las enormes barreras a las que se tienen que enfrentar habitualmente, a “ciudadanos iguales y participativos”, por su integración en la vida de la comunidad *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Julio Luis. (ed.) *Exclusión Social y Discapacidad*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2005, p. 123.



la forma efectiva de poder garantizarlos. En el siguiente fragmento, que reproducimos de la monografía citada, podemos apreciar como este autor subraya esta idea: “El problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos (...) El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino *cuál es el modo más seguro para garantizarlos*, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados<sup>42</sup>”.

Desde una dimensión más focalizada, que también se propone en el paradigma de la autonomía personal, abordaremos el análisis desde la perspectiva de los derechos sociales. En este sentido, son especialmente significativas las aportaciones de GURVITCH<sup>43</sup> quien ha afirmado que “El derecho social es la esencia misma de la democracia. Simboliza jurídicamente y encarna en sí la idea de autogobierno colectivo a base de igualdad y de libertad”, completando esta idea, añade que “La democracia es el derecho social organizado, la soberanía del derecho social es la democracia<sup>44</sup>”. Desde estas premisas, este autor concibe el derecho social como el *derecho característico de la comunidad*, es decir, es el derecho que nace por el hecho mismo de la unión asociativa y tiene como *función la integración de los individuos en la totalidad*.

Este enfoque integrador, que también se ha puesto de manifiesto por parte de BOBBIO al analizar las aportaciones de GURVITCH sobre los derechos sociales, queda patente al afirmar éste en su libro *El tiempo de los derechos* que: “El derecho social como derecho de integración social, se contraponen tanto al derecho de coordinación que regula las relaciones individuales entre personas singulares no integradas en una comunidad, cuanto al derecho de subordinación que es la forma degenerada del derecho social propia del Estado no democrático, en el cual el proceso de integración recíproca de todos los miembros en el todo social está roto por la supremacía de una relación de dominio de pocos sobre muchos. El derecho social es un hecho natural de toda comunidad humana, incluso si ésta no ha llegado todavía a la fase de su organización. No hay necesidad de un acto de voluntad para hacerlo surgir, como sucede en las relaciones individuales, y también en aquellas relaciones individuales degeneradas que son las de dominio<sup>45</sup>”.

Analizando la idea del derecho social de GURVITCH, desde la perspectiva que ofrece el enfoque de justicia relacional, el derecho social se percibe como “*un derecho autónomo de comunión, que integra de forma objetiva cada ‘todo’ real que encarna un valor positivo*; ese derecho de comunión hace participar al todo *en la relación jurídica que de él emana sin transformar ese ‘todo’ en un sujeto separado de sus propios miembros*<sup>46</sup>”; además, debemos destacar que “la relación interpersonal asume una gran relevancia desde el punto de vista de los valores de justicia, afirmando que el derecho social ha de expresar la comunión propia de la relación interpersonal colectiva, los valores de justicia

<sup>42</sup> Vid. BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. DE ASÍS ROIG, Rafael (trad.). Madrid: Editorial Sistema, 1996, pp. 63-64.

<sup>43</sup> Un estudio muy completo de GURVITCH sobre la idea del derecho social se puede ver en GURVITCH, Georges. *La idea del derecho social: noción y sistema de derecho social; Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta fin del siglo XIX*. MONEREO PÉREZ, José Luis y MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. (Trad.). Granada: Comares, 2005.

<sup>44</sup> La cita la realiza BOBBIO -de un estudio de GURVITCH escrito en 1927 titulado “Le principe démocratique et la démocratie future”, pp. 205-263- en su obra: BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos...op. cit.*, p. 33.

<sup>45</sup> *Ibidem.*, pp. 32-33.

<sup>46</sup> Vid. GURVITCH, Georges. *L’idée du droit social. Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu’à la fin du 19e siècle*. Paris (France): Editions Sirey, 1932, p. 15. Puede consultarse también sobre este tema en MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. “Justicia relacional: enfoque línea y método”. En MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. (Coord.). *Justicia relacional y principio de fraternidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi –Thomson Reuters, 2017, pp. 145-215.

de la comunidad subyacente, la cual, participa en un ‘todo’ que no absorbe al conjunto de sus miembros, los cuales permanecen separados -individualizados-, aun dentro de esa relación jurídica de comunión<sup>47</sup>”.

Por otra parte, tal como ha expresado ETXEBERRÍA MAULEON, el desarrollo de los derechos sociales específicos de las personas con discapacidad ha de centrarse en que, ante situaciones de desventaja, se garantice la igualdad de oportunidades para elegir, equilibrando las circunstancias de elección, como reconocimiento de la centralidad de la autonomía, pero también la igualdad de resultados en tanto que se garantice acceso suficiente al bienestar<sup>48</sup>. Sin embargo, esta igualdad de oportunidades a menudo queda relegada a un mero plano teórico, detectándose en la realidad de las personas con discapacidad un sinfín de barreras e impedimentos infranqueables. En este sentido, coincidimos con aquellas posiciones doctrinales que defienden la necesidad de realizar una redefinición, refuerzo y diversificación de los derechos sociales de estas personas, tratando previamente de modificar el entorno social. De esta forma, para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos políticos y civiles, se ha de consolidar un cuerpo de derechos sociales básicos orientado hacia la eliminación de barreras y obstáculos sociales. Para llevar a cabo esta tarea se deberá adoptar políticas<sup>49</sup> de sensibilización y visibilizarían que modifiquen las representaciones simbólicas de la sociedad y desarrolle los apoyos técnicos y personales necesarios e indispensables para que la integración social de este colectivo pueda realizarse de forma plena.

Sobre la importancia de adoptar políticas efectivas para conseguir una verdadera inclusión, Amartya SEN, autor del nuevo enfoque de las capacidades y desarrollo humano y premio Nobel de economía en 1998, ha puesto de manifiesto que: “Una comprensión de las demandas morales y políticas de la discapacidad es importante, no sólo porque es un rasgo de la humanidad tan amplio y deficitario, sino también porque las consecuencias trágicas de la discapacidad pueden ser superadas sustancialmente con una ayuda social determinada e intervenciones creativas. Las políticas que trabajen con esta habilidad pueden tener un dominio grande, incluyendo el aminoramiento de los efectos de la discapacidad, por un lado, y programas para prevenir el desarrollo de las discapacidades por el otro. Es extremadamente importante el poder comprender que la mayoría de las discapacidades son prevenibles, y mucho puede hacerse no sólo para disminuir el sufrimiento de la discapacidad, sino también para reducir la prevalencia de la discapacidad<sup>50</sup>”.

Otro efecto íntimamente ligado a este paradigma, desde la perspectiva de derechos, es el relativo al rechazo del concepto de dependencia. Se cuestiona, por parte de la doctrina, que la discapacidad lleve aparejada necesariamente dependencia y la no-discapacidad autonomía e independencia<sup>51</sup>, lo que implicaría que el concepto de dependencia supondría una “minusvaloración paternalista asociada a la condición

<sup>47</sup> Vid. MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. “Justicia relacional: enfoque línea y método”...*op. cit.*, p. 189.

<sup>48</sup> Adviértase en este sentido que la efectividad de la igualdad de oportunidades depende de que se produzca la eliminación de las barreras del entorno y de los obstáculos sociales que legitiman y materializan la discapacidad, de tal manera que las personas con discapacidad no presenten barreras para poder aportar -en términos laborales y otros- a la sociedad o a comunidad. Vid. ETXEBERRÍA MAULEON, Xabier. *La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2008, p.21.

<sup>49</sup> Sin olvidar que también es imprescindible llevar a cabo la adopción de medidas de tipo estructural que asuman, en particular, las desigualdades de tipo laboral y, en general, las de tipo económico.

<sup>50</sup> Vid. SEN, Amartya. “Discapacidad y justicia”. En: *Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo*. Banco mundial, diciembre de 2004. Disponible en: [http://latinamerica.dpi.org/1seNamaRtya-DIsCapaCIDaDyJUstICIA\\_001.doc](http://latinamerica.dpi.org/1seNamaRtya-DIsCapaCIDaDyJUstICIA_001.doc)

<sup>51</sup> Algunos autores aclaran que la dependencia e independencia no son “términos absolutos y dicotómicos”. Las personas dentro de la sociedad, no son totalmente dependientes ni independientes, están unidas por relaciones

de la persona<sup>52</sup>). Por este motivo, se propone la “interdependencia” como un elemento diferenciador de este paradigma; se introduce para reformular la condición de ciudadanos de las personas con discapacidad, sus aportes a la sociedad y reconfigurar los derechos sociales que se proyectan hacia ellos. Por lo tanto, la condición de ciudadanos de las personas con discapacidad, implica que viven en “relaciones de interdependencia”. DÍAZ VELÁZQUEZ, refiriéndose precisamente a las “relaciones de interdependencia”, ha subrayado que: “Este término, supone acentuar la existencia de dependencia recíproca entre las personas -tengan o no discapacidad- en las relaciones sociales. Admitir una ciudadanía de la interdependencia supone equilibrar las aportaciones de las personas con discapacidad a la sociedad o viceversa, reafirmando las redes de cooperación social en tanto que somos seres sociales, al mismo tiempo que redefine -a efectos prácticos y nominalmente- las medidas sociales que se establezcan para reducir las desigualdades estructurales existentes por razón de discapacidad<sup>53</sup>”.

### 3. EL PAPEL DEL TJUE ANTE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD

En el ámbito de la UE, el punto de partida en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en el empleo y la ocupación viene marcado por la Directiva 2000/78/CE<sup>54</sup>. Sin embargo, este instrumento jurídico establece un marco “limitado” y “palpablemente confuso” en relación a la adecuada protección que debería dispensarse a este colectivo. No se incluye en la norma un concepto de “discapacidad<sup>55</sup>” o de “persona con discapacidad”, remitiéndose a las legislaciones nacionales para que “los empresarios adopten las medidas adecuadas –ajustes razonables (art. 5)–”, con el fin de eliminar las desventajas que supone una disposición, criterio o práctica que implique una discriminación directa o indirecta para estas personas. Sin embargo, un gran hito histórico va a tener lugar con la aprobación en 2006 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). Ratificado en 2010 por la UE, es el primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI, así como el primer tratado internacional de derechos humanos que se abre a la firma

---

de interdependencia. *Vid.* VÁZQUEZ FERREIRA, Miguel Ángel y DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo. “Discapacidad, exclusión social y tecnologías de la información”. *Política y Sociedad*. 2009, vols. 1 y 2, núm.46, p. 242.

<sup>52</sup> Para profundizar sobre este tema se puede consultar en: ETXEBERRÍA MAULEON, Xabier. *La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual...op. cit.*, p.35.

<sup>53</sup> Sobre este asunto, este autor sostiene que el concepto de interdependencia es extremadamente útil como instrumento de desestigmatización para reformular la condición de ciudadano de las personas con discapacidad. *Vid.* DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo. *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España... op. cit.*, p. 45.

<sup>54</sup> Esta Directiva, que se adoptó en virtud del fundamento jurídico que proporcionaba el art.13 del Tratado de Ámsterdam, versa sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, mediante la cual se prohíbe la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, *discapacidad*, edad u orientación sexual (art. 1). Sobre este tema *Vid.* RUIZ SANTAMARÍA, José Luis. “Dificultades y retos de los trabajadores con discapacidad en el contexto europeo actual: análisis normativo y jurisprudencial de su régimen jurídico”. En GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (Coord.). *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2017, pp. 129-139. También del mismo autor *Idem.* “Mercado de trabajo y justicia relacional: el problema de las personas con discapacidad”. En MURCIA ROSALES, Domingo y LINAGE CONDE, Antonio (Coords.). *Alcalá la Real. Estudios: III Congreso homenaje a Antonio García Lizana*. Alcalá la Real: Ayuntamiento de Alcalá la Real, 2017. pp. 129– 141.

<sup>55</sup> Así se evidencia en el punto núm. 39 de *Vid.* STJUE (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, Caso Sonia Chacón Navas contra Eurest colectividades SA, Asunto C-13/05, ECLI: EU: C: 2006: 456.

de organizaciones regionales de integración, como la propia Unión Europea<sup>56</sup>. Además de recoger los derechos de las personas con discapacidad, también contempla las obligaciones de los Estados de promover, proteger y asegurar tales derechos<sup>57</sup>. A partir de su entrada en vigor en enero de 2011, tanto los Estados miembros como la propia UE han comenzado a adaptar sus ordenamientos jurídicos a la nueva realidad<sup>58</sup>. Desde el marco que se establece en el art. 27 de la esta Convención, nos adentraremos en el estudio del importante papel que desempeña el TJUE, en relación a la delimitación conceptual de discapacidad y su diferenciación de la enfermedad.

### 3.1 Aportación a la delimitación conceptual de discapacidad

La falta de una delimitación legal del concepto “discapacidad” –especialmente diferenciándolo de la “enfermedad”– ha provocado la intervención del TJUE en una gran cantidad de litigios de despidos de personas con discapacidad, apreciándose en los mismos, una discriminación directa o indirecta en relación a dicha condición. La primera cuestión prejudicial planteada, sobre esta materia, fue la llevada a cabo por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid en el caso Chacón Navas<sup>59</sup>. En la STJUE de 11 de julio de 2006, se aportaba el “concepto de discapacidad” especificando en el punto núm. 43 que “La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de ‘discapacidad’ se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. Además, se ha subrayado por el TJUE que este concepto debe gozar de una “interpretación autónoma y uniforme” en toda la UE<sup>60</sup>; y por tanto, no coincide con los múltiples conceptos de discapacidad, que de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales, hayan podido adoptar los Estados miembros.

Con ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por la UE (2010) se provocará un cambio en la concepción de la discapacidad que hasta ahora se había adoptado en el marco del empleo y la ocupación en el ámbito territorial de la UE. Así, en el art. 1, 2º párr. se establece que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

---

<sup>56</sup> Vid. CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LA UNIÓN EUROPEA”. EN VV. AA. *Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*. Madrid: Ed. Cinca, 2014, p. 389. También puede consultarse sobre este asunto el mismo autor, en: “EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO Y NACIONAL”, en CASTILLO DÍAZ, Marta. (pr.), *I Congreso Nacional sobre Empleo de las Personas con Discapacidad: Hacia la plena inclusión laboral*. UNIA. 2016, p. 9.

<sup>57</sup> Concretamente, la Convención establece como principios generales el respeto de la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana. Vid. CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD...”, *op. cit.*, p. 390.

<sup>58</sup> Sin embargo, al día de hoy queda mucho por hacer, es necesario que la Comisión Europea desarrolle unas directrices que permitan el *mainstreaming* de la CDPD en toda la legislación europea y que revise todo el acervo comunitario actualmente vigente. No le corresponde únicamente a la UE, realizar su trabajo, también es imprescindible que los Estados miembros realicen sus tareas.

<sup>59</sup> Vid. STJUE (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, Caso Sonia Chacón Navas contra Eurest colectividades SA, Asunto C-13/05, ECLI: EU: C: 2006: 456. Véase también en relación la Sentencia núm. 363/2006 del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 16 de octubre de 2006.

<sup>60</sup> Véase en este sentido los puntos 40 y 42 de la citada sentencia.

En este sentido, la STJUE de 11 de abril de 2013, Casos acumulados Ring-Werge<sup>61</sup>, integra este concepto de discapacidad –que difiere del Caso Chacón Navas analizado *ut supra*– en su punto núm. 47 “(...) que el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que (...) acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (...)”.

También en la STJUE de 18 de enero de 2018, Caso Ruiz Conejero<sup>62</sup>, se aporta la definición de “discapacidad” armonizando su interpretación con la CDPD, estableciendo en su punto núm. 28 que “Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva 2000/78/CE debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores<sup>63</sup>”. Reforzándose la idea expresada con anterioridad de que el concepto delimitado para la UE no tiene porque coincidir con los múltiples conceptos acuñados por las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Destacándose esta idea en el punto núm. 32 “No obstante, ha de precisarse que el hecho de que se haya reconocido al Sr. Ruiz Conejero la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE”; y completándose con el núm. 33 “En este sentido, para determinar si, en el litigio principal, la situación en que se encuentra el Sr. Ruiz Conejero está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la limitación de la capacidad de éste ha de calificarse de discapacidad a efectos de dicha Directiva (...)”.

### 3.2. Enfermedad *versus* discapacidad

Íntimamente ligado al subepígrafe anterior –ya que la tarea delimitadora del concepto “discapacidad” lleva implícita su diferenciación con la “enfermedad”– pasaremos a mostrar brevemente aquellos aspectos que el TJUE ha destacado como más relevantes en el tratamiento de esta materia.

Retomando la STJUE de 11 de julio de 2006 Caso Chacón Navas, en su punto núm. 47 el juzgador de la UE manifiesta que “(...) una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad”, por lo tanto se está delimitando las diferencias entre “discapacidad” y “enfermedad”, quedando esta última excluida del ámbito protector de la Directiva 2000/78/CE<sup>64</sup>. Otra cuestión que forma parte de la hermenéutica de la sentencia es el relativo a la conexión existente entre la “discapacidad” y una “situación

<sup>61</sup> STJUE (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013, Casos acumulados HK Danmark, en representación de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab y HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S, Asuntos acumulados C- 335/11 y C337/11, ECLI: EU: C: 2013: 222. Para profundizar sobre esta sentencia *vid.* MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del caso Ring”. *Temas Laborales*. 2015, núm. 130, pp. 135-160.

<sup>62</sup> STJUE (Sala Tercera) de 18 de enero de 2018, Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferrosser Servicios Auxiliares, S.A., y Ministerio Fiscal, Asunto C-270/16, ECLI: EU: C: 2018: 17.

<sup>63</sup> Véase, en este sentido, la STJUE de 9 de marzo de 2017, Caso Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, Asunto C406/15, EU:C:2017:198, (punto núm. 36).

<sup>64</sup> La equiparación de ambos conceptos de forma pura y simple no es posible (ver punto núm. 44).

de larga duración”, manifestándose en el punto núm. 46 que dice “(...) La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo periodo. Por tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de ‘discapacidad’, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”.

Posteriores pronunciamientos del TJUE introducirán nuevas interpretaciones que van a modificar estas ideas iniciales. Así, en la STJUE de 11 de abril de 2013, Casos acumulados Ring-Werge se marca una línea de equiparación –bajo ciertas condiciones– entre “discapacidad” y “enfermedad”. De esta forma, en el punto núm. 41 se dice que “(...) Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva 2000/78/CE”. Mediante el parámetro “larga duración” se va a poder establecer una posible equiparación entre “enfermedad” y “discapacidad”. Aclarándose esta circunstancia en el punto núm. 42 “En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos motivos en relación a lo cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación”.

Otra importante aportación es la que se produce a partir de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Caso Daouidi<sup>65</sup> concretando en el punto núm. 65 qué se entiende por “limitación duradera”: “En efecto, por lo que respecta, en particular, a la Directiva 2000/78/CE (...) el hecho de que una persona se halle en situación de IT, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación que sufre esa persona pueda ser calificada de “duradera”, con arreglo al concepto de ‘discapacidad’ mencionado por la Directiva 2000/78/CE”.

También en la STJUE de 18 de enero de 2018, Caso Ruiz Conejero, se establece una distinción entre “discapacidad” y “enfermedad” en relación al absentismo y así ha quedado recogido en el punto núm. 54 de la citada sentencia: “(...) las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubren la totalidad de las situaciones de “discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE”.

#### **4. EL IMPACTO EN ESPAÑA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL TRABAJO: SELECCIÓN DE CASOS MÁS DESTACADOS**

La recepción en España de la doctrina de la jurisprudencia del TJUE<sup>66</sup>, en materia de discriminación por discapacidad en el trabajo, ha sido muy dispar. Una primera aproximación, nos muestra que la interpretación de los razonamientos jurídicos del Alto

<sup>65</sup> STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016, Caso Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., y otros, Asunto C-395/15, ECLI: EU: C: 2016: 917.

<sup>66</sup> Mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial, llevada a cabo por algunos Juzgados de lo Social españoles, ante el TJUE ex art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Tribunal europeo se ha llevado a cabo de forma diferente, según el órgano jurisdiccional que haya emitido el fallo, a pesar de sustentarse en una misma base doctrinal. En este sentido, analizaremos una selección de sentencias emitidas por distintos órganos jurisdiccionales que nos permitirá comprobar la existencia de estas diferencias exegéticas a las que nos hemos referido con anterioridad.

Recordemos que en el caso Chacón Navas -analizado ut supra- el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid estimó el despido improcedente de la trabajadora -ex art. 56 ET-; consolidándose de esta forma, mediante la doctrina del TJUE (2006), la diferencia existente entre los conceptos: “enfermedad” y “discapacidad”. Nuestro TS, que se pronunció por primera vez sobre esta materia en la STS de 29 de enero de 2001<sup>67</sup>, ha venido manteniendo que “(...) la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la CE (...)”. En sentencias posteriores<sup>68</sup>, en las que se sigue manteniendo la misma línea argumental de no discriminación, se matiza que “(...) la enfermedad es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores (...)”. Sin embargo, a pesar de estas coincidencias, detectamos una diferencia notable en el concepto de “discapacidad” respecto a los posicionamientos doctrinales del TS español y el TJUE. En este sentido, la STS de 11 de diciembre de 2007<sup>69</sup> define la discapacidad como “(...) una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada(...)”<sup>70</sup>; mientras que el TJUE en el punto 43 de la mencionada sentencia de 11 de julio de 2006 sostenía que “(...) el concepto de ‘discapacidad’ se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”<sup>71</sup>. Es decir que para el TS español, es necesario que para adquirir la condición de persona con discapacidad es necesario que se haya reconocido esta condición por un organismo público<sup>72</sup>; mientras que, por su parte, el TJUE requiere que esta limitación suponga un obstáculo para su participación en su vida o actividad profesional.

<sup>67</sup> STS (Sala IV) de 29 de enero de 2001 (Rec. núm. 1566/2000, RJ 2001/2069).

<sup>68</sup> SSTs (Sala IV) de 23 de septiembre de 2003 (Rec. núm. 449/2002, RJ 2002/123185); de 12 de julio de 2004 (Rec. núm. 4646/2002, RJ 2004/147910) y de 27 de enero de 2009 (Rec. núm. 602/2008, RJ 2009/15249).

<sup>69</sup> STS (Sala IV) de 11 de diciembre de 2007 (Rec. núm. 4355/2006, RJ 2008/2884). En el FJ núm. 6 señala que “(...) existe una diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad (...)”

<sup>70</sup> Por otra parte, se reafirman los juzgadores en este FJ núm. 6 que de conformidad con la STJUE de 11 de julio de 2006 asunto Chacón Navas, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la “equiparación” de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que “la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período”, por lo que “una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78”. A ello se añade que “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad” y que “no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva”.

<sup>71</sup> Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de “discapacidad”, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos (véase el punto 44 de la STJUE de 11 de julio de 2006 asunto Chacón Navas).

<sup>72</sup> Vid. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE núm. 22 de 26 de enero de 2000). Respecto a la jurisprudencia, véase las sentencias del TS de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007/3539); de 16 de mayo de 2007 (RJ 2007/4911); 16 de octubre de 2007 (RJ 2007/9310); 29 de enero de 2008 (RJ 2008/2893) y 5 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7658). También para profundizar sobre este tema puede consultarse en GOÑI SEIN, José Luis y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Belén. *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 119-133.

El segundo supuesto de interpretación no pacífica, por parte de los distintos órganos jurisdiccionales españoles, es el que se produce a raíz del Caso Daouidi<sup>73</sup>. En esta caso, la empresa Bootes Plus SL extinguió la relación laboral, mediante despido disciplinario, de un trabajador que sufrió un accidente laboral (se dislocó el codo izquierdo teniendo que ser enyesado) permaneciendo en situación de baja laboral desde hacía dos meses. El 23 de diciembre de 2014, el trabajador presentó demanda contra la empresa, ante el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, cuya pretensión principal era que se declarase la nulidad del despido alegando que se estaba vulnerando su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), subrayando la particularidad de que el directivo de la empresa le había indicado que se incorporara al trabajo el fin de semana del 17 al 19 de octubre de 2014, lo que no podía hacer. Por otra parte, alegó que dicho despido, al tener por causa o motivo real su situación de IT derivada de su accidente de trabajo, es discriminatorio y guarda relación, por tanto, con el concepto de discapacidad con arreglo a la Directiva 2000/78/CE y a la STJUE de 11 de abril de 2013<sup>74</sup>. El Juzgador, reconociendo que el motivo real del despido fue “la duración incierta” de la IT derivada del accidente -aunque con formalidad y apariencia disciplinaria-, se pregunta si tal despido no era contrario al Derecho de la Unión en la medida en que viola el principio de no discriminación y vulnera el derecho a la protección en caso de despido injustificado, el derecho a unas condiciones justas y equitativas, el derechos a las prestaciones de seguridad social y el derecho a la protección de la salud. Por otra parte, el juzgador también se pregunta si existe una “discriminación por discapacidad” conforme a la Directiva 2000/78/CE<sup>75</sup>. En definitiva, interesaba conocer si se podría integrar en el concepto de discapacidad derivado de la Directiva 2000/78/CE la situación de IT derivada de accidente laboral cuya duración es “incierta”. El TJUE dando respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, determinaría que: en primer lugar, “El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de ‘duradera’, con arreglo a la definición de ‘discapacidad’ mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009”. En segundo lugar, “Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es ‘duradera’ figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. En tercer lugar, “Al comprobar ese carácter ‘duradero’, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”. Ante la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona dictaría

<sup>73</sup> STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016, Caso Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., y otros, Asunto C-395/15, ECLI: EU: C: 2016: 917.

<sup>74</sup> STJUE (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013, Casos acumulados HK Danmark, en representación de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab y HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S, Asuntos acumulados C- 335/11 y C337/11, ECLI: EU: C: 2013: 222.

<sup>75</sup> Véase desde el punto 22 al 36 dedicados al “Litigio principal y cuestiones prejudiciales de la STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016, Caso Mohamed Daouidi citada.



sentencia<sup>76</sup> decretando la nulidad del despido<sup>77</sup>. Presentado el recurso de suplicación, por parte de la empresa, ante el TSJ de Cataluña, estimando el mismo y dictando sentencia<sup>78</sup> en la que se declaró el despido improcedente<sup>79</sup>. Consecuentemente, asistimos una vez más a una interpretación diferente respecto al “carácter duradero” de la limitación de la capacidad del trabajador. Por una parte, el TSJ de Cataluña ha entendido que esta enfermedad era reversible y por tanto no se aprecia una prolongación duradera en el tiempo de esta limitación; sin embargo, como ya se adelantó, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona interpretó, en atención a las pruebas médicas aportadas y pruebas practicadas en el momento del despido, que el trabajador no se podría incorporar en un corto espacio de tiempo a su actividad laboral y por ende la duración debería interpretarse como duradera.

El tercer supuesto, en el que podremos seguir apreciando esta diversidad en la interpretación de la jurisprudencia emanada del TJUE, es el caso Ruiz Conejero<sup>80</sup>. Se trata de un trabajador que fue contratado –el 2 de julio de 1993– para trabajar como limpiador en un hospital, constatándose el hecho de que durante su periodo de actividad laboral desarrolló su trabajo sin incidentes –tanto para la última empresa en la que prestó sus servicios como para las que le habían empleado previamente–. En ningún momento tuvo problema laboral alguno ni fue sancionado. Por otra parte, se destaca el hecho de que a este trabajador, el 15 de septiembre de 2014, se le reconoció un grado de discapacidad del 37%. También consta en los hechos probados que el trabajador, durante los años 2014 y 2015, se encontró durante diversos periodos en situación de IT. El 7 de julio de 2015, el trabajador es despedido –en virtud del art. 52, d) ET– por la empresa –Ferroser Servicios Auxiliares SA– por el motivo de que la duración de sus ausencias acumuladas –a pesar de que estaban justificadas– habían superado los límites establecidos legalmente. Ante este hecho, el trabajador interpuso demanda contra el despido ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca. Se aprecia el hecho de que el trabajador no cuestionaba la exactitud de la información relativa a sus ausencias laborales ni la implicación porcentual de éstas, pero alegaba que existía una “vinculación directa” entre dichas ausencias y su condición de persona con discapacidad. Por lo que solicitaba la nulidad del despido, al considerar que constituía una discriminación por razón de su discapacidad. En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Se opone la Directiva 2000/78/CE a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que el empresario está facultado para despedir a un trabajador por causas objetivas, por falta(s) de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcance(n) el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la Directiva cuando la baja laboral fue causada por la

<sup>76</sup> Sentencia núm. 472/2016 del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016, (Rec. núm. 1219/2014).

<sup>77</sup> Como se desprende de la lectura de esta sentencia, el juzgador apreció que la única causa del despido fue la duración incierta de la IT, expresando que no existía “una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”. Por lo que respecta al empleador, se establece que “no ha aportado una explicación objetiva y razonable de la razón del despido del actor”.

<sup>78</sup> STSJ núm. 3767/2017 (Sala de lo Social) de Cataluña de 12 de junio de 2017 (Rec. núm. 2310/2017).

<sup>79</sup> Argumentándose en el FJ núm. 4 que “(...) en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador; un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales”.

<sup>80</sup> STJUE (Sala Tercera) de 18 de enero de 2018, Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., y Ministerio Fiscal, Asunto C-270/16, ECLI: EU: C: 2018: 17.

discapacidad?”. Ante la cuestión planteada, el TJUE declaró que “El art. 2. 2, b), i), de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”. Valorada la decisión del TJUE, de fecha 18 de enero de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca dicta sentencia<sup>81</sup> el 7 de marzo de 2018 declarando la nulidad del despido. Es importante destacar de los razonamientos jurídicos esgrimidos por el juzgador, en relación a la posible existencia de una “discriminación indirecta”<sup>82</sup> el hecho de que en el FJ núm. 3 se exprese: “En lo que atañe a la cuestión de si el artículo 52, d) ET puede suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, procede señalar que incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad (...)”<sup>83</sup>. Por otra parte, también se subraya en la sentencia que “(...) un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el artículo 52, d) ET que un trabajador sin discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, d) ET. Por tanto, queda de manifiesto que la regla establecida en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del art. 2.2, b) Directiva 2000/78/CE”<sup>84</sup>. En definitiva, el juzgador interpreta la apreciación de una “discriminación indirecta” al no existir una excepción, recogida de forma expresa en la norma<sup>85</sup>, que se refiera a las enfermedades que derivan de la discapacidad, lo que le lleva a declarar el despido nulo. El análisis comparativo de esta sentencia Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018, nos muestra que su titular ha seguido la misma línea argumental que se establece en la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015<sup>86</sup> y por lo tanto un mismo criterio interpretativo a la luz de la jurisprudencia del TJUE. No obstante, la disparidad en estos criterios la introduce con la sentencia del TS de 21 de septiembre de 2017<sup>87</sup>, si bien hay que matizar que se trata de un supuesto diferente. En este caso, nuestro Alto Tribunal en el FJ núm. 2, punto núm. 42 establece que “(...) una enfermedad

<sup>81</sup> Sentencia núm. 171/2018 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018, (Rec. núm. 1219/2014).

<sup>82</sup> Véase el art. 2.d) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

<sup>83</sup> A este respecto, según se exponen en los puntos 38 y 39 de la STJUE (Sala Tercera) de 18 de enero de 2018, Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroservicios Auxiliares, S.A., y Ministerio Fiscal, Asunto C-270/16, ECLI: EU: C: 2018: 17, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por este Juzgado.

<sup>84</sup> Ahora bien, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el punto 44 de la sentencia citada *ut supra* de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456), es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de “discapacidad” y “enfermedad” (véase, en este sentido, también la sentencia citada de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, puntos 75 y 76).

<sup>85</sup> Véase el art. 52, d) ET.

<sup>86</sup> STSJ núm. 7395/2015 (Sala de lo Social) de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 3689/2015).

<sup>87</sup> STS núm. 700/2017 (Sala IV) de 21 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 782/2016). A modo de síntesis, y con el fin de poder facilitar el hilo conductor, recordemos que en sus antecedentes sobre las instancias que preceden, consta: la Sentencia núm. 319/2015 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo de 27 de mayo de 2015, en la que se desestima la demanda interpuesta por la trabajadora -que solicitaba la nulidad y/o improcedencia subsidiaria del despido- declarándose el despido conforme a derecho. Formulado el recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia, se dicta la STSJ (Sala de lo Social) de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 3689/2015), en la que se estima el recurso y se declara el despido nulo.

que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación (...). Adviértase que en este caso se trataba de una trabajadora que padecía una enfermedad degenerativa –que no estaba contemplada en los supuestos de excepción del art. 52, d) ET, ni tampoco suponía una limitación duradera en el tiempo–. Dicha trabajadora había acumulado bajas por IT derivadas de diversas dolencias. Por su parte, conviene recordar que el trabajador del supuesto analizado del Juzgado de los Social núm. 1 de Cuenca tenía una discapacidad reconocida y sus bajas por IT respondían a una única situación discapacitante. Consecuentemente compartimos la decisión del juzgador al apreciar en este caso una “discriminación indirecta” y por tanto declarar la nulidad del despido.

## 5. CONCLUSIONES

En la actualidad, el tratamiento de la discapacidad ha experimentado un importante cambio cualitativo experimentándose una nueva percepción conceptual, lo que ha supuesto una ruptura drástica con los modelos y paradigmas de etapas anteriores. Desde estos nuevos planteamientos, que nacen bajo el umbral de los principios inspiradores que aporta el enfoque de las capacidades y del desarrollo humano, se va a producir el gran hito en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad: la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada en el año 2007, por España; y en el año 2010, por la Unión Europea.

Sobre este nuevo marco que establece la citada Convención, el TJUE ha desempeñado un papel fundamental en relación a la defensa de los derechos de las personas trabajadoras con discapacidad y su no discriminación en materia de empleo; destacándose del mismo: su importante labor en la interpretación de los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, su tarea imprescindible a la hora de llevar a cabo la armonización de los normas internacionales con el Derecho europeo, y su acogimiento por las normas y los tribunales de los Estados Miembros de la Unión Europea en general, y de España en particular.

Este Alto Tribunal europeo, en virtud art. 267 del TFUE, ha venido dando respuesta a diversas cuestiones prejudiciales basadas fundamentalmente en despidos de personas trabajadoras con discapacidad o en situación de IT, y que han sido planteadas por los Tribunales nacionales de los Estados miembros. En su labor exegética ha destacado por abordar la delimitación del concepto discapacidad y su diferenciación con la enfermedad –a la luz de la Directiva 2000/78/CE y su armonización con la CDPD–. A partir del Caso Chacón Navas (2006), la evolución del concepto de discapacidad en el marco europeo ha provocado un cambio significativo en la jurisprudencia del TJUE.

El impacto de esta jurisprudencia en los Tribunales españoles ha sido muy desigual, apreciándose, según el Tribunal o Juzgado que corresponda, diferentes interpretaciones sobre una misma cuestión.

**EL REPLANTEAMIENTO DE LA ENFERMEDAD  
COMO CAUSA DE DESPIDO, TRAS LAS SSTJUE  
DAOUDI Y RUIZ CONEJERO: NUEVOS  
CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA  
Y REFORMAS LEGALES DE URGENCIA**

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, MIGUEL ÁNGEL.  
*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social (Universidad de Sevilla)*

Ponencia general a la que se adscribe: Primera. Tutela y garantías frente a la discriminación laboral.

Subtema de la ponencia general a la que se adscribe: Nuevas causas de discriminación

## RESUMEN/ABSTRACT:

La enfermedad crónica o de duración incierta sólo puede ser causa del despido por ineptitud o absentismo, a la luz de las SSTJUE Douidi (1-12-2016) y Ruiz Conejero (18-1-2018), si el empresario ha adoptado, con carácter previo al mismo, los ajustes razonables precisos (art. 5 Directiva 2000/78). Ello obedece a la inclusión de tales situaciones en el concepto de “discapacidad” de la Directiva. De no ser así, el despido deberá ser declarado judicialmente nulo por discriminatorio. Aunque, poco a poco, han ido apareciendo algunos fallos de tribunales españoles que se hacen eco de este criterio, que tiene su inicio en el Asunto Chacón Navas (11-7-2006) y su punto culminante en el Asunto Ring (11-4-2013), lo cierto es que hasta fechas recientes la recepción jurisprudencial ha sido escasa, se ha ajustado en exceso a la figura del “trabajador especialmente sensible”, y no ha ocasionado reforma alguna desde el punto de vista legal. Este estudio pretende constatar si se ha producido un impacto mayor de la tesis de equiparación entre enfermedad y discapacidad en la jurisprudencia española durante este último trienio (2016-2018), así como ofrecer algunas propuestas concretas para la correcta armonización de la ley española en relación a los pronunciamientos del TJUE.

## 1. LA NECESIDAD DE UNA REVISIÓN DEL DESPIDO POR INEPTITUD SOBREVENIDA Y POR ABSENTISMO A LA LUZ DE LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

Los recientes pronunciamientos judiciales del TJUE en materia de despidos de trabajadores en situación de enfermedad realizan dos aportaciones fundamentales:

- a) En el concepto “discapacidad” como motivo prohibido de discriminación de acuerdo con la Directiva 2000/78 pueden considerarse incluidas tanto las enfermedades curables como incurables o crónicas, así como de larga duración o de duración incierta, con independencia de que el trabajador disponga o no de un certificado administrativo nacional que le declare discapacitado<sup>1</sup>;
- b) El despido de un trabajador que pueda considerarse discapacitado a los efectos del concepto señalado debe calificarse de nulo, por discriminatorio, si el empresario no ha adoptado con carácter previo los denominados “ajustes razonables”, que guardan relación con las adaptaciones del puesto de trabajo requeridas –ya sean técnicas, de jornada, horario u organizativas en general–, siempre y cuando

<sup>1</sup> Asuntos Chacón Navas C-13/05, 11-7-2006, aptdo. 45; Ring y Skoube Werge, C-335/11 y C-337/11, 11-4-2013, aptdo. 47; Daouidi, C-395/15, 1-12-2016, aptdos. 48 y 56; y Ruiz Conejero, C-270/16, 18-1-2018, aptdo. 32. Las últimas sentencias han sido objeto de comentarios por la doctrina: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas: ¿Una cuestión europea de determinación nacional? STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero”, *NRDT*, nº 207/2018, consultado on-line; mi “Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa “rozando” el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)”, *RDS*, nº 81/2018, p. 141 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Discapacidad, enfermedad y despido”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3/2018, pp. 239-246; MIRANDA BOTO, J. M<sup>a</sup>., “El Tribunal de Justicia vuelve sobre la enfermedad y la discapacidad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2/2018, pp. 125-126; DUEÑAS HERRERO, L., J., “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 1 de diciembre de 2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5/2017, pp. 425 y ss.; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y Derecho*, nº 28/2017, pp. 77 y ss.; y SÁNCHEZ PÉREZ, J., “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-369/15)”, *Revista del Centro de Estudios Financieros Trabajo y Derecho*, nº 406/2017, pp. 173 y ss.

los mismos no supongan una “carga irrazonable” para el empleador, concepto indeterminado que lleva a realizar una valoración de conjunto de la persona del trabajador, así como de su recorrido laboral futuro, el coste de dichas medidas y las ayudas, públicas o privadas, previstas a tal fin<sup>2</sup>.

El hecho de que el deber de adopción de los ajustes razonables se encuentre regulado en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante: LGDPD) no parece que sea suficiente, ya que se trata de una norma que cuenta con el peso de su antecedente –la LISMI– que hacía pensar en limitaciones enormemente graves y prácticamente insuperables. Ahora, la discapacidad se entiende como concepto relativo a limitaciones para el desarrollo de una vida sin barreras en sus diversos planos (ciudad, hogar, trabajo), pero no se requiere que sean vitalicias ni que incapaciten absolutamente a la persona de modo que su estado sea prácticamente vegetativo.

Por otro lado, el hecho de que los ajustes se apliquen a los trabajadores que devienen discapacitados, o que lo son de nacimiento, plantea rápidamente si esta obligación empresarial debe entenderse aplicable también a todo trabajador que ha quedado con secuelas, tras la enfermedad o el accidente, que dificulten el desempeño de su trabajo. No parece posible entenderla solo como una medida de discriminación positiva para el acceso al mercado de trabajo, pues, por un lado, el art. 5 de la Directiva presenta los ajustes como acciones que afectan al desempeño y a la promoción profesional, y, por otro lado, carecería de sentido de justicia el obviar la obligación en casos de trabajadores “menos graves” que, con poco esfuerzo empresarial, pudieran conservar su puesto de trabajo, en lugar de verse abocados a un despido. Esto está mejor resuelto en otros ordenamientos de nuestro entorno, como el francés, donde existe un deber de recolocación empresarial de todo trabajador declarado no apto para el trabajo por el médico correspondiente, existiendo, por lo demás, el “estado de salud” como causa de discriminación autónoma<sup>3</sup>. En nuestro país, ni existe dicha causa de discriminación ni se obliga al empresario a la recolocación de modo claro y sin ambages. La ordenación es más caótica debido a la existencia de factores complejos que interactúan entre sí: existe una abundante confusión en la definición de los grados de incapacidad permanente (IP), la rehabilitación se prevé en la asistencia sanitaria pero sin indicaciones claras sobre la reincorporación posterior<sup>4</sup>, un grado de IP elevado provoca una extinción contractual cuasiautomática<sup>5</sup>, etc.

Lo anterior implicaría ya la necesidad de acometer un buen número de reformas legales, unas más sencillas y otras de mayor calado y complejidad. Entre las primeras, la derogación del apartado e) del art. 49.1 ET. No parece ya sostenible que la declaración de un trabajador en los grados de Incapacidad Permanente Total, Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez (IPT, IPA, GI) pueda conllevar de modo automático la extinción de su contrato. Es cierto que la jurisprudencia ha moderado el precepto exigiendo al empresario una declaración expresa de extinción (lo que equivale a un despido objetivo pero sin indemnización)<sup>6</sup>, pero no parece suficiente sí, como se acaba de decir, también estos trabajadores deben tener derecho a una adaptación razonable del puesto. No resulta tampoco aceptable el hecho de que aquella sea la respuesta laboral al hecho de que

<sup>2</sup> Asuntos Ring y Skouboe Werge, C-335/11 y C-337/11, 11-4-2013, aptdo. 68.

<sup>3</sup> Mi *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Edit. Bomarzo, Albacete 2017, pp. 121-125.

<sup>4</sup> Se duda de la vigencia del RD 1451/1983, 11-5, que regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, y no se atisba con claridad cómo se puede llevar a la práctica lo que se prevé en sus primeros artículos; v. mi *La extinción...*, *op. cit.*, bibliografía citada en nota nº 128 a pie de p. 63.

<sup>5</sup> Art. 49.1.e) ET.

<sup>6</sup> SSTs 14-4-1988, LA LEY 59422-JF/0000, 12-7-1988, RJ 1988/5808 y 18-12-1989, LA LEY 12649-R/1990.

el trabajador va a disfrutar de una pensión porque: a) el importe de las pensiones está disminuyendo cada vez más; y b) se acepta con normalidad la compatibilidad de las pensiones de IPT, IPA y GI con el trabajo<sup>7</sup>, siendo la LGSS el lugar más oportuno para establecer las incompatibilidades que se estimen necesarias y no el ET.

Queda por analizar si los dos supuestos de despido objetivo más vinculados con la disminución de la salud del trabajador –por ineptitud sobrevenida y por absentismo– precisan también ser reformados. A ello se dedicarán los apartados posteriores de esta comunicación, si bien antes se ofrece una reflexión que muestra que la discapacidad es un tema transversal: me refiero a los distintos “modelos” de discapacidad que desde un punto de vista filosófico y sociológico pueden concebirse.

## 2. LA DISCAPACIDAD Y SUS MODELOS: MÉDICO, SOCIAL O INTEGRAL

Mucho se viene hablando del modelo social de discapacidad como la característica de la era en la que nos encontramos, presentándolo como más saludable y beneficioso para las personas aquejadas de una disminución física y/o psíquica, y que, esencialmente, se caracteriza por su alejamiento o, incluso, radical oposición al llamado modelo médico. Los defensores del modelo social consideran que la discapacidad no implica una falta de normalidad de la persona y, de algún modo, reprochan a la sociedad en general que no haya adaptado ni el urbanismo de las ciudades ni los locales de trabajo, entre otros aspectos, al estado o situación de estas personas. Por su parte, el modelo médico es aquél que considera al discapacitado como un disminuido, físico o psíquico, que debe ser rehabilitado mediante los tratamientos médicos (operaciones quirúrgicas, rehabilitación) y la implantación de las prótesis adecuadas, así como ofreciéndole otras ayudas complementarias (sillas de ruedas, “muletas”, andadores). El primero adopta un punto de vista de la sociedad en su conjunto mientras el segundo es individualista.

Yo no creo que el modelo médico haya pretendido minusvalorar a los discapacitados, sino todo lo contrario<sup>8</sup>. Igualmente, no comparto algunas posturas extremas de los seguidores del modelo social, que optan por rechazar cualquier medida de rehabilitación o prótesis, aduciendo que aquéllos son “normales y quieren seguir siendo como son”. En el fondo, se sienten desatendidos y humillados. Si esto ha podido deberse a actuaciones de las personas vinculadas con este ámbito, habrá que pedir las disculpas oportunas, pero entiendo que no debe confundirse “dignidad” con “carencia de limitaciones o disfunciones”: aquélla depende de lo que uno “es” –persona– y no de lo que puedo o soy capaz de hacer, mientras la segunda situación obedece a realidades de muy difícil explicación. Lo cierto es que el hecho de que algunas personas nazcan con esas

<sup>7</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente”, en VVAA (MERCADER UGUINA, J. R., Dtor., ARAGÓN GÓMEZ, C., Coordra.), *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Edit. Lex Nova y Thomson Reuters, Valladolid 2013; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., ALONSO RUSSI, E., “Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de Gran Invalidez con el trabajo por cuenta ajena (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009)”, *TL*, n.º 106/2010, pp. 256-259; MORENO DE VEGA y LOMO, F., “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 4/2013; y GALA DURÁN, C., “La compatibilidad de la incapacidad permanente y la jubilación con la actividad productiva”, en VVAA (CALVO GALLEGO, F. J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., Dtores., ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., Coord.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo (Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria)*, Edit. Tirant Humanidades, Valencia 2016, pp. 559, 571-574.

<sup>8</sup> VALDÉS DAL-RE hace una interesante síntesis de los dos modelos en “Las medidas de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con el empleo de las personas con discapacidad y los principios de igualdad y no discriminación”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8/2018, pp. 918-923.

limitaciones, reducciones o disfunciones no deja de ser un misterio, pero considerando la especie humana en su conjunto se concluye que se debe procurar dar una “respuesta” de tipo médico –quirúrgico, implantación de prótesis, etc.– o paliativo. Éste es, a mi juicio, el camino correcto.

En otro orden de cosas, aunque también relacionado con lo anterior, nuestra propia limitación –de algún modo presente en todo ser humano– se ha podido manifestar en el lenguaje que hemos utilizado para referirnos a los hechos físicos y psíquicos; y es positivo que se puedan encontrar términos más adecuados y apropiados para referirnos a ellos; de ahí que considere que la sustitución de términos antiguos, como “minusválido” o “subnormal”, por otros nuevos que se reciben socialmente mejor, como “persona con discapacidad” o de “capacidad disminuida”, deba ser valorada positivamente, aunque en el fondo sea inevitable referirse a una carencia. Por eso, considero que cuando se ha podido decir que un discapacitado no es “normal” no se ha hecho con la intención de minusvalorarlo o discriminarlo, sino justo lo contrario: constatar que presenta unas carencias que no son mayoritarias en el resto de la sociedad y que existen medios, opciones y oportunidades, para mejorar su adaptación a la vida laboral, social, etc. Porque la discapacidad no se reduce tan sólo a movilidad o desplazamiento, aunque quizás pueda ser lo más evidente, sino que puede ser también psíquica, relacional, etc.

Lo anterior no es óbice para considerar que desde los poderes públicos deban realizarse mejoras para facilitar la vida de las personas discapacitadas en una perspectiva global, que alcance particularmente la ciudad, pero entiendo que deberán acometerse con prudencia y sentido en común, valorando las necesidades reales que en cada caso existan. En el ámbito laboral, se puede construir una fábrica o un establecimiento previendo el acceso de personas discapacitadas en sillas de ruedas, pero quizás, si, en ese momento, no hay trabajadores en dicho estado, quizás no haya que acometer toda una adaptación de conjunto, sino esperar a que sea algo necesario<sup>9</sup>. De ahí que lo conveniente, desde la perspectiva laboral, sea un análisis *ad casum* de la arquitectura de los centros de trabajo.

Pero como siempre viene bien avanzar en los modelos, el que yo propongo y al que me adhiero es el “integral”, que es resultado de aprovechar lo que “de bueno” tienen los otros dos. Se trata de que se alcance la mayor integración social de los discapacitados acudiendo a todos los medios posibles, pero sin desvirtuar que la discapacidad es una carencia –de la que no se puede culpar a nadie– y que las medidas y medios deben ser los que la prudencia –siempre difícil virtud– dicte en cada caso, en cada momento, en cada lugar.

### **3. LOS DESPIDOS Y LOS AJUSTES RAZONABLES EN RELACIÓN CON LA INCAPACIDAD TEMPORAL**

Tras el Asunto Daouidi, cabe sostener que la tesis de equiparar la enfermedad de larga duración o de duración incierta a la “discapacidad” ha sido mayoritariamente considerada y analizada por los tribunales españoles, en gran parte porque las partes actoras de los recursos la han invocado como fundamento jurídico de sus demandas, si bien, como resulta lógico y razonable, ha sido seguida en unos casos y en otros no. Y es que, ciertamente, no

---

<sup>9</sup> No me refiero a la zona de acceso de clientes donde conviene que sea un aspecto previsto para facilitar el acceso de aquél que sea discapacitado.



resulta de fácil aplicación<sup>10</sup>, porque lo que se le está pidiendo al juez es que decida si, en el momento del despido, el empresario era o no consciente de que la enfermedad iba a ser de larga duración o, al menos, tenía claro que no iba a ser breve, aunque no se pudiera conocer con precisión su permanencia en el tiempo.

La tesis y el pronunciamiento judicial citados responden a la realidad jurídico-laboral española del despido de trabajadores cuya morbilidad es frecuente o que están enfermos con carácter crónico, por lo que las empresas entienden, dentro de su libertad constitucional (art. 38 CE) que pueden prescindir de ellos, por verse afectada de manera más allá de lo razonable su productividad y la continuidad del servicio. Indudablemente, el problema es éste: hasta dónde debe una empresa “soportar” el coste que le supone un trabajador que por razón de enfermedad le rinde poco o hace que la producción de su plantilla se resienta; como puede observarse sin dificultad, se está ante una cuestión de equilibrio de intereses, algo habitual por otro lado en nuestra disciplina, a la que debe darse una solución jurídica lo más ecuánime posible en el marco del contrato de trabajo y teniendo en cuenta el desequilibrio que se da entre las dos partes firmantes del mismo.

La duración de una enfermedad, salvo que exista un informe médico que haga un pronóstico, no es fácil saberla con seguridad total, y ni siquiera con ese medio, pues está sometido al error humano. De hecho, depende de muchos factores, pues no todas las personas saben afrontar esa situación de dificultad de igual modo, aparte de lo que las estadísticas puedan decir sobre la extensión media de los diversos padecimientos. De ahí que muchos razonamientos judiciales se ajusten tanto al periodo transcurrido entre la baja médica y la fecha en que se produce el despido, como al tiempo que permaneció el trabajador de baja médica tras éste. Ambas presentan sus ventajas y sus inconvenientes: la primera opción es válida si legalmente viene establecido un plazo máximo de permanencia en IT; es decir, si transcurrido un periodo de tiempo se considera razonable que el empresario proceda al despido objetivo. Su inconveniente es enfocarla a la inversa, cuando tal plazo legal no existe, como sucede en nuestro ordenamiento, lo que conduce al absurdo: es más conveniente proceder al despido lo antes posible porque cuanto más tiempo se retrase la extinción más fácil será para el trabajador alegar que su enfermedad era de larga duración. La segunda—considerar la baja en su conjunto, alcanzando al tiempo posterior al despido— parece la más razonable, a la vista de las carencias legales señaladas, pero es rechazada por la doctrina comunitaria que entiende que el carácter discriminatorio del despido debe ser juzgado de acuerdo con los hechos patentes en el momento en que la decisión empresarial se adopta. Sólo una intervención legal determinando cuánto tiempo ha de transcurrir para que la enfermedad *pase a ser* discapacidad permitiría alcanzar la deseada seguridad jurídica.

Por el momento, dicha intervención no se producido, muy probablemente por razones de derecho interno, en donde se precisa una reforma profunda, al tiempo que delicada por lo imbricada que está la capacidad laboral con tantos aspectos del Derecho Social. Baste pensar en la tesis jurisprudencial de que quien no tiene derecho a pensión de IP no puede ser declarado en grado alguno de ésta; o en la opción legal de mantener suspenso el contrato de quien es declarado en un alto grado de IP, pero cuya mejoría se espera en un plazo de dos años; o la propia duración de la IT y su tránsito a la IP que no es una materia que destaque por su claridad y seguridad jurídica...La modificación normativa requeriría una reordenación de los aspectos anteriores y señalar, por ejemplo,

---

<sup>10</sup> Como ha señalado MORENO GENÉ, J., “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración”: una de cal y otra de arena”, *Revista del Centro de Estudios Financieros Trabajo y Seguridad Social*, nº 420/2018, p. 136.

que a partir de dos años en IT la enfermedad se entiende como discapacidad. Lo que no dejaría el problema resuelto de inmediato, sino que habría que seguir perfilando qué sucede con las recaídas, es decir, las bajas intermitentes, o, en definitiva, las opciones para computar dicho plazo, etc. Aparte de la armonización entre los conceptos “discapacidad” e “incapacidad permanente”, que actualmente no resultan conciliables, así como la extensión del subsidio por IT, etc.

Ante esta situación, la jurisprudencia española está atendiendo simultáneamente a los dos factores señalados: a) el plazo entre la baja médica por IT y el despido; y b) la duración definitiva de la IT. Tras un primer pronunciamiento desfavorable a la equiparación donde el segundo plazo había sido ciertamente breve (no alcanzando el mes)<sup>11</sup>, el segundo ha llegado a mantener la misma postura cuando la IT ha alcanzado prácticamente el año de duración, si bien apunta que la decisión podría haber sido diferente de haberse agotado el periodo máximo de IT o aportado una “resolución... acerca de una situación duradera de futuro”<sup>12</sup>. De lo que se trata –no debe olvidarse– con la anterior ponderación es de decidir si la empresa tenía o no obligación de llevar a cabo los ajustes razonables por estar ante un trabajador discapacitado, pero es un planteamiento, a mi juicio, un tanto “simplista”, ya que, como acabo de sostener, esos ajustes deberían realizarse –o, al menos, considerarse – en todos los casos, no dejando a su albur a los trabajadores lesionados o enfermos, pero no discapacitados. De ahí que el TS haya calificado de improcedente –y no nulo por discriminación por discapacidad– el despido objetivo por ineptitud sobrevenida si se han acometido dichos ajustes<sup>13</sup>.

Los dos argumentos que el Alto Tribunal señala como indicadores de “larga duración” no llegan a definirse ni a cerrarse plenamente, pues ni se da una garantía de que cuando la IT alcance una duración de 365 días se vaya a equiparar, en todo caso, a discapacidad (aparte de que la LGSS contempla una prórroga de la “duración máxima” de 180 días, por lo que cabe dudar si por periodo máximo está entendiendo sólo el primer tramo o bien éste con su prórroga, exigiéndose 545 días), ni se precisa a qué resolución se refiere para acreditar la prolongación en el tiempo, cuando es sabido lo compleja que es la gestión de la IT y lo intervenida que está: ¿resolución médica o administrativa?, ¿médico de la Mutua, del Servicio Público de Salud o del INSS? Por lo demás, no debe olvidarse que la línea actual en la IT es ir limitando la opinión médica, al tiempo que se supervisa y se controla su duración con mucha más frecuencia.

En la jurisprudencia menor, la Sala madrileña considera trabajadora discapacitada a la que padece diversos problemas digestivos, que permanece de baja durante casi un año y medio y sobre cuyo diagnóstico hay cierta incertidumbre, pero existe un informe médico que la considera una patología crónica, “con posibles recaídas y remisiones”; el despido se califica de nulidad por estarse ante una enfermedad crónica de larga duración, si bien es cierto que el Tribunal se apoya también en que la trabajadora es declarada “discapacitada”

<sup>11</sup> STS de 3 de mayo de 2016 (rec. ud. n.º 3348/2014), FD 4º *in fine*: “A la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad...”.

<sup>12</sup> STS de 15 de marzo de 2018 (rec. ud. n.º 2766/2016), FD 1º (por error debiera decir Único).

<sup>13</sup> STS de 22 de febrero de 2018 (rec. ud. n.º 160/2016). El caso era un tanto complejo, por tratarse de una trabajadora en banca que padecía de crisis psíquicas a raíz de haber sufrido un robo cuando ejercía funciones de cajera; además, se produjo una discordancia de aptitud laboral entre lo señalado por el médico del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales y el de los médicos del Servicio Público de Salud.

tras el despido, pero con efectos desde fecha anterior al mismo, por el órgano autonómico correspondiente<sup>14</sup>. Por su parte, la Sala gallega equipara a la discapacidad un cuadro clínico con tendinosis y lumbalgia que conlleva una duración del proceso de IT de un año y que, pese a la no calificación por el EVI en grado alguno de IP, recibe el informe de ineptitud del SPRL. Al no haber realizado la empresa ningún intento de ajuste razonable, se declara el despido nulo. Es un pronunciamiento interesante porque aplica claramente la jurisprudencia comunitaria y no se limita al criterio de la estigmatización que habían defendido tanto el TC como el TS españoles: para nuestros Altos Tribunales, si no se producía una segregación del trabajador por razón de su enfermedad, cabía entender que la enfermedad se utilizaba tan sólo desde una perspectiva “funcional” (neutra) y el despido no atentaba a derecho fundamental alguno<sup>15</sup>. La misma línea va a defender la Sala aragonesa en el caso de una trabajadora como limpiadora con tendinitis en ambos hombros. La inmersión judicial en los aspectos médicos se hace especialmente patente<sup>16</sup>. Por otro lado, también se encuentran pronunciamientos que utilizan los mismos parámetros que el TS y deciden en consecuencia<sup>17</sup>. Otros hacen más hincapié en el carácter incierto de la duración de la enfermedad<sup>18</sup>, o en la previsión de la duración de la IT –proceso “corto” o

<sup>14</sup> STSJ Madrid de 8 de marzo de 2017 (rec. n.º 1172/2016).

<sup>15</sup> STSJ Galicia de 28 de marzo de 2018 (rec. n.º 359/2018), FD 2º: “el motivo de su despido no es otro que su limitación funcional que se prevé de larga duración en el tiempo (enfermedad equiparable a discapacidad); por ello, ante tal afirmación –que realmente la empresa no discute-, lo que tendría que haber hecho la empresa era, como le obliga el art. 5 de la Directiva 2000/78, realizar los correspondientes ajustes razonables en el puesto de trabajo de la demandante para que la misma pudiera continuar con su prestación de servicios, y solo cuando tales ajustes fueran imposibles o muy gravosos podría haberse acudido al despido objetivo”.

<sup>16</sup> STSJ Aragón de 9 de mayo de 2018 (rec. n.º 211/2018), FD 9º: “El hombro es una articulación de una anatomía y biomecánica compleja, cuya sujeción depende de tejidos blandos como los ligamentos o tendones. La tendinitis de los hombros es una patología difícil, que frecuentemente se cronifica, como lo evidencia el gran número de sentencias dictadas en pleitos de incapacidad permanente en las que el cuadro secular del trabajador incluye tendinitis de uno o ambos hombros, descrita en dichas resoluciones judiciales como una dolencia definitiva que afecta a su aptitud laboral”. La sentencia confirma la de instancia. El supuesto presentaba una serie de bajas médicas intermitentes que habían supuesto una ausencia del puesto de trabajo de más de nueve meses, por tratamiento del hombro izquierdo. A continuación, la lesión se produce en el derecho, llevando la trabajadora tres meses de baja “por lo que –concluye el Juzgado- si se podía sospechar algo era que la baja actual de la actora podría ser de una duración similar”. El pronunciamiento interesa porque se trata de afrontar dos lesiones en órganos distintos que afectan a la capacidad laboral del trabajador. Aunque, de modo independiente, no se prevé que vayan a superar el año, en perspectiva de conjunto sí va a ser ésta la consecuencia. Resulta curioso que en la instancia el Juzgado se había apoyado en la SJS n.º 33 Barcelona 472/2016, 23-12-2016, revocada por STSJ Cataluña 12-6-2017 (rec. n.º 2310/2017), considerando que lo verdaderamente relevante no era tanto el binomio discapacidad-ajustes razonables cuanto la conculcación de los derechos a la salud, a la seguridad y a la dignidad de la trabajadora.

<sup>17</sup> STSJ Andalucía de 5 de abril de 2018 (rec. n.º 1884/2017), FD 4º: “Luego si al momento del acto presuntamente discriminatorio, el despido del 3-10-16, el tiempo medio de curación era de 120 días no se puede decir que la limitación era de larga duración...”

<sup>18</sup> SJS n.º 1 Mataró, 368/2017, 20-11-2017, FD 4º, que calificó el despido como nulo, aunque la duración que preveía el parte médico de baja era de 38 días, pues consideró que no había certeza sobre su evolución futura, al haber ido variando el médico en sus partes la duración estimada y entender, por otro lado, el Reglamento de Conducción que una persona con crisis epilépticas, como era el caso, no debía conducir durante un año, que era, por cierto, lo que alegó el trabajador ante su empresa. Le realiza crítica por entender erróneo el juicio, a la que no me sumo, MOLINA NAVARRETE, C., “Enfermedades asimilables a la discapacidad, incapacidades temporales y enfoques de gestión empresarial: ¿despedir, prevenir o acomodación razonable?”, *Revista del Centro de Estudios Financieros Trabajo y Seguridad Social*, n.º 422/2018, p. 171.

“largo”- emitida por el médico correspondiente<sup>19</sup>. Pese a todo, el riesgo sigue estando en atender más a los diagnósticos posteriores al despido que a los anteriores al mismo<sup>20</sup>.

En Derecho Comparado, la “larga duración” se considera cumplida en USA y Alemania si la enfermedad alcanza los seis meses<sup>21</sup>, en tanto que en Reino Unido se eleva a los doce meses<sup>22</sup>, por lo que se aproxima un poco a la postura de nuestro TS, todavía no cerrada totalmente como se ha dicho. En Francia, no hay un plazo claro, aunque los subsidios por IT derivada de riesgos comunes tienen una duración máxima de 360 días en el plazo global de tres años<sup>23</sup>, por lo que cabe pensar que la larga duración precisaría superar el año.

En cuanto a los ajustes razonables, la mención que hace la jurisprudencia española ha experimentado una cierta evolución: de referirlos a la LPRL, en el artículo relativo a los trabajadores especialmente sensibles<sup>24</sup>, se ha pasado a invocarlos directamente mediante la referencia al art. 5 de la Directiva 2000/78<sup>25</sup>, lo que plantea la cuestión de la eficacia horizontal de este instrumento normativo comunitario, sobre la que volveré en el último apartado de esta comunicación. Pese a que en nuestro Derecho la LGDPD los menciona claramente, hay una reticencia a referirse directamente a esta norma, muy

<sup>19</sup> STSJ País Vasco de 19 de diciembre de 2017 (rec. n.º 2345/2017), FD 4º, que se apoya en la sucesiva ampliación del proceso de IT, y, fundamentalmente, en que el despido se produce tras el parte de confirmación de baja médica que estima una duración de 100 días. No obstante, esa duración parece que haría referencia no a la futura sino a la estimada desde el inicial parte médico de baja (que tiene lugar el 26-9-2016, mencionándose los 100 días en el parte médico de 16-12-2016), pero, como digo, no resulta claro. La Sala, por otro lado, hace referencia a los grupos de procesos de IT según su duración, conforme al reglamento existente, pero esto, a mi juicio, no resulta un criterio suficiente (aparte de que no es criterio seguido por la jurisprudencia), pues el proceso que podría considerarse de mayor extensión en el tiempo es aquél en el que se prevén, al menos, 61 días en IT, en el que, tras el primer parte de confirmación a los 14 días desde la baja médica, se prevé el siguiente con una duración máxima de 35 días de plazo; como puede observarse, lo que le preocupa al legislador es que los procesos de IT no se alarguen en exceso y reforzar su control mediante las revisiones médicas (cfr. art. 2.3 RD 625/2014, 18-7, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración). Pese a que el pronunciamiento no hace mucho hincapié en ello, intentando atenerse al criterio comunitario de los hechos en la fecha del despido, pienso que también “pesa” en la decisión el hecho de que, con posterioridad al despido (dato a lo que atiende la jurisprudencia), se volviera a emitir otro parte médico de confirmación previendo una duración del proceso de 200 días. Este último aspecto es criticado con dureza por MORENO GENÉ, quien se plantea “si la decisión adoptada por la Sala hubiera sido la misma si únicamente se hubiera tenido en cuenta el parte que fijaba la duración estimada de la baja en 100 días” (*op. cit.*, p. 136); a la postre la crítica afecta a uno de los elementos que ha utilizado el TS: la duración de la IT transcurrido el despido.

<sup>20</sup> Así ocurre en la STSJ Cataluña de 11 de mayo de 2018 (rec. n.º 1046/2018), FD 3º, que da más peso al hecho de que la resonancia magnética posterior al despido es favorable, que a la indicación de “proceso largo” que se indicaba en el parte médico de baja por IT –a los seis meses de otra IT anterior que parece derivarse de dolencias similares–, un mes antes del despido del trabajador.

<sup>21</sup> U.S.C. (United States Code), Título 42. La salud pública y el bienestar. Capítulo 26. Igualdad de oportunidades para personas con discapacidad. Sec. 12102, 3(B); y art. 3 BGG, respectivamente. En la doctrina alemana, BROCKMANN y BANAFSCHE entienden que los seis meses marcan la diferencia entre los conceptos “enfermedad” y “discapacidad” (cfr. “Integration and participation of disabled persons in the labour market-The legal instruments in German Law”, *Revista Derecho Social y Empresa*, Suplemento n.º 1, abril 2015, p. 80).

<sup>22</sup> Ley Británica de Igualdad de 2010. Disposiciones Finales: Schedule 1. Disability: supplementary provision. Part 1, apartado 2(1). El concepto “discapacidad” requiere también que la deficiencia física o mental ocasione un “efecto negativo sustancial”, entendiéndose por tal la carencia de solución médica o de otra ayuda que pueda modificar su estado (Schedule 1. Part 1, apartado 5 de la Ley citada). Un comentario más detallado de estas características en GROMEKBROC, K., “Including people with disabilities in the labour market: The nuts and bolts of the UK disability legislation and policies”, y CARBY-HALL, J., “Access to, and retention of, employment of disabled persons-The british legal framework”, ambos en *Revista Derecho Social y Empresa*, Suplemento n.º 1, abril 2015, pp. 230-231 y 254-257, respectivamente.

<sup>23</sup> DUPEYROUX, J.-J., BORGETTO, M., y LAFORE, R., *Droit de la Sécurité Sociale*, 18ª édit., Dalloz, Paris 2015. Y las web de la Seguridad Social francesa: [www.ameli.fr](http://www.ameli.fr) y [www.service-public.fr](http://www.service-public.fr).

<sup>24</sup> SSTSJ Madrid 20-2-2012 (rec. 5329/2011), 11-6-2015 (rec. 49/2015), 30-11-2015 (rec. 483/2015); y Cataluña 17-2-2015 (rec. 7053/2014), 11-4-2017 (rec. 1300/2017).

<sup>25</sup> SJS Teruel núm. 17/2018, 5-2-2018, STS núm. 194/2018, de 22 de febrero de 2018, y STSJ Galicia de 28 de marzo de 2018, cit.

probablemente porque, en el fondo, falta una aceptación plena de la tesis de equiparación entre el “trabajador enfermo” y el “trabajador discapacitado”, al tiempo que los ajustes son vistos como acciones dirigidas a los discapacitados de nacimiento con vistas a su incorporación al mercado de trabajo. Aparte de la aprobación de esta Ley en 2013, no ha habido más cambios importantes en otras normas. La cuestión pendiente es si el ET debería ser modificado para adecuarlo a la doctrina comunitaria. Mi opinión es favorable a ello y ofrezco tres posibles opciones, asumiendo que las mismas exigirían por mi parte una mayor reflexión en vistas a valorar las consecuencias que se derivarían de cada una:

- a) Cabría imitar el modelo francés, que opta por establecer, con claridad y sin reparos, un deber de recolocación a cargo del empresario para todo trabajador que regresa a su puesto tras una lesión o enfermedad. Dicho deber debería aparecer mencionado en el art. 52.a) ET. Los ajustes razonables se considerarían incluidos en dicha obligación y su mención se mantendría, como hasta ahora, en la LGDPD. No se incorporaría la prohibición de discriminación por razón del estado de salud, que resultaría más difícil de asimilar por nuestro Derecho, pero el deber de recolocación se extendería a toda lesión sobrevenida, con independencia de la posible declaración en IP, al haberse suprimido ya la extinción automática del contrato por grado elevado de IP. La discapacidad de origen se atendería desde la LGDPD, con su mención de los ajustes razonables. Sería, por tanto, una propuesta donde la atención de los dos *tipos* de discapacidades mantendría vías separadas;
- b) la segunda opción que propongo se ajustaría más a la doctrina comunitaria y conllevaría reformar sólo el art. 4.2, c), párrafo 2º ET del siguiente modo: “Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad o enfermedad equiparable a ésta, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. Una enfermedad es equiparable a discapacidad si tiene carácter crónico o es de larga duración. La condición de larga duración exige una previsión de ausencia del puesto de trabajo durante más de un año. La consideración de trabajador discapacitado exigirá al empresario la adopción de los ajustes razonables del puesto de trabajo, incluyendo la recolocación en un puesto que estuviera vacante”.

Es cierto que se podrían producir entrelazamientos con la declaración de IP y se forzaría la independencia respecto de la legislación de Seguridad Social, pero tiene de bondad que es una tesis que da seguridad jurídica en cuanto a la calificación del trabajador como discapacitado. Quedaría pendiente establecer a quién correspondería el juicio de la posible duración: se podría atribuir tanto a los médicos del Servicio Público de Salud o de la Mutua correspondiente. Desde el punto de vista práctico, requeriría que el parte médico de baja conllevara un apartado para indicar dicha previsión con absoluta claridad.

- c) La tercera y última tesis consistiría en actuar con mayor incisividad en el régimen de la ineptitud de nuestro Derecho del Trabajo<sup>26</sup>. Se trata de un concepto lo suficientemente complejo como para distinguir entre la ineptitud “a secas” de la “ineptitud médica”. Ambas deberían aparecer en el art. 52 como

<sup>26</sup> Aboga por una reforma del art. 52.a) ET GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5/2018, p. 529. Por otro lado, aunque no se refieren expresamente al precepto en liza, también llaman a la intervención legislativa para “determinar cuándo una IT es duradera y cuándo no”, y favorecer la seguridad jurídica, tanto MORENO GENÉ (*op. cit.*, p. 138) como LÓPEZ ÁLVAREZ, Mª. J., “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”, *NRDT*, nº 209/2018, consultado on-line.

causas diferentes de despido objetivo. La falta de adaptación del trabajador a las innovaciones tecnológicas del puesto se podría fusionar con la ineptitud general; de hecho, actualmente, se la califica como una ineptitud cualificada. De este modo, el apartado a) haría referencia la ineptitud genérica, entendiendo por tal la pérdida de la capacidad laboral atribuible a la edad y al desgaste propio del paso de los años –algo necesario si consideramos cómo se presenta en un futuro inmediato la evolución de la jubilación en nuestro país– así como de los requisitos administrativos para efectuar un trabajo: permiso de conducción en sentido amplio (automóviles, autobuses, aviones, barcos, etc.), de armas u otros certificados de aptitud. Mi propuesta sería también la de eliminar el periodo de prueba como requisito *sine qua non* para proceder al despido objetivo por ineptitud originaria, ya que la ausencia de dicho periodo es favorable al trabajador y esta ineptitud que ahora configuro no iría acompañada de adjetivo alguno (incluiría tanto la “originaria” como la “sobrevenida”). En relación con las innovaciones tecnológicas, se mantendría el párrafo dedicado al curso de adaptación como obligación empresarial que actualmente consta en el apartado b) del mismo precepto.

En un segundo apartado se mencionaría la ineptitud médica sobrevenida, acompañada del deber de recolocación empresarial y la mención expresa de los ajustes razonables para todas las secuelas<sup>27</sup>, con independencia de su gravedad. Este régimen que se propone supondría llevar al extremo la desvinculación con la IP de Seguridad Social: aparte de la supresión de la extinción automática del contrato de trabajo si el trabajador ha sido declarado en un grado elevado de IP, debería también eliminarse el mantenimiento de la suspensión si se prevé la recuperación en el plazo de dos años, que actualmente consta en el art. 48.2 ET. Se trataría así de evitar la discriminación por razón de enfermedad incrementando la responsabilidad empresarial a todos los niveles, con la ayuda del médico del SPRL, como también sucede hoy día en el ordenamiento francés.

Las opciones b) y c) asumen implícitamente un concepto de discapacidad sin requerir un certificado administrativo previo, como el TJUE apunta en el Asunto Daouidi y culmina en el Ruiz Conejero. Por otro lado, la opción c) quizás sea la que mejor se adecúa a la realidad de nuestro Derecho Laboral.

---

<sup>27</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA manifiesta que los ajustes razonables deberían haber quedado reflejados en el actual art. 52, apartados a) y d) ET, y, “en definitiva”, que “el legislador del Estatuto de los Trabajadores de 2015 ha perdido la oportunidad de realizar la imprescindible labor de integración de textos... crítica (que) tiene todavía más sentido habida cuenta de la importancia que adquiere el Estatuto... como norma de referencia de la negociación de convenios colectivos, normas que pueden mejorar las condiciones de los trabajadores o contemplar medidas precisas de adaptación al puesto de trabajo de las personas con discapacidad” (cfr. “Las definiciones de “discapacidad” y “ajustes razonables” en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido”, *RDS*, nº 82/2018, pp. 124-127, y 132). En un planteamiento más limitado, RODRÍGUEZ CARDO propone un nuevo diseño de los partes de baja médica donde conste la previsible duración, lo que podría “facilitar la labor judicial”, aunque tampoco le resulta plenamente convincente, alegando que “de ordinario no habrá una valoración sólida sobre las eventuales secuelas futuras, salvo que haya tenido lugar el procedimiento de declaración de incapacidad permanente y ya esté disponible el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades, lo que en la práctica no resultará frecuente, pues ese es un procedimiento que suele comenzar transcurrido más de un año o año y medio (según los casos) del inicio de la incapacidad temporal, y el despido se producirá previsiblemente mucho antes si el motivo es la ineficiencia económica de un trabajador”. Igualmente, en una postura más conservadora, el mismo autor opta por una solución de incremento de las indemnizaciones de los despidos si ha mediado discriminación por discapacidad (“La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal”, *Trabajo y Derecho*, nº 34/2017, pp. 78-79).

#### 4. DISCAPACIDAD Y ABSENTISMO: AMPLIACIÓN DE LAS EXCEPCIONES ESTATUTARIAS COMPUTABLES

La otra perspectiva desde la que se ha enfocado la discriminación por discapacidad ha sido en relación con el despido objetivo por absentismo, al tratar las ausencias de igual modo que las del trabajador ordinario. Si bien es cierto que el art. 52.d) ET contempla una serie de supuestos en los que las faltas de asistencia no se van a computar a los efectos de esta causa de despido –particularmente, en lo que nos interesa, las ausencias por enfermedad común de más de 20 días de duración o por enfermedad grave–, no hay una referencia explícita a enfermedades que integren el cuadro de discapacidad del trabajador. En este sentido, en fecha no lejana, el Asunto Ruiz Conejero ha respondido a la cuestión prejudicial que, con el contenido que se acaba de mencionar, planteó en su día el JS nº 1 de Cuenca, del que se entiende que cabe analizar el carácter discriminatorio de dicho precepto estatutario porque no introduce ninguna salvedad en relación con los trabajadores discapacitados, que precisan un tratamiento recurrente por padecer enfermedades crónicas o por agudizarse en algunos momentos del año<sup>28</sup>. El Juzgado concurse ha dictaminado la nulidad del despido<sup>29</sup>; una sentencia que ha sido recurrida en suplicación y de la que pronto conoceremos el pronunciamiento del TSJ de Castilla-La Mancha.

Si el caso planteado era el de un trabajador con obesidad mórbida y discapacitado en un 32%, la respuesta del TJUE añade la irrelevancia, para la calificación del trabajador como “discapacitado” a los efectos de la Directiva 2000/78, de que esté en posesión de un certificado administrativo nacional que así lo declare.

Lo cierto es que el problema es real y tampoco está correctamente resuelto por el legislador español. Parece claro que se trata de trabajadores que van a precisar de atención médica esporádica o puntual si son enfermedades crónicas, dando así lugar a ausencias computables a efectos de absentismo, pues la interpretación que la jurisprudencia española hace del concepto “enfermedad grave” es restrictiva (aparte del cáncer se han incluido, por el momento, la esquizofrenia y la diabetes mellitus tipo I) y exige que las faltas respondan a una misma enfermedad, como filtro para su consideración posterior como “enfermedad grave”. Así lo ha indicado recientemente el TS<sup>30</sup>, que rechaza y casa la tesis de la Sala gallega favorable a considerar que el concepto de discapacidad que debe utilizarse en el análisis no puede ceñirse a la excepción del cáncer o enfermedad grave, sino que debe ser más amplio<sup>31</sup>. En mi opinión, la solución no es sencilla, pero sí considero

<sup>28</sup> V. mi “Obesidad/discapacidad, absentismo...”, *op. cit.*, p. 141 y ss.

<sup>29</sup> Núm. 171/2018, 7-3-2018.

<sup>30</sup> STS de 21 de septiembre de 2017 (rec. ud. 782/2016), FD 2º: “Las faltas de asistencia constatadas a lo largo de doce meses en cuatro meses discontinuos, febrero, abril, octubre y noviembre de 2013 fueron 22. Dichas faltas de asistencia tuvieron como causa la enfermedad común, con los siguientes diagnósticos: “dolor en el trapecio los del mes de febrero, bronquitis y sinusitis los de abril, gastroenteritis en octubre y sin diagnósticos los días transcurridos entre el 15 y el 25 de noviembre manifestándose la dolencia en forma de pérdida de conocimiento”; añadiéndose que, con la referencia en el art. 52.d) ET a la exclusión de las faltas que obedecían a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, “resulta evidente que el legislador quiso otorgar especial consideración a un supuesto distinto de las bajas por enfermedad que pueden dar lugar con base en diferentes etiologías a las ausencias reiteradas pero sin conexión con el núcleo de un tratamiento debido a una dolencia prolongada en el tiempo de la que habitualmente el cáncer es paradigma pero sin excluir otras enfermedades, si bien integrando la tipificación el término de “grave”.

<sup>31</sup> STSJ Galicia de 22 de diciembre de 2015, FD 7º: “Es cierto que sus faltas de asistencia al trabajo no aparecen ligadas, en su totalidad, a su discapacidad, pero también es verdad que, al menos, dos de ellas sí han tenido por causa su patología lumbar y el tratamiento paliativo que observó, lo que no impide apreciar que el despido litigioso supone una diferencia de trato (discriminación) indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que: a) Entender como únicamente ponderables los procesos patológicos derivados de la enfermedad incapacitante, podría encubrir una conducta censurable desde la óptica constitucional. En este aspecto, el transcrito concepto de discapacidad (deficiencias

necesario proceder a un análisis global de la situación de salud del trabajador, pues quizás la ausencia se vincule con enfermedades colaterales, no tan graves como la principal pero vinculadas sin duda con ésta. Y ello porque algún pronunciamiento judicial hay en el que se considera que precisamente por ser las faltas que computan para el absentismo las de breve duración, quedan lejos de cualquier relación con la discapacidad<sup>32</sup>, por lo que el concepto comunitario de discapacidad se vuelve en contra del trabajador.

Los ajustes razonables no resultan útiles para resolver la cuestión del absentismo; lo que se exige en este momento es una interpretación *razonable* por parte del empresario de lo establecido en el art. 52.d) ET. La solución pasa por su reforma de modo que se incluyan entre las faltas de asistencia no computables aquéllas que sean debidas a la discapacidad del trabajador o a enfermedades equiparables a ésta<sup>33</sup>.

## 5. UNA CUESTIÓN DE CLARIDAD LEGISLATIVA O FALTA DE CONFIANZA EN LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA DIRECTIVA

Mucho se discute últimamente sobre la eficacia directa de los principios del Derecho Comunitario y, en particular, de las Directivas, situación motivada, fundamentalmente, por las reformas laborales restrictivas de los derechos de los trabajadores tras la reciente crisis económica. Se trata de alcanzar así la nulidad de las medidas del legislador nacional invocando la aplicación directa de los principios y derechos reconocidos por la OIT o por los Tratados de la UE. Últimamente se discute también si lo establecido en una Directiva comunitaria puede ser directamente invocado ante la jurisdicción interna; de hecho, la cuestión se ha planteado en relación con el ámbito de aplicación del despido colectivo o sobre los conceptos salariales que deben integrar la retribución de las vacaciones<sup>34</sup>.

En la cuestión que ocupa el objeto de esta comunicación parece, a mi juicio, difícilmente aplicable el concepto de “ajuste razonable” contenido en el art. 5 de la Directiva 2000/78, pese a su directa vinculación con el principio de no discriminación, que sí considero efectivo de modo inmediato y que aparece adecuadamente reflejado en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>35</sup>. El hecho de que tales ajustes constituyan medidas de acción positiva –pese a que esta afirmación también es discutida en la doctrina– precisa que se reflejen en el derecho interno. Al menos, esto es predicable del Derecho del Trabajo español, donde el deber de recolocación empresarial brilla por su ausencia. Algo similar entiendo que ocurre en materia del despido por absentismo: si la norma española menciona en lista tasada los motivos de excepción, se hace necesaria la inclusión de las enfermedades vinculadas con la discapacidad, pues, como se ha sostenido, el concepto de “ajustes razonables” no es operativo en este punto, aparte del hecho de que

físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes) trasciende la previsión del artículo 52.d) ET, en cuanto limitado a trabajadores con un “tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”.

<sup>32</sup> STSJ Aragón de 2 de mayo de 2018 (rec. n.º 201/2018), FD 10º.

<sup>33</sup> Coincido con GUTIÉRREZ COLOMINAS, si bien no comparto la utilidad que ve en los ajustes razonables para el despido por absentismo (“La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones...”, *op. cit.*, consultado on-line).

<sup>34</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Interpretación conforme, eficacia directa y otras técnicas al servicio de la primacía del Derecho de la Unión Europea en el entorno de una legislación laboral contradictoria con las Directivas de Política Social”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6/2017, p. 492 y ss.

<sup>35</sup> Coincido con DUEÑAS HERRERO, L., *op. cit.*, p. 434. Sobre la eficacia directa del art. 21 CDFUE: ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “El efecto horizontal (con “renglones torcidos”) de la prohibición de discriminación en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la STJUE 19 de abril de 2016 (Asunto Dansk Industri vs. Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9/2016, p. 937.



no se puede pretender su eficacia directa. Como he señalado anteriormente, la mención exclusiva en la LGDPD es insuficiente.

Conviene precisar que lo que se acaba de sostener se desconoce por los recursos que plantean los trabajadores, que sí invocan el art. 5 Directiva 2000/78 para fundamentar su pretensión, y, de modo análogo, por los Tribunales, ya que también abundan los pronunciamientos que se refieren al mismo sin cuestionarse si dicho precepto es o no directamente aplicable en Derecho Interno.

**LA INEXISTENCIA DE TUTELA PREVENTIVA  
FRENTE AL DESPIDO DE TRABAJADORA  
EMBARAZADA EN EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO ESPAÑOL.  
SENTENCIA DEL TJUE; CASO PORRAS GUIADO**

MARÍA DEL CARMEN MACÍAS GARCÍA  
*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. SUPUESTO DE HECHO
3. MARCO JURÍDICO ANALIZADO
4. LA DIRECTIVA 92/85 Y LA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO
5. LA DIRECTIVA 92/85 Y LA PROHIBICIÓN DE DESPIDO COMO TUTELA PREVENTIVA DE LA MUJER EMBARAZADA
6. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE FEBRERO DE 2018, ASUNTO C-103-16 (CASO PORRAS GUIADO). VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1. INTRODUCCIÓN

A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16, se plantea el debate sobre la tutela preventiva, y no sólo reparadora que debe otorgar nuestro ordenamiento jurídico, en el caso de despido de trabajadoras embarazadas en base a la interpretación del art. 10, puntos 1 y 2 los establecidos en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, en el marco de un despido colectivo teniendo en cuenta la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

En tanto que dicha directiva establece la prohibición de despido, que tiene la finalidad de evitar consecuencias perjudiciales que puede tener sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, el riesgo de que puedan ser despedida por motivos relacionados con su estado.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

La empresa Bankia el 9 de enero de 2013 inicia el proceso de consultas reglamentario con la representación legal de los trabajadores a fin de proceder a un despido colectivo. El 8 de febrero de 2013 la comisión negociadora alcanza un acuerdo en periodo de consultas-negociación, en el que se tratan aspectos tales como el despido colectivo que se pretendía efectuar, así como otras medidas reorganizativas referidas a la modificación de las condiciones de trabajo y a la movilidad funcional y geográfica.

En el acta de dicho acuerdo, según consta para la determinación de las personas afectadas por la decisión de extinción tomada directamente por la empresa, se tendría en cuenta “la valoración resultante de los procesos de evaluación realizado por la entidad al respecto del perfil competencial, indicadores de potencial”.

De igual forma se recogían una serie de criterios de prioridad de permanencia, como por ejemplo en el caso de matrimonios o parejas de hecho, en los que el despido solo podría afectar a uno de ellos, o empleados con discapacidad.

La trabajadora Porras Guisado recibe carta de despido el día 13 de noviembre de 2013, según la cual y en base a los acuerdos alcanzados y a la baja puntuación obtenida tras el proceso de valoración realizado por la empresa, se procedía a la extinción de su contrato de trabajo con efectos a partir del día 10 de diciembre de 2013, indicando también que se ponía a su disposición la indemnización correspondiente en concepto de despido.

De forma concreta se exponía lo siguiente;

*«En el caso concreto de la provincia de Barcelona en la que Ud. presta servicios, una vez resuelto el procedimiento de adhesión al programa de bajas indemnizadas, descontadas las personas afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambios de puestos de trabajo, se hace necesario un mayor ajuste de plantilla, debiendo procederse a la extinción de contratos de trabajo por designación directa de la empresa, según lo previsto en el [acuerdo de 8 de febrero de 2013].*

*En este sentido, como resultado del proceso de valoración realizado en la Entidad, que fue tratado en el periodo de consultas, siendo un elemento relevante para la adopción*

*del acuerdo de 8 de febrero de 2013, al que fue incorporado como parte del mismo, su valoración es de 6 puntos, que se encuentra entre las valoraciones de menor puntuación de la provincia de Barcelona, en la que Ud. presta servicios.*

*Por todo ello, en aplicación de los criterios de afectación expuestos y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 10 de diciembre de 2013».*

La señora Porras Guisado, interpone papeleta de conciliación el 9 de enero de 2014 se encontraba embarazada cuando se produce el despido.

En el acto de conciliación no se produjo acuerdo ninguno por lo que el 3 de febrero de 2014 impugna el despido mediante demanda ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró (Barcelona). El 25 de febrero de 2015 es desestimada dicha demanda.

Se interpone recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña que tramita la petición de cuestión prejudicial en el ámbito del litigio planteado entre la señora Porras Guisado, por una parte, y su empleadora Bankia, las diferentes secciones sindicales de la empresa, y el Fondo de Garantía Salarial y, por otra parte, relativo a la legalidad del despido de la actora, al estar embarazada en el marco de un despido colectivo.

### **3. MARCO JURÍDICO ANALIZADO**

#### **- Derecho de la Unión**

Directiva 92/85 Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (DO 1992, L 348).

3-. A tenor de los considerandos primero, séptimo, octavo y decimoquinto de la Directiva 92/85:

«Considerando que el artículo 118 A del Tratado [CEE] obliga al Consejo a establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores; [...].

Considerando que la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo [(DO 1989, L 183, p. 1)], dispone en su artículo 15 que los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán estar protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica;

Considerando que la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe considerarse por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad; [...]

Considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido».

4-. El artículo 1 de la Directiva 92/85, titulado «Objeto», establece en su apartado 1:

«El objeto de la presente Directiva, que es la décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE, es la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia».

5-. El artículo 2 de la Directiva 92/85, titulado «Definiciones», dispone:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;
- b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;
- c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales».

6-. El artículo 10 de dicha Directiva, titulado «Prohibición de despido», establece:

«Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

- 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.
- 2) Cuando se despidiera a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.
- 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1».

-Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO 1998, L 225).

7-. A tenor de los considerandos 2 a 4 y 7 de la Directiva 98/59:

«(2) Considerando que interesa reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad;

(3) Considerando que, a pesar de una evolución convergente, subsisten diferencias entre las disposiciones en vigor en los Estados miembros en lo que se refiere a las modalidades y al procedimiento de los despidos colectivos, así como a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de estos despidos para los trabajadores;

(4) Considerando que estas diferencias pueden tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior; [...]

(7) Considerando que es necesario, por consiguiente, promover esta aproximación por la vía del progreso, en el sentido del artículo 117 del Tratado [CEE]».

8. El artículo 1 de dicha Directiva, bajo la rúbrica «Definiciones y ámbito de aplicación», dispone en su apartado 1, letra a):

«A efectos de la aplicación de la presente Directiva:

a) se entenderá por “despidos colectivos” los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

i) para un período de 30 días:

- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,
- al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,
- al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

ii) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados».

9-. El artículo 2 de la misma Directiva, bajo la rúbrica «Información y consulta», establece en sus apartados 1 a 3:

«1. Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo.

2. Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

3. A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá:

a) proporcionarles toda la información pertinente, y

b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito:

i) los motivos del proyecto de despido;

ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;

iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;

iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;

- v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido;
- vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales.

El empresario deberá transmitir a la autoridad competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v) de la letra b) del párrafo primero».

-Derecho español

10-. Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE nº 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654), en su versión aplicable cuando se produjeron los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «Estatuto de los Trabajadores»), establece en su artículo 51, relativo al despido colectivo:

«1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. [...]

2. El despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores.

La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. [...]

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1.

- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- d) Período previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales. [...]

5. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad. [...]

11-. El artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la extinción del contrato por causas objetivas, dispone:

«El contrato podrá extinguirse: [...]

- c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. [...]

12-. El artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la forma y efectos de la extinción por causas objetivas, tiene el siguiente tenor:

«1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

- c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento. [...]

3. Contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario.



4. Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

- a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.
- c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.

5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

- a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.
- b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución

de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización».

13-. El artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la forma y efectos del despido disciplinario, prevé en sus apartados 5 y 6:

«5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.
- c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir».

14-. El Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE n.o 261, de 30 de octubre de 2012, p. 76292), dispone en su artículo 13:

«1. Conforme a lo establecido en [los artículos] 51.5 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo.

2. Dicha prioridad de permanencia favorecerá igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

3. La empresa deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa».

15-. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE n.o 245, de 11 de octubre de 2011, p. 106584), en su versión aplicable cuando se produjeron los hechos del litigio principal, establece en su artículo 122, apartado 2:

«La decisión extintiva será nula: [...]

- b) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- c) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- d) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley.

La de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

- e) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras c), d) y e) será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

#### **4. LA DIRECTIVA 92/85 Y LA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO**

Cuestión de vital importancia es la referida a la situación y comunicación de embarazo por parte de la trabajadora, según la directiva de aplicación, la trabajadora embarazada es cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Se plantea por parte de Bankia, la inadmisión de la petición prejudicial planteada por el Tribunal alegando que, a la fecha del despido de la Sra. Porras Guisado no había comunicado su embarazo.

Si nos atenemos al tenor literal de la norma la trabajadora embarazada es aquella que ha comunicado su situación al empresario, en tanto que dicha información ha tenido que ser trasladada para que produzca efecto la tutela prohibitiva del art. 10.2.

Ante esta cuestión planteada el TJUE hace referencia a la llamada “presunción de pertinencia”, de la que goza toda cuestión y que únicamente tiene la posibilidad de negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial, al margen de defectos estrictamente procesales, “cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma de la Unión, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no guardan relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema es de naturaleza hipotética”.

Además, refiere que *“el órgano jurisdiccional remitente ha precisado que la petición de decisión prejudicial tiene por objeto determinar si la normativa española transpone correctamente el artículo 10 de la Directiva 92/85, que prohíbe, salvo en casos excepcionales, el despido de trabajadoras embarazadas”*.

No se puede solicitar la inadmisión de la cuestión basándose en la no constancia del conocimiento empresarial del embarazo, afirmando *“que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que la Sra. Porras Guisado ha alegado, en el ámbito del procedimiento nacional, que en esas mismas fechas había informado a sus compañeros y superiores de su embarazo”*, y –ya en el apartado 37- añade *“que el órgano jurisdiccional remitente, al no proporcionar ningún dato en sentido contrario, da por sentado que procede aplicar a la Sra. Porras Guisado el artículo 10 de la Directiva 92/85.”*

## **5. LA DIRECTIVA 92/85 Y LA PROHIBICIÓN DE DESPIDO COMO TUTELA PREVENTIVA DE LA MUJER EMBARAZADA**

### **5.1. La tutela “preventiva” de la trabajadora embarazada**

Se trata de dilucidar en este planteamiento, si existe la tutela preventiva ofrecida por parte de nuestro ordenamiento jurídico tal y como establece el artículo 10.1 de la Directiva 92/85.

Así bien el TSJ de Cataluña formula si ¿es conforme al artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, una legislación como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)?.

El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

Para tomar plena conciencia de la relevancia de esta respuesta<sup>1</sup> es fundamental seguir el iter argumental que lleva al TJUE a tal conclusión, en gran parte proporcionado la Abogada General Sharpston en sus conclusiones de fecha 14.9.17.

Así, empieza el TJUE por recordar que, como se desprende del artículo 288 del Tratado Fundacional de la Unión Europea<sup>2</sup>, al transponer una directiva los Estados miembros, si bien disponen de un amplio margen de apreciación respecto de la selección de los procedimientos y de los medios destinados a tal fin, están obligados a garantizar la plena eficacia de los mandatos de aquella.

De este modo, el artículo 10 de la Directiva 92/85 opera una distinción expresa entre, por un lado, la protección contra el despido en sí mismo, con carácter preventivo, y por otro, la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación. Y añade que, por consiguiente, la transposición correcta del mencionado artículo obliga a los Estados miembros a establecer esta doble protección.

Así pues, y en base a lo anterior podemos afirmar que la correcta trasposición del precepto obliga a nuestro país a una “doble protección” o una “doble tutela”;

- por un lado, los Estados deben tomar las medidas necesarias para prohibir el despido de dichas trabajadoras, lo que sería la protección con carácter preventivo,
- y de otro lado, deben tomar las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras contra las consecuencias de un despido que sea ilegal, siendo esta la protección reparadora.

La tutela reparadora consiste en la declaración de la nulidad del despido y su posterior readmisión en la empresa, resarciendo de esta forma el hecho ya consumado, de tal suerte que la tutela preventiva no se está otorgando, y al parecer incumpliendo por tanto el mandato comunitario.

Se cuestiona, por tanto, por parte del TSJ de Cataluña, de forma acertada a nuestro entender, si España ha llevado a cabo la obligación de establecer una tutela preventiva para la mujer embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, mediante la cual se prohíba el despido de esta -salvo que existan motivos justificados que nada tengan que ver con su estado-.

La respuesta del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea es la siguiente;

- Recuerda con alusión al artículo 288 del TFUE, que, si bien los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación respecto a la selección de los procedimientos y de los medios destinados a la trasposición de una directiva, están obligados a garantizar la plena eficacia de lo estipulado en la misma.
- Que el artículo 10, punto 1 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

<sup>1</sup><http://www.mujeresjuezas.es/2018/03/25/sentencia-tjue-22-2-2018-despido-trabajadora-embarazada/> (acceso 3 de noviembre 2018).

<sup>2</sup> <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (acceso 3 noviembre 2018).

- La sentencia denomina la “protección preventiva” a la primera de las protecciones a garantizar. Esgrime que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, o en periodo de lactancia, por lo que procede establecer una prohibición de despido de dichas trabajadoras.

También resalta la gravedad que un posible despido puede suponer para el estado físico y psíquico de la trabajadora embarazada, incluyendo el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora a interrumpir voluntariamente su embarazo. El legislador de la Unión ha establecido una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad<sup>3</sup>.

- La protección que esta disposición confiere a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia excluye tanto la adopción de una decisión de despido como los actos preparatorios del despido, como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento de un hijo<sup>4</sup>.
- Declara la insuficiencia de nuestra “tutela reparadora” (basada en la mera declaración de nulidad posterior al despido), cuando afirma que el riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas la contingencia de un despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo.

Con el fin de garantizar tanto la fiel trasposición del artículo 10 de la Directiva 92/85 como la protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de este despido cuando no esté justificado.

De ahí que establezca que, habida cuenta del riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia la contingencia de un despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, “no puede sustituir a la protección de carácter preventivo”.

Por consiguiente, con el fin de garantizar tanto la fiel trasposición del artículo 10 de la Directiva 92/85 como la protección de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado.

---

<sup>3</sup> Sentencias de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, EU:C:1994:300, apartado 21, y de 11 de noviembre de 2010, Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, apartado 60). <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=c-32/93&td=ALL> (acceso 11 octubre 2018).

<sup>4</sup> Sentencia de 11 de octubre de 2007, Paquay, C460/06, en la que se declaró que el artículo 10 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el periodo de protección al que se refiere el punto 1 de dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho periodo. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-460/06&td=ALL> (acceso 11 octubre 2018).

Ello nos lleva a considerar que, con este precedente judicial, tanto la readmisión obligatoria, el abono de salarios de tramitación y, en su caso, la indemnización adicional, como las medidas de “reparación” preceptuadas en la normativa española para la declaración de nulidad del despido de una empleada embarazada -tutela ex post-, no son suficientes para adecuar esa protección a los mandatos comunitarios, y es necesario establecer una prohibición que responda a la específica tutela “preventiva” –ex ante– que exige el derecho de la Unión<sup>5</sup>.

A la vista de las consideraciones anteriores, procede a responder a la tercera cuestión prejudicial.

El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal<sup>6</sup>.

La finalidad preventiva de los mecanismos de sanción y reparación no reemplaza la exigencia de una prohibición expresa.

Si bien como señala Molina Navarrete<sup>7</sup> es en el plano teórico o doctrinal donde la sentencia adquiere un inesperado significado, tanto por lo que dice en orden a la finalidad de la nulidad objetiva del despido de trabajadoras madres por causa injustificada, se conozca o no la gestación, como por lo que orilla respecto al impacto del artículo 183 de la LRJS<sup>8</sup>, repensado a la luz de la jurisprudencia comunitaria referida y su exigencia, en tales casos, de una tutela preventiva en alguna medida útil, como es el asunto aquí tratado.

Al respecto, se ha tenido ocasión de recordar cómo el TJUE no acepta que se identifique, cuando media un despido sin causa de una trabajadora gestante, sin más precisión o añadidura, “reparación” con “nulidad” sin más, exigiendo tutela preventiva.

Continúa Molina Navarrete señalando que, aunque es bien sabido que la construcción de la nulidad objetiva responde a un nivel de tutela superior al de la directiva (por prescindir de la exigencia de conocimiento del estado por el empleador), no por ello cabe identificar, sin más, el imperativo europeo de prevención con el nacional de objetividad o automaticidad, aunque esta garantía también responda a ese efecto útil de la protección reclamada por el TJUE.

Es importante reseñar que el TJUE dicta una jurisprudencia expansiva, no restrictiva, ya que se fundamenta en un derecho fundamental y en un principio general del Derecho de la Unión Europea (arts. 20 y 21 Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea –CDFUE–).

En este sentido, el artículo 10 de la Directiva 92/85–complementario de la directiva sobre despidos colectivos, pero no agotada en ella, por su inmediata conexión general con el principio de igualdad de trato por razón de sexo, como afirma la STJUE de 19 de

<sup>5</sup> Fernández Avilés, J.A.: Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16. Diálogos con la jurisprudencia. RTSS, CEF nº 425-426, agosto-septiembre 2018.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Molina Navarrete, C.: “El plus de despido de las mujeres embarazadas: ¿” indemnización disuasoria” también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, 28 de noviembre. Comentarios y Casos Prácticos, RTSS, CEF nº 421, abril 2018.

<sup>8</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE núm. 245, de 11/10/2011.

octubre de 2017<sup>9</sup>, exigiría frente a todo despido sin causa justificada de una trabajadora madre “doble protección”.

Cabe plantearse llegados a este punto, la dificultad legislativa que conlleva una prohibición de forma preventiva de despido de la trabajadora embarazada, en base a los posibles riesgos que dicha situación pueda tener sobre su salud física y/o mental.

La complicación de la evaluación del riesgo de despido que tenga como consecuencia la afectación de la salud física o mental de la mujer embarazada y que pudiera conllevar, dice la directiva, a la interrupción voluntaria del embarazo, se plantea como poco de una gran complejidad, tanto evaluativa como preventiva.

Claro está que en la percepción del daño que se puede producir derivado de la situación de despido concurren multitud de causas -como bien es sabido desde el punto de vista de la especialidad preventiva de riesgos laborales de psicología-.

La existencia de factores de riesgo psicosociales<sup>10</sup> derivados del clima organizacional o laboral, en principio, y en virtud del cumplimiento de la normativa de PRL debe estar evaluado en especial en el caso de trabajadores especialmente sensibles donde se encuentran incluidas las trabajadoras embarazadas.

Así pues, existen otra serie de factores que se pueden considerar externos o ajenos al ámbito de organización de la esfera empresarial, que pueden influir e influyen en la percepción del daño y salud de la trabajadora embarazada, como es por ejemplo la personalidad del individuo.

Las conclusiones y argumentaciones de la abogada general señalan que en todo despido sin causa de las trabajadoras madres concurren daños específicos, más allá del obvio de la pérdida del empleo sin justificación jurídica.

---

<sup>9</sup> STJUE de 19 de octubre de 2017. Asunto C-531/15, caso Elda Otero Ramos <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195741&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1> (acceso 13 octubre 2018).

<sup>10</sup> Existe una serie de singularidades en los riesgos psicosociales que no encontramos en el resto;

1. Tienen una difícil delimitación en el espacio y tiempo, es decir se prolonga en ellos. Al contrario de lo que ocurre con un riesgo de seguridad que suele estar bien delimitado y concretado en un espacio o actividad, ocurriendo lo mismo con los riesgos de higiene o ergonomía, están fácilmente localizados. Una característica muy común de los factores psicosociales es la no localización.

2. Son de difícil objetivación, uno de los grandes problemas que nos encontramos es la dificultad para encontrar unidades de medidas objetivas.

Según la OIT se basan en “percepciones” y en este caso, atendiendo al enfoque organizacional, a la experiencia intersubjetiva del colectivo organizacional.

3. Afectan a los otros riesgos, de tal forma que influyen también en los riesgos de seguridad, higiene y ergonomía, ya que el ser humano no es un individuo aislado de lo que sucede a su alrededor. El aumento de los factores psicosociales de riesgo, el estrés y la tensión, suelen generar conductas precipitadas, alteradas y no adaptativas que propician los errores, y por lo tanto más riesgo de sufrir accidentes. Se ha estudiado abundantemente los efectos de los factores psicosociales y el estrés asociado sobre los trastornos musculoesqueléticos asociados a la ergonomía.

4. Es compleja su regulación legal en cuanto a límites, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los riesgos que tienen una normativa precisa, por ejemplo, el nivel de ruido o límites de exposición a sustancias químicas, no encontramos acotados “los niveles de estrés” existiendo una amplia regulación de estos pero enfocada fundamentalmente a la prohibición de que dichos peligros afecten a la salud de los trabajadores.

5. Las características propias de cada individuo influye sobre ellos, nos afectan según nuestras propias características contextuales y personales.

6. No está claro como intervenir en los riesgos psicosociales, casi siempre hay soluciones técnicas para la gran mayoría de los riesgos de seguridad, higiene y ergonomía, pero no resulta tan claro cuando se trata de los factores psicosociales. Por su propia naturaleza, los factores psicosociales son factores organizacionales y están íntimamente entrelazados al diseño y concepción global de la empresa. A pesar de ello y de su complejidad no disminuye la necesidad de actuar sobre los mismos.



La abogada general no deja duda alguna: “es intrínsecamente improbable que, las medidas de reparación] (...) subsanen completamente las consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica causadas por el acto improcedente inicial”.

Molina Navarrete afirma que el Derecho español sí tiene remedios preventivos que se sitúan en línea con la directiva.

Otra cosa es –señala el autor– su eficacia real, más por deficiencias aplicativas que por ineficacia técnica.

El primero tiene que ver con el sistema de nulidades objetivas establecido para todos los casos de despido –se excluye la extinción durante el periodo de prueba (STC 173/2013), no solo para los despidos disciplinarios, en el artículo 55.5, párrafo segundo, letra b) del ET –que incluye también el ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar–.

Conforme a una consolidada jurisprudencia, se trata de una “causa de nulidad, distinta de la nulidad por causa de discriminación”.

A través de ella, el legislador nacional actúa una garantía de tutela efectiva frente al riesgo de despido por embarazo de naturaleza “automática” (la protección no precisa prueba del móvil discriminatorio) y de finalidad de mejora respecto de la Directiva 92/85/CEE (ej.: STS, 4.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2015, rec. 104/2014, que anuló la inclusión de una trabajadora, con reducción de jornada por cuidado de hijo, en un despido colectivo, al no aportar los criterios objetivos para tal selección, deviniendo discriminatoria).

El segundo se asocia a la previsión ex artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) de añadir una función preventiva a la indemnización por vulneración de un derecho fundamental (STS de 13 de julio de 2015, rec. 221/2014).

Pues bien, tras una atormentada y fatigosa evolución jurisprudencial, para volver a la casilla de salida de hace un cuarto de siglo (1993), reescribiendo el futuro conforme al (mejor) pasado, se asume ya que la nulidad del despido por vulneración de derecho fundamental (STS 1025/2017, de 19 de diciembre, para la libertad sindical).

En especial si se trata de derechos relativos a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, conllevará necesariamente una indemnización adicional a la nulidad (readmisión + salarios de tramitación + indemnización de daño moral con eficacia disuasoria).

No entramos ahora en las persistentes deficiencias en su cuantificación, pues permanece en gran medida subestimada o infravalorada.

Existen situaciones, hoy excepcionales, en las que no se declara derecho indemnizatorio alguno, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, rec; 286/2017, de 4 de abril –discriminación por razón de sexo para una trabajadora sometida a pruebas de fecundación in vitro–, sin que haya claridad ni tan siquiera a la hora de seleccionar el criterio objetivado de referencia (vid. ATS de 17 de mayo de 2017, rec. 2113/2016).

En este momento, lo que interesa recordar es que resulta ya un dato jurídico adquirido, normativo, que la tutela frente al despido injustificado de todas las trabajadoras madres que comprende desde la gestación hasta el cuidado, y que incorpora una sanción de nulidad tanto restitutoria, como es la readmisión e indemnidad retributiva, cuanto disuasoria-preventiva a través de la indemnización adicional concebida legislativamente para contribuir de forma eficaz a la prevención del riesgo especial de despido –u otro agravio– que siguen sufriendo aquellas.

## **5.2. La posible prioridad de recolocación y/o permanencia de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia a la luz del derecho de la Unión**

El TJUE responde conjuntamente a las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta, formuladas por el órgano judicial nacional en los siguientes términos:

¿En caso de despido colectivo, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia conforme al artículo 10.1 de la Directiva 92/85, ha de exigirse que la trabajadora afectada no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo, o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo? ¿Es conforme al artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE?

El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

A tenor del artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85, los Estados miembros «tomarán las medidas necesarias» para prohibir, en principio, el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad.

En lo relativo a la prioridad de permanencia en la empresa de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, el órgano jurisdiccional remitente indica en su auto de remisión que, según la normativa española, los representantes legales de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo.

Dicha prioridad de permanencia favorece igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado mediante negociación, tales como el colectivo de trabajadores con cargas familiares, el de trabajadores mayores de determinada edad o el de personas con discapacidad.

El órgano jurisdiccional remitente deduce de dicha normativa que las trabajadoras embarazadas sólo tienen prioridad de permanencia en la empresa cuando tal prioridad se haya pactado mediante negociación colectiva.

Añade que los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa pueden ser despedidos, pero que en ese caso se exige que la empresa justifique razones excepcionales, distintas de las que amparan el despido colectivo.

En el caso de autos, atendiendo a la respuesta facilitada a la primera cuestión prejudicial, el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59.

A este respecto, es cierto que, como ha observado la Comisión Europea, la Directiva 92/85, concretamente su artículo 10, punto 1, no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro

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

No obstante, dicha Directiva, que sólo contiene disposiciones mínimas, no excluye en modo alguno la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de octubre de 2001, Jiménez Melgar, C-438/99, EU:C:2001:509, apartado 37).

Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta que el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

El ordenamiento español no contiene o no prevé medidas preventivas, antes de que se produzca el despido, como pudiera ser la exigencia de recolocación de la trabajadora embarazada o prioridad de permanencia en la empresa, que haya dado a luz o en período de lactancia en otro puesto de trabajo y con carácter previo a la decisión de extinción del contrato.

En este supuesto, la finalización del contrato de trabajo sería la última opción para llevar a cabo por la empresa, lo que supondría algo más de estabilidad en el puesto de trabajo de las trabajadoras que se encuentran en dicha situación<sup>11</sup>.

A la luz de tales argumentos, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta que el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

No se excluye, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

## **6. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE FEBRERO DE 2018, ASUNTO C-103-16 (CASO PORRAS GUIADO)**

La respuesta del TJUE no deja lugar a dudas, la declaración de nulidad objetiva establecida por nuestro ordenamiento jurídico -tutela reparativa del daño causado- es insuficiente a todas luces para dar cumplimiento al mandato europeo.

<sup>11</sup> Fernández Avilés, J.A.: Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela "preventiva" es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16. Diálogos con la jurisprudencia. RTSS, CEF nº 425-426, agosto-septiembre 2018.

La Directiva establece dos mandatos de forma clara, tal y como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente.

El primero de ello en forma de tutela preventiva, en forma de prohibición de despido y la tutela reparativa, en forma de readmisión. Se trata a todas luces de dos garantías distintas, las dos exigibles y aplicables.

España sólo ha dado cumplimiento a la tutela reparadora del despido, sin llegar a establecer mecanismos que impidan –de forma preventiva– el despido de la trabajadora embarazada, cuyos daños no pueden ser reemplazados con la insuficiente declaración de nulidad y la incorporación de la trabajadora embarazada a su puesto.

Tal situación y visto desde un punto de vista prevencionista, el daño ya se ha producido y el fin principal de la prevención en cualquier situación o suceso es evitar que el resultado lesivo se produzca.

En consecuencia y para evitar los posibles efectos lesivos y dañosos que tal situación podría suponer en la trabajadora embarazada, se plantea la cuestión de solicitar la aplicación directa del art. 10 de la Directiva 92/85, habida cuenta de la omisión o falta de previsión del legislador nacional con respecto a la tutela preventiva.

Para fundamentar este criterio debemos hacer referencia a la STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99, caso Jiménez Melgar.

El Juzgado de lo Social Único de Algeciras una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 10 de la Directiva 92/85 puede producir efecto directo y debe ser interpretado en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado.

A este respecto, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por esta última, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE), de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros (sentencias de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 26, y de 4 de marzo de 1999, HI, C-258/97, Rec. p. I-1405, apartado 25) y, en particular, a las autoridades no integradas en la administración central, como los ayuntamientos (sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartado 32, y de 29 de abril de 1999, Cióla, C-224/97, Rec. p. I-2517, apartado 30).

Así pues, procede responder a la primera cuestión que el artículo 10 de la Directiva 92/85 produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos

pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado.

Resulta por tanto interesante plantear una reforma de nuestro ordenamiento jurídico, que hasta el momento no contiene una prohibición, de carácter preventivo y como medio específico para evitar un cierto daño o peligro para la salud de la trabajadora, del despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

Se antoja difícil y poco viable una prohibición absoluta de despido de una trabajadora embarazada, pues sería otorgar un plus no compatible con las necesidades, en algunas ocasiones de la empresa, como por ejemplo el cierre total de la misma.

Para concluir conviene recordar que la normativa europea permite el despido de la trabajadora, “siempre y cuando sean razones excepcionales no inherentes al estado de salud de la trabajadora”, por lo tanto, una prohibición absoluta no sería acorde a la misma.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Artículos de revista
- Fernández Avilés, J.A.: Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16. Diálogos con la jurisprudencia. RTSS, CEF nº 425-426, agosto-septiembre 2018.
- Molina Navarrete, C.: El plus de despido de las mujeres embarazadas: ¿“indemnización disuasoria” también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, 28 de noviembre. Comentarios y Casos Prácticos, RTSS, CEF nº 421, abril 2018.
- Referencias electrónicas

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-103/16>

<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1992L0085:20070627:ES:PDF>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31998L0059>

<http://www.mujeresjuezas.es/2018/03/25/sentencia-tjue-22-2-2018-despido-trabajadora-embarzada/>

<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=c-32/93&td=ALL>

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-460/06&td=ALL>

**IMPACTO SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA  
DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE  
LA UNIÓN EUROPEA**

*Jaén, 13 y 14 de Diciembre de 2018*

**DIFERENCIAS INSALVABLES ENTRE TRABAJADORES  
FIJOS E INDEFINIDOS NO FIJOS AL SERVICIO DE LAS  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS EN MATERIA  
DE DESPIDO IMPROCEDENTE: ESPECIAL REFERENCIA A LA  
SENTENCIA DEL TJUE DE 25 DE JULIO DE 2018**

RAQUEL VELA DÍAZ

*Profesora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>1</sup>  
Universidad de Jaén*

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
2. LA REGULACIÓN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.
3. DOCTRINA JUDICIAL COMUNITARIA: EXISTENCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFICAN LAS DIFERENCIAS DE TRATO ENTRE EL TRABAJADOR FIJO Y EL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO.
4. CONSIDERACIONES FINALES: EL RELEVANTE IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

---

<sup>1</sup> Acreditada Profesora Contratada Doctora por la ANECA.

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El art. 96.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) garantiza, para quienes son trabajadores laborales fijos de las administraciones públicas, su readmisión al puesto de trabajo cuando sea declarado improcedente el despido que se haya acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave. De este modo, como se desprende de la literalidad de la norma, se reserva dicha posibilidad de readmisión al “personal laboral fijo”, una de las categorías de personal laboral, entre otras, que contempla el citado texto legal (art. 8.2 c) y art. 11 EBEP).

La Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada<sup>2</sup>, fruto inicial del diálogo social europeo, establece disposiciones mínimas relativas al trabajo de duración determinada, a fin de garantizar una igualdad de trato de los trabajadores y prevenir el abuso derivado de la utilización sucesiva de contratos o de relaciones laborales de este tipo. Entre sus puntos clave, cabe destacar la aplicación del principio de no discriminación (cláusula 4), que señala de manera literal que “no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de la duración de su contrato, a menos que se justifique el trato diferenciado por razones objetivas”.

Al hilo de lo anterior, ante un caso de despido improcedente de una trabajadora indefinida no fija de un Consorcio Sanitario, el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa, en base a la citada Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la cuestión prejudicial de si se considera admisible este trato diferencial entre personal laboral fijo (readmisión obligada) y el personal laboral indefinido no fijo (extinción con indemnización), en los siguientes términos: “¿cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador deberá ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización?”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado a este respecto mediante la reciente sentencia de 25 de julio de 2018 (C-96/17, caso Vernaza). Consideramos que se trata por tanto de un pronunciamiento comunitario de especial relevancia e interés por las importantes consecuencias que del mismo se derivan sobre los empleados públicos laborales al servicio de la Administración Pública española, y que será objeto de análisis y reflexión en el presente trabajo.

## 2. LA REGULACIÓN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Antes de entrar de lleno en los aspectos clave de la doctrina comunitaria objeto de comentario, conviene matizar algunas cuestiones respecto a las distintas modalidades

<sup>2</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. 175, de 10 de julio de 1999.

de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas recogidas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Actualmente, el título II del EBEP define al empleado público y recoge la clasificación de las clases de personal al servicio de las Administraciones públicas. Así, el art. 8.1 del EBEP comienza definiendo a los empleados públicos en los siguientes términos: “Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas al servicios de los intereses generales”. Seguidamente, el art. 8.2 establece que los empleados públicos se clasifican en: funcionarios de carrera; funcionarios interinos; personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal; y personal eventual. Por tanto, el EBEP realiza la clasificación del personal laboral atendiendo a la duración del contrato.

De manera más concreta en relación con el personal laboral, el art. 11 del EBEP establece que es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones públicas. En función de la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Se entiende por laboral fijo aquel que accede a su condición mediante la superación de los procesos selectivos previstos para este tipo de personal y tenga la condición de estabilidad o permanencia, es decir, ha accedido a un puesto de trabajo previa la superación del proceso de selección correspondiente y, por tanto, con pleno respeto y observancia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como de legalidad administrativa. En relación con el personal laboral por tiempo indefinido (lo que se conoce como indefinido no fijo), se debe puntualizar que esta figura surge para dar respuesta a la situación en la que quedaban los trabajadores que habían sido objeto de una contratación temporal en fraude de ley por parte de la Administración. Se trata del trabajador público que, bien por encadenar contratos temporales de manera irregular, bien por aplicar una modalidad contractual errónea, es declarado por sentencia judicial social (o reconocido por la propia Administración) como trabajador indefinido, pero “no fijo”, esto es, sujeto a fecha de caducidad cuando se cubra su puesto mediante los procedimientos constitucionales de publicidad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal, estos empleados se encuentran vinculados a la Administración pública por cualquier modalidad de contrato de trabajo prevista en las leyes laborales con duración determinada.

Es cierto que el EBEP recoge la categoría jurídica del contrato indefinido no fijo como una figura legal normal y no como una respuesta creada jurisprudencialmente para dar solución a un problema difícil de resolver, como es sancionar la contratación temporal fraudulenta de las Administraciones públicas por no respetar los principios de acceso al empleo público y, al mismo tiempo, evitar que un empleado público se convierta en fijo sin haber pasado por el pertinente proceso de selección respetando los principios constitucionales de igualdad (que incluye publicidad), mérito y capacidad. Por tanto, los trabajadores indefinidos no fijos (conocidos coloquialmente como “indeterinos”) se transformaron en una especie de trabajadores temporales-permanentes a la espera de la hipotética cobertura de la plaza o de la cuestionable amortización, no siendo capaz la doctrina jurisprudencial de vislumbrar el alcance de las consecuencias de esta figura singular creada<sup>3</sup>. Se trata sin duda de una figura controvertida, dado que

<sup>3</sup> En su día las STS de 20 de enero de 1998 (rec. 317/1997) y de 21 de enero de 1998 (rec. 315/1997), afirmaron, en unificación de doctrina, que “... El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar



la condescendencia<sup>4</sup> jurisprudencial no ha sabido poner límite al uso y al abuso de la contratación irregular de las Administraciones públicas, no estableciendo medidas adecuadas para evitarla, lo que también ha dado lugar a la actual situación.

Durante los años de recesión económica se trató de poner fin al grave desequilibrio en la incorporación de personal funcionario y laboral, pues el acceso de este último colectivo estaba descontrolado. En época de bonanza económica presupuestaria, las administraciones acometían programas y proyectos ambiciosos que requerían mano de obra, haciendo un uso excesivo de la contratación de personal laboral temporal, esquivando así el cumplimiento de los principios constitucionales de mérito y capacidad bajo la premisa de alcanzar la máxima eficacia. Sin embargo, tras la crisis económica unida a considerables prácticas de corrupción en las Administraciones Públicas, se trató de poner límites, tanto a los gastos de personal, como a la desmedida contratación, con el fin de estabilizar las plantillas<sup>5</sup>. De hecho fue a partir de ese momento cuando se introdujo la posibilidad de aplicar despidos colectivos a la Administración Pública, puesto que la reforma laboral del año 2012, a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, añadió una Disposición Adicional al Estatuto de los Trabajadores (actualmente Disp. Adic. 16<sup>a</sup>) relativa a la “Aplicación del despido por causas económicas, técnicas organizativas o de producción en el sector público”.

El aumento del número de litigios generados por las decisiones extintivas que afectaban al personal temporal (laboral, funcionario interino o estatutario) por las Administraciones públicas y la insuficiencia de la respuesta jurisprudencial (tanto social como contencioso-administrativo) ha generado que numerosos jueces españoles, del orden social y del contencioso-administrativo, hayan formulado cuestiones prejudiciales al TJUE, planteando el ajuste de nuestra normativa estatal a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

Y es que, como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina, la constante pasividad y dejadez del legislador español en estas cuestiones al no trasponer correctamente dicha Directiva respecto de los empleados públicos con régimen temporal, ha desplazado las garantías contenidas en el citado texto comunitario al criterio de jueces y tribunales<sup>6</sup>.

En este sentido, durante el año 2016 diversas sentencias y autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativos especialmente a España<sup>7</sup> han “resucitado” dicha Directiva 1999/70/CE, al haber puesto de relieve ante la colectividad jurídica y social de la Unión y ante la opinión pública española, los graves abusos que se están cometiendo,

---

*los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.*

<sup>4</sup> Define el Diccionario de la Real Academia Española el término “condescender” como el de acomodarse al gusto y voluntad de alguien.

<sup>5</sup> CHAVES GARCÍA, J.R. y QUESADA SOLER, B.: “La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 17, Wolters Kluwer, 2017.

<sup>6</sup> ORDÓÑEZ SOLIS, D.: “El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 127, 2017.

<sup>7</sup> Tres sentencias comunitarias han sido denominadas por un sector de la doctrina como “trilogía sísmica” (Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-16/15 y asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15) en relación con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio sobre el trabajo de duración determinada): MOLINA NAVARRETE, C.: “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas”, *RTSS. CEF*, nº 404, 2016, págs. 191-197. Cabe también resaltar la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, Diego Porras).

singularmente por la Administración pública empleadora, con las formas de contratación y/o nombramiento temporal de su personal, con las correspondientes consecuencias en los distintos elementos propios vinculados a toda relación laboral<sup>8</sup>.

### **3. DOCTRINA JUDICIAL COMUNITARIA: EXISTENCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFICAN LAS DIFERENCIAS DE TRATO ENTRE EL TRABAJADOR FIJO Y EL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO**

#### **3.1. Aproximación a los hechos acontecidos**

La petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa tiene por objeto la interpretación de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en el marco de un litigio entre una trabajadora y el Consorcio Sanitario de Tarrasa donde prestaba sus servicios, tras el despido disciplinario del que fue objeto la demandante.

La trabajadora fue contratada el 30 de mayo de 2006 en calidad de enfermera por la Fundación Sant Llútz mediante un contrato de interinidad, por tanto, un contrato temporal de sustitución de un trabajador o de cobertura provisional de un puesto. Dicho contrato finalizó el 14 de agosto de 2006. El 15 de agosto de 2006, las partes celebraron un nuevo contrato de interinidad que el 28 de diciembre de ese mismo año se transformó en un contrato indefinido no fijo, transfiriéndose los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral al Consorcio Sanitario de Tarrasa.

En el periodo comprendido entre el 19 de julio de 2011 y el 19 de julio de 2012 se concedió a la trabajadora una excedencia voluntaria, que fue prorrogada en dos ocasiones por un período de un año. El 19 de junio de 2014 la trabajadora solicitó su reincorporación, sin embargo, el Consorcio Sanitario denegó su solicitud alegando la inexistencia de puestos disponibles correspondientes a su cualificación. El 29 de abril de 2016 la trabajadora solicitó de nuevo su solicitud de reincorporación.

El 6 mayo de 2016 el Consorcio Sanitario de Tarrasa le remitió un cuadrante de jornada basado en un puesto de trabajo a jornada parcial. Siendo rechazado por la trabajadora por no ser de jornada completa, no se presentó en su centro de trabajo, siendo despedida por esta razón el 15 de julio de 2016.

El 26 de agosto de 2016, la demandante interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa para que se declarara la improcedencia del despido y se condenara a su empleador a readmitirla en condiciones de trabajo idénticas a las que estaban en vigor antes de ser despedida y abonarle los salarios de tramitación o a abonarle la indemnización legal máxima en caso de despido improcedente.

---

<sup>8</sup> SALINAS MOLINA, F.: “La resurrección de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999”, *Iuslabor*, nº 3, 2016.

Dicho Juzgado consideró que la demandante estaba incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco comunitario sobre el trabajo de duración determinada, en la medida en que, por una parte, su contrato de trabajo solo se transformó en indefinido no fijo tras la conclusión de dos contratos temporales de duración determinada, de manera que no se puede excluir que haya existido utilización abusiva de este tipo de contratos y, por otra, no es personal laboral fijo. Ante estas circunstancias, el Juzgado decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia diversas cuestiones prejudiciales ante lo acontecido en cuanto a si se considera admisible el trato diferencial entre personal laboral fijo (readmisión obligada conforme al art. 96.2 EBEP) y el personal laboral indefinido no fijo (extinción con indemnización).

### **3.2. Argumentos a destacar como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas a la luz del marco jurídico español y de la UE**

Conviene destacar algunas de las respuestas del TJUE ante las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Tarrasa.

El alto Tribunal recuerda que la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo marco incluye una prohibición de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. A este respecto, el juzgado remitente indicó que el contrato de trabajo de la trabajadora debía considerarse, de acuerdo con los criterios del Derecho nacional, como un contrato de duración determinada. Por tanto, la demandante tiene la condición de trabajadora con contrato de duración determinada, en el mismo sentido señalado en la cláusula 3.1 del Acuerdo marco, por lo que quedaría comprendida en el ámbito de aplicación de este.

Cabe por ello, al respecto de lo anterior, matizar las diferencias que entre trabajadores recoge la cláusula 3ª de dicho Acuerdo marco. En primer lugar, se considera “trabajador con contrato de duración determinada” como aquel con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado. Y en segundo lugar, se considera “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” como un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

Por otro lado, el Tribunal Europeo señala que existe una diferencia de trato entre los trabajadores fijos y los trabajadores indefinidos no fijos en relación con las consecuencias derivadas de un posible despido improcedente. En consecuencia, sin perjuicio del examen definitivo que pueda realizar el juzgado sobre la comparabilidad de la situación de un trabajador indefinido no fijo –como la demandante– y la de un trabajador fijo a la luz de todos los elementos pertinentes, considera preciso comprobar si existe una razón objetiva que justifique la diferencia de trato.

Sobre este particular, recuerda que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, debe entenderse que el concepto de “razones objetivas” que figura en la cláusula 4 del Acuerdo marco, no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato

de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que esta esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo. Por el contrario, según jurisprudencia del Alto Tribunal, este concepto requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permiten alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Estos elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro<sup>9</sup>.

A este respecto, el TJUE llega a la conclusión que la regla general aplicable en caso de despido improcedente establece que el empresario puede optar entre la readmisión o la indemnización del trabajador afectado, tal y como claramente se desprende del art. 56 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en los siguientes términos: “*Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio...*”<sup>10</sup>. Ahora bien, como excepción a esta regla general, los trabajadores fijos que prestan servicios para las administraciones públicas cuyo despido disciplinario sea declarado improcedente deben ser readmitidos obligatoriamente, tal y como establece de manera expresa el art. 96.2 del EBEP.

### 3.3. Alegaciones derivadas del posicionamiento del Gobierno español

Dado que el Estatuto Básico del Empleado Público prevé que el sistema de acceso del personal laboral fijo tiene carácter selectivo, a fin de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, debiendo incluir una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación, o resultar de un procedimiento de valoración de méritos, la garantía de readmisión controvertida está indisociablemente vinculada a dicho sistema de acceso a puestos de personal laboral fijo. Dicho de otro modo, a través de la readmisión automática en caso de despido declarado improcedente, el legislador español ha pretendido proteger a los trabajadores fijos de la Administración Pública, respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por lo que se alega que esta diferencia de trato está justificada en virtud de las propias normas de contratación de esta categoría de trabajadores.

También en esta misma línea, el mantenimiento en las funciones constituye un imperativo que deriva de la superación de una oposición, lo que justifica conceder más garantías al personal laboral fijo, como el derecho de permanencia en el puesto, que al personal laboral temporal o al indefinido no fijo. La readmisión obligatoria del personal

<sup>9</sup> Véase por analogía la STJUE de 5 de junio de 2018 (C-574/16, Grupo Norte Facility), especialmente los apartados 53 y 54 y jurisprudencia citada en los mismos.

<sup>10</sup> En este sentido, cabe tener en cuenta que el art. 7 del EBEP, bajo la rúbrica “Normativa aplicable al personal laboral” dispone que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Por ello, dentro del ámbito de aplicación de dicho Estatuto (art. 2), el mismo se aplica al personal funcionario, y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

fijo garantiza la estabilidad en el empleo, teniendo en cuenta los citados principios consagrados en la Constitución española, sin embargo, para el personal laboral no fijo, el mantenimiento en las funciones no constituye un elemento esencial de la relación laboral, y por ello, el legislador español no ha considerado conveniente privar a la Administración empleadora de la facultad de elegir entre readmitir al trabajador cuyo despido disciplinario es declarado improcedente, y concederle una indemnización.

En definitiva, de las alegaciones realizadas por el Gobierno español se infiere que, aunque el interés público, vinculado, en sí mismo, a las modalidades de contratación de los trabajadores fijos, no justifica la diferencia de trato controvertida, también es cierto que las consideraciones que se derivan de las características propias e intrínsecas del Derecho de la función pública nacional, pueden justificar tal diferencia de trato. Y a este respecto, las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración, que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente.

### **3.4. Perspectiva doctrinal de la UE en la materia**

En la sentencia de 25 de julio de 2018 objeto de análisis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye de manera clara la necesidad de considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos. Por ello, antes estas circunstancias, considera que la desigualdad de trato observada está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, también en línea con otra jurisprudencia emanada del mismo órgano, como la citada sentencia de 5 junio de 2018 (C-574/16, Grupo Norte Facility).

De este modo y ante este razonamiento, su respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en relación al apartado 1 de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE es clara, afirmando que dicha cláusula debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo, pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización.

## **4. CONSIDERACIONES FINALES: EL RELEVANTE IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA**

El contenido que se desprende del art. 96.2 del EBEP se erige como una garantía para aquellos trabajadores fijos de la Administración española que puedan verse afectados de manera equívoca, en primer lugar por la potestad disciplinaria laboral, y en segundo lugar, mediante veredicto judicial social que determine el despido improcedente y que

conlleve como resultado un despido con indemnización<sup>11</sup>. Se viene así a equiparar con la sanción de separación de servicio que se aplica a los funcionarios por la comisión de las infracciones más graves y que, si no llegara a ser definitiva, se procedería a la anulación de ésta<sup>12</sup>.

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018 (C-19/17, caso Vernaza), marca claras diferencias entre la figura del trabajador laboral indefinido no fijo respecto al trabajador laboral fijo de la Administración Pública española en los casos de despidos declarados improcedentes como consecuencia del inicio de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave.

El pronunciamiento del Alto Tribunal confirma la existencia de una justificación manifiesta desde un punto de vista fáctico y jurídico de la desigualdad de trato entre trabajadores fijos e indefinidos no fijos en esta cuestión, al considerar que existen elementos precisos y concretos para dicho posicionamiento, asumiendo así la tesis del Gobierno español. De hecho, tal y como se desprende de la norma de manera literal, esta garantía de readmisión al puesto de trabajo está reservada al personal laboral fijo.

Así, en esta misma línea de razonamiento comunitario, resulta también de interés destacar la postura adoptada en diversos pronunciamientos judiciales recientes en España. A modo de ejemplo, cabe citar la sentencia del 31 de julio de 2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Orense (rec. 241/2017), que recoge en su Fundamento de Derecho V.1 que “las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, a lo que obligan realmente es a otorgar a los funcionarios interinos y al personal laboral las mismas condiciones retributivas, de permisos, vacaciones, etc, que a los funcionarios de carrera, conforme al régimen estatutario funcional que les corresponde, así como a adoptar medidas eficaces para evitar los abusos o las irregularidades en los nombramientos temporales. Pero dichas medidas no pueden consistir (como en el ámbito laboral) en el reconocimiento al trabajador temporal del derecho a mantener indefinidamente su relación de servicio con la Administración pública, puesto que la obtención de un puesto de trabajo fijo en el sector público, requiere en todo caso de la previa superación de un procedimiento selectivo conforme a los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad”. Y con esta misma orientación, también debemos citar las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (rec. 785/2017 y 1305/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo) que zanján las numerosas demandas interpuestas y aclaran las expectativas de personal estatutario interino en situación abusiva de sus plazas, partiendo de un amplio análisis de la fuerza normativa comunitaria y deteniéndose en la Directiva 1999/70/CE, y en la jurisprudencia europea derivada de esta Directiva, con especial mención a la importante sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016<sup>13</sup>.

En general, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, derivado del desinterés del legislador (extensible a las demás figuras temporales al servicio de la Administración Pública), que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer

<sup>11</sup> Podría incluso llegar a plantearse la utilización de esta práctica como una forma de deshacerse de un empleado público “molesto”, con cargo, para el pago de la indemnización, a las arcas públicas.

<sup>12</sup> QUESADA LUMBRERAS, J.: “Régimen disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público: Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, Granada, 2008, pág. 952.

<sup>13</sup> La sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de diciembre de 2016 (rec. 625/2013) calificó una relación de empleo de personal estatutario temporal del Servicio vasco de Salud indebidamente prolongada, como indefinida no fija, añadiendo que, llegado y justificado su cese, debería percibir la indemnización equivalente a la indemnización propia del personal laboral temporal. Y otra sentencia vasca de esa misma fecha (rec. 735/2013) daba idéntica respuesta al caso de un funcionario interino de Ayuntamiento. Las citadas sentencias del Tribunal Supremo rectifican los pronunciamientos del Tribunal de Justicia del País Vasco.

la pertinente regulación de sus elementos esenciales, especialmente en el régimen de extinción del contrato, ha generado una prolífica, y, a la vez, difusa jurisprudencia para tratar de dar respuesta a los problemas surgidos en el ámbito del empleo laboral en la Administración. Por ello, cabe poner de manifiesto la conveniencia de una regulación más esclarecida de todas estas situaciones que se están generando, fijando las posibles consecuencias, –profesionales, de ámbito indemnizatorio etc.– para evitar su resolución a golpe de litigio.

Mientras tanto, la reciente Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018 resulta sin duda un pronunciamiento comunitario de especial interés, no solo por las consecuencias que del mismo se derivan sobre los empleados públicos laborales de la Administración Pública española, sino porque el propio Tribunal Europeo acoge la diferente condición, y por tanto, las distintas consecuencias que pueden darse en determinadas circunstancias de la relación laboral del personal indefinido no fijo frente al personal laboral fijo al servicio de las Administraciones españolas. A lo que debemos añadir, que, la justificación de la desigualdad de trato entre trabajadores fijos e indefinidos no fijos en la cuestión abordada, y que emana de dicha doctrina del TJUE, puede suponer un freno para numerosos litigios que puedan surgir con la pretensión de tratar de unificar, en la medida de lo posible, ambas categorías de personal laboral dentro de la Administración.

**EL FUTURO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN  
MATERIA DE SUCESIÓN DE PLANTILLA ANTE LA  
SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE JULIO DE 2018 (ASUNTO  
SOMOZA HERMO) Y SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TS**

SOFÍA OLARTE ENCABO  
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

**SUMARIO:**

1. ZONAS DE FRICCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LA UE
2. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE JULIO DE 2018, C-60/17 ASUNTO SOMOZA HERMO: ANTECEDENTES DE HECHO Y FALLO



## 1. ZONAS DE FRICCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LA UE

Tras un período relativamente amplio de ralentización de la actividad legislativa en el ámbito laboral, la jurisprudencia ha tomado el relevo al protagonismo del legislador, aportando novedades relevantes, lo que ha determinado que se le haya prestado una mayor atención doctrinal que en períodos de más y mayores cambios normativos. En ese contexto, junto al TS, el TJUE ha dictado sentencias de gran trascendencia en el ámbito laboral; cuyo sentido no siempre ha coincidido con el de nuestro Tribunal Supremo. Si tuviéramos que citar una a título ilustrativo, sería la Sentencia De Diego Porras (STJUE 14-09-2016, C.596/14), no solo por su amplia proyección y porque ha suscitado gran interés doctrinal, sino por su difícil encaje o aplicación en el contexto y lógica de nuestro modelo de extinción indemnizada, además afectar a gran número de personas, generando grandes expectativas. Tal ha sido la fricción provocada que posteriormente el mismo Tribunal ha enmendando su criterio, adoptando exactamente el contrario (y con poca fundamentación explicativa del cambio de criterio), en su más reciente Sentencia de 5 de junio de 2018 -Asunto Montero Mateos-, declarando que no se opone al ordenamiento comunitario que un Derecho nacional no prevea indemnización por extinción de un contrato de interinidad para la cobertura de un puesto durante el proceso de selección o promoción, hasta su cobertura definitiva. Lo que nos lleva a preguntarnos ahora si, una vez el Tribunal de Luxemburgo conozca mejor los entresijos del ordenamiento español en materia de transmisión de empresa, es posible que cambie de criterio. Y lo cierto es que, tanto en relación con los contratos de interinidad (el coste económico de estas indemnizaciones), como con la cuestión que aquí se analiza, la sucesión de contratos con subrogación de plantillas pactada en convenio colectivo, se trata de fallos con importante impacto en las relaciones laborales y de forma especial en todo el sector público. Y yendo más allá del ámbito laboral, el TJUE ha dictado sentencias no menos impactantes y esperanzadoras para la ciudadanía como las relativas a las cláusulas suelo en los créditos hipotecarios, cuyos costes sobre el sector financiero no han frenado al Tribunal en su labor interpretativa.

A estas alturas del proceso de integración europeo, nadie duda de que las sentencias del TJUE tienen una gran importancia en la evolución de los ordenamientos nacionales ya que la recepción de su doctrina es obligada para la jurisdicción interna, por la prevalencia del Derecho europeo. El principio de primacía garantiza una protección uniforme a todos los ciudadanos de la UE y alcanza a todos los actos de aplicación obligatoria de la UE, sea derecho originario o derivado, de forma que no cabe aplicar una norma nacional contraria al Derecho de la Unión, ni mantener una interpretación de una norma interna de transposición que sea contraria a la interpretación de la norma comunitaria transpuesta por parte del TJUE. El principio de “interpretación conforme” adquiere gran relevancia en sede judicial, puesto que éste comporta la búsqueda de una interpretación de la norma interna conforme al Derecho de la Unión Europea y la obligación de los órganos jurisdiccionales de modificar, cuando exista discrepancia, su propia jurisprudencia cuando ésta se fundamenta en una interpretación incompatible con los objetivos y contenido de una Directiva (en la interpretación adoptada por el TJ). Y lo cierto es que, más veces de lo deseable, el diálogo entre la jurisprudencia europea y la del TS no siempre ha sido pacífico, produciéndose discrepancias o zonas de fricción que obligan a la jurisdicción nacional –o, en su caso, al legislador– a cambiar su criterio por arraigado que estuviera.

En relación con la Directiva 2001/23/CE sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa y el art. 44 del ET –que se considera la norma de transposición de aquélla-, es visible que la evolución de la Directiva y, posteriormente, de la norma interna, vienen marcadas por la doctrina del TJUE y que, a su vez, la jurisprudencia interna evoluciona según los dictados del TJUE, viéndose obligada aquélla a cumplir con la exigencia de interpretación conforme y, por tanto, a modificar una parte importante de sus propios criterios jurisprudenciales. Es decir, que la doctrina del TJUE ha afectado doblemente al ordenamiento laboral –y más concretamente a la institución de la transmisión de empresa-, por un lado, a través del impacto directo de su jurisprudencia en la jurisdicción social interna y, por otro, a través de las modificaciones que su doctrina ha provocado en la Directiva, y, luego, en la propia norma interna<sup>1</sup>. En el caso concreto de la transmisión de empresa, la influencia del Derecho Comunitario y la doctrina del Tribunal de Justicia han sido determinantes de la evolución del art. 44 ET y han tenido un protagonismo decisivo en las innumerables cuestiones que este precepto ha ido suscitando a lo largo de los años, pues sin duda, este es uno de los preceptos cuya aplicación ha resultado más controvertida.

El sentido, en términos generales, de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito laboral ha sido hasta la fecha ambivalente, en el sentido de que, aunque muchos de los fallos del Tribunal han tenido un signo tuitivo, yendo más allá que nuestros tribunales en la tutela de los derechos de los trabajadores, en otros casos ha adoptado soluciones que priman el interés económico y la libre competencia sobre el interés social. Y es que, desde mi punto de vista, existe una cierta segregación del signo o sentido de los fallos en función de la materia sobre la que verse la cuestión, siendo predominante el sentido tuitivo en cuestiones de carácter individual y claramente restrictivo de la dimensión social cuando, por la dimensión colectiva del asunto, lo que está en juego es la libre prestación de servicios en la UE y el derecho de libre competencia. Baste recordar la incidencia sobre el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga de la doctrina del TJUE en los asuntos Viking –STJCE de 11 de diciembre de 2007– Laval –STJCE de 18 de diciembre de 2007– y Ruffert –STJCE de 3 de abril de 2008–. En el caso de la transmisión de empresa, y más concretamente, en el de la interpretación de la Directiva 2001/23/CE efectuada por el TJUE, se puede afirmar sin vacilación, que se trata de una interpretación en términos generales pro *laboratoris* y que continua la línea de interpretación extensiva de la Directiva en lo referente a la determinación de su ámbito de aplicación, tutelando así a un mayor espectro de trabajadores por cuenta ajena–. Esto confirma la afirmación efectuada más arriba, el sentido generalmente tuitivo de la jurisprudencia del TJUE en cuestiones que se refieren a la relación individual de trabajo y la menor sensibilidad social en relación con la negociación colectiva y demás derechos colectivos.

La presente comunicación a las XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social analiza, dentro de la más amplia temática del diálogo entre las jurisdicciones nacional y comunitaria, cómo va a incidir en un futuro inmediato la STJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto Somoza Hermo), no solo sobre la doctrina del TS sobre sucesión de empresa (que cambia a partir de la previsible STS

<sup>1</sup> En este sentido, en la doctrina se alude a la influencia fundamental y decisiva de la norma comunitaria en la evolución del art.44 del ET. Vid. por todos, respecto al texto vigente, Martínez Saldaña, D.: “La decisiva influencia del Derecho comunitario en la sucesión de empresa: la Directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en VV.AA. *La sucesión de empresa*, Valladolid, Lex Nova, 2016 y Moreno Gené, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.. Respecto al art. 44 ET antes de su reforma por la Ley 12/2001, de 9 de julio, vid. Valdés Dal-Ré, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001.

de 27 de septiembre de 2018), sino particularmente sobre los convenios sectoriales que contemplan la subrogación de plantillas en supuestos de sucesión de contratistas. La Sentencia Somoza Hermo es un fallo tuitivo, cuyos criterios interpretativos, una vez acogidos por el TS, puede generar efectos contrarios en el ámbito de la negociación colectiva. Es claro que el TS, tras dicho fallo del Tribunal Europeo no tenía otra alternativa que aceptar que estas subrogaciones entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, no siendo posible mantener la posición que adoptó en su polémica Sentencia de 7 de abril de 2016 (y que ha mantenido en otras posteriores, hasta la última, la STS 565/2018, de 29 de mayo de 2018), sin embargo, es previsible que de esta doctrina del TJUE se deriven otras consecuencias no aludidas expresamente en el fallo. A primera vista su impacto más visible es que con esta interpretación se va a proporcionar una aplicación más amplia de las garantías de los derechos de los trabajadores, adoptando una interpretación realista y conforme a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, particularmente en todo el sector servicios, y no sólo en el de seguridad. A partir del concepto de “unidad económica” que mantenga su identidad, la asunción de parte relevante de la plantilla por parte de un contratista es lo que determina la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva, siendo irrelevante para el TJUE que dicha asunción de plantilla opere en virtud de lo establecido en el convenio colectivo aplicable.

La doctrina sentada por el TS (STS de 27 de septiembre de 2018), a partir de la STJUE de 11 de julio de 2018, ha sido clara en afirmar que en estos supuestos procede la aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria previsto en el artículo 44.3 del ET, en lugar del régimen convencional a todos los efectos; y ello pese a que los convenios colectivos generalmente limitan los efectos subrogatorios a la sucesión en los contratos de trabajo y mantenimiento de las condiciones de trabajo, incluida la antigüedad. Este cambio de criterio jurisprudencial comportará un replanteamiento del papel regulador de los convenios colectivos en esta materia y los límites de la autonomía colectiva en orden a regular la continuidad de las plantillas tras la sucesión de contratistas, pudiéndose plantear, además, no solo la ilegalidad de la limitación de la responsabilidad entre los contratistas sucesivos, sino otros aspectos de estas previsiones convencionales como la delimitación de los trabajadores que serían o no subrogados. Y, en ese contexto, a modo de “efecto dominó”, es previsible que se produzcan cambios de signo “defensivo” en la estrategia negociadora, o, incluso, la desaparición de este tipo de cláusulas, abriéndose otro nuevo frente litigioso en torno a la aplicación del art. 44 ET en estos supuestos de ausencia de cláusula convencional que contemple la obligada subrogación del personal.

## **2. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE JULIO DE 2018, C-60/17 ASUNTO SOMOZA HERMO: ANTECEDENTES DE HECHO Y FALLO**

La STJUE de 11 de julio de 2018, tiene su origen en el concreto supuesto de hecho al que se refiere la cuestión prejudicial que viene a resolver, y que aquí resumimos. La empresa Esabe Vigilancia fue adjudicataria del servicio de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela, dependiente de la Consellería de Cultura de la Xunta de Galicia hasta el día 16 de octubre de 2012, momento en el que el servicio se adjudicó a otra empresa –Vigilancia Integrada S.A, Vinsa, actualmente Ilunión Seguridad–, quien a partir de ese momento se subrogó en las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo de los empleados de la anterior adjudicataria. Un trabajador, el Sr. Somoza

Hermo que prestaba servicios en la primera empresa adjudicataria en este servicio de vigilancia del museo, pasó a prestar los mismos servicios en la segunda (Vinsa) a quien reclamó diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias que había devengado en los años 2010 a 2012 y que la anterior empresa no satisfizo. Vinsa se negó al pago de la cantidad reclamada por considerar que no se trata de una sucesión de empresas del art.44 del ET sino de una subrogación de plantillas en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, que establece la obligación de la nueva adjudicataria de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales del anterior a partir de la fecha de la adjudicación, quedando exonerada de las deudas pendientes que se generaron con anterioridad a dicha adjudicación. Ante la negativa de la empresa, el trabajador presentó demanda ante del Juzgado de lo Social por diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias correspondientes a los años 2010 a 2012 y éste dictó sentencia estimatoria parcialmente; pero, en lo que aquí analizamos, el fallo de instancia condenó a ambas empresas al pago solidario, en los términos establecidos en el art. 44.3 del ET, de las cantidades que no se consideraron ya prescritas.

La Sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa Vinsa, alegando que no es de aplicación el art. 44 del ET sino el art. 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, que obliga a la empresa adjudicataria a subrogarse en los derechos y obligaciones de la sociedad cedente derivados de los contratos de trabajo a partir de la fecha de la adjudicación, lo que la exime de las obligaciones anteriores.

El TSJ de Galicia, suspendió el procedimiento y planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial, conforme al art. 267 del TFUE, mediante auto de 30 de diciembre de 2016. El objeto de la cuestión era la interpretación del artículo 1, apartado 1 y del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, centros de actividad o partes de empresas o de centros de actividad.

El TSJ de Galicia, conocía bien cual era en ese momento la posición del TS –y no parece compartir el mismo criterio– y de hecho recuerda en su Auto la STS de 7 de abril de 2016, que resuelve un recurso de casación, igualmente, en relación con el artículo 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, sosteniendo el TS que la norma aplicable es el art. 14 del Convenio Colectivo y que, por tanto, no opera el art. 44 del ET, por lo que la empresa adjudicataria entrante no queda obligada a hacerse cargo de las deudas de la anterior respecto a los trabajadores. El TS consideraba en ese momento aplicable el precepto del convenio colectivo porque la sucesión de plantillas se ha producido en cumplimiento de las disposiciones del convenio colectivo aplicable. Además, es preciso recordar ahora, que el TS –en aquella sentencia– advertía que este criterio no se opone al del TJUE en su Sentencia de 24 de enero de 2002, Temco (C-51/00) porque la subrogación impuesta por el Convenio Colectivo no se deriva de una situación comprendida dentro del campo de aplicación de la Directiva 2001/23 ni del art. 44 del ET. Para el TS –hasta el cambio de criterio en septiembre de 2018, motivado por la STJUE Asunto Somoza Hermo– la relación entre el convenio y la ley es en estos casos una relación de concurrencia no conflictiva, de complementariedad, ya que el convenio regula una realidad diferente e introduce una mejora para los trabajadores, aplicando uno de los efectos del precepto legal para su regulación convencional; una previsión que

<sup>2</sup> Coincide esta cuestión prejudicial con otra similar planteada por el TSJ de Canarias, pendiente hasta la fecha, de resolución por parte del TJUE, pero que previsiblemente tendrá el mismo resultado.

favorece el principio de estabilidad en el empleo. Por el contrario, es preciso recordar que dos votos particulares llegaban a la conclusión contraria, uno de ellos argumentando la menor favorabilidad de la previsión convencional y el otro, invocando el principio de jerarquía normativa, siendo el art. 44 del ET un precepto de naturaleza imperativa aplicable al caso.

La STS de 7 de abril de 2016 fue polémica; no sólo suscitó numerosas críticas doctrinales, sino que fue objeto de valoraciones diferentes en la jurisdicción social y no contó con unidad de criterio dentro del TS – la sentencia fue objeto de dos votos particulares a los que adhirieron otros tres magistrados-. Pese a ello el TS reiteró este criterio, entre otras, en las Sentencias de 2, 9, 29 y (2) 31 de mayo de 2018. Como es sabido, la cuestión prejudicial ante el TJUE sirve al principio de preeminencia del Derecho Europeo y al necesario control de la jurisprudencia interna por el TJUE. Por ello, en realidad, tras el planteamiento de muchas de estas cuestiones prejudiciales, late el desacuerdo con el criterio del TS, que se ve por esta vía sometido a un control que, aunque teóricamente viene de “arriba”, en realidad, se acciona “desde abajo”. Y este es el caso de la materia que nos ocupa.

### **2.1. La primera cuestión prejudicial (ámbito de aplicación de la Directiva)**

EL TSUJ de Galicia planteó dos cuestiones muy concretas:

- la primera era si se aplica el artículo 1. Apartado 1 de la Directiva 2001/23 cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios, donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra y la nueva adjudicataria se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada a la ejecución de tal servicio, cuanto tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo –concretamente del de empresas de seguridad–
- la segunda cuestión planteada, para el caso de que el TJUE diera respuesta afirmativa a la primera, es que si la legislación del Estado dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación de lo establecido en el art. 3.2 de la Directiva 2001/23, que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones que tienen su origen antes de la fecha del traspaso en los contratos de trabajo existentes en la fecha de del traspaso, si es conforme a la Directiva que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo y dicho convenio excluye en su texto dicha solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión.

El TJUE responde, en primer lugar, que cuando una empresa sucede a otra como adjudicataria de un contrato de servicios de vigilancia de un museo –es decir, una actividad que se sustenta no en medios materiales sino fundamentalmente en la plantilla de trabajadores–, aunque lo hace en aplicación de lo dispuesto en convenio colectivo aplicable, asume al personal, y se considera se produce una sucesión de empresa conforme a lo establecido en la Directiva 2001/23, reiterando en este punto su doctrina en el asunto Temco, apartado 23 y Asunto Securitas, en el sentido de que el hecho de que la subrogación se produzca en cumplimiento de lo previsto en el convenio no enerva la existencia de una sucesión de empresa prevista en la Directiva.

En segundo lugar, en relación con la segunda cuestión prejudicial –relativa a la limitación de la responsabilidad solidaria salarial– y exoneración del cesionario– por deudas anteriores a la sucesión en la adjudicación, por establecerlo así el convenio colectivo, el TJUE se ha declarado incompetente, acogiendo la excepción planteada por el Reino de España, remitiendo a la jurisdicción nacional la resolución de esta cuestión, al entender que se produce un conflicto entre normas internas –art. 44 ET y convenio colectivo–.

Respecto al primer punto, la vigente Directiva 2001/23<sup>3</sup>, establece en su artículo 1.1 a) que “*la presente Directiva se aplicará a las (transmisiones) de empresas, de centros de actividad, o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. Y en el apartado b) dispone que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará (transmisión) a efectos de la presente Directiva la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo un actividad económica, ya fuere esencial o accesorio”.*

En respuesta a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal recuerda que según reiterada jurisprudencia, el alcance de la disposición “no puede determinarse basándose exclusivamente en la interpretación literal”, –debido a las diferentes versiones lingüísticas y las diferencias entre legislaciones nacionales sobre el concepto de cesión contractual. Razón por la que se ha dado a este concepto una interpretación “lo suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva” (26), que no es otro que proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa. Y según la jurisprudencia reiterada del TJ, que se invoca en ésta, la Directiva 2001/23 es aplicable a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto de los trabajadores. Con ello el Tribunal advierte (como ya declaró en la Sentencia de 19 de octubre de 2017, Securitas, C-200/16), que no es necesario que concorra una relación contractual directa entre cedente y cesionario, pudiéndose producir la cesión también a través de la intervención de un tercero. Ello deja claro que lo relevante es el cambio en la persona del empleador, sea cual sea el mecanismo en virtud del que se produce dicho cambio, que es lo que efectivamente se produce en el supuesto de hecho sometido a la cuestión prejudicial– hay sucesión en las relaciones laborales sin que exista nexo contractual entre cedente y cesionario–.

---

<sup>3</sup> La Directiva 2001/23 constituye la codificación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, centros de actividad o partes de empresas o de centros de actividad en su versión modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998. En cuanto al vigente artículo 44 del ET, su redacción proviene de la Ley 12/2001, de 9 de julio, que incorporó a nuestro ordenamiento las reformas contenidas en la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001. Vid. la STS UD de 5 de marzo de 2013 (RJ 2013/3649) donde sobre este tema afirma, en relación con el art. 44 del ET reformado en 2001, que “*tiene su razón de ser en los cambios normativos de las Directivas europeas en esta materia. Estas disposiciones de Derecho comunitario han sido tres: la primera es la Directiva 77/88 CEE...; la segunda es la Directiva 98/50 CE... y la tercera actualmente en vigor la Directiva CE 2001/23*” Y añade en la Sentencia de la que fue ponente Martín Valverde, que “*Tales cambios normativos en el Derecho comunitario, determinantes a su vez de la modificación del artículo 44 ET acaecida en julio de 2001, se han debido en buena medida a la evolución de la jurisprudencia del TJUE, contenida en una multitud de sentencias procedentes algunas de ellas de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales de justicia españoles. A partir de estas consideraciones es visible la existencia de una relación perfectamente simbiótica entre jurisdicción y legislador interno y europeo, de forma que el perfeccionamiento del régimen jurídico de una institución como es la sucesión o transmisión de empresa es resultado de interacciones muy intensas de abajo, hacia arriba y de arriba hacia abajo.*

En segundo lugar, para afirmar que el supuesto entra dentro del campo de aplicación del art. 1.1 b) de la Directiva 2001/23, es preciso que la transmisión tenga por objeto “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio”. Y para valorar si en este caso se está en este supuesto, el TJ apunta a la necesidad de considerar todas las circunstancias de hecho conjuntamente y no de forma aislada; más concretamente el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, si se han transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de la actividad. En el caso particular el TJ parece considerar el tipo de actividad ejercida o incluso los métodos de explotación o producción, porque, como ha sostenido anteriormente, una entidad económica puede funcionar sin elementos significativos de activo material o inmaterial. En este caso concreto, una actividad de vigilancia de un museo, que, según el Tribunal, no requiere el uso de materiales específicos, puede considerarse “una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción constituir una entidad económica” (35). Identidad de entidad económica que descansa en mano de obra que se mantiene cuando el cesionario se hace cargo de “una parte esencial del personal” de esa entidad.

Finalmente, el TJ declara que el hecho de que Vinsa se haya hecho cargo de la plantilla de Esabe en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, no afecta al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. Es decir, la plantilla, cuando se transmite en “una parte esencial”, en este tipo de sectores constituye *per se* una entidad económica (39).

Por todo ello, entiende aplicable la Directiva a una situación “en la que el arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y... ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de convenio colectivo, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”.

De todo lo destacado, se desprende una conclusión clara, a la vez que se abren nuevos interrogantes. La conclusión clara es que, en los sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una “unidad económica” en el sentido de la Directiva; y, por tanto, esta entidad económica puede mantener su identidad aún después de su transmisión, cuando el nuevo empresario continúe con la actividad y se haga cargo de una parte esencial del personal y todo ello, al margen del término o denominación concreta que se emplee, de la existencia o no de una relación contractual entre cedente y cesionario, ya que según el TJ, el supuesto entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 en los términos establecidos en el art. 1. Y si se está en el campo de aplicación de la Directiva, es claro, y así lo ha entendido el TS en la Sentencia de 27 de septiembre de 2018 (núm. 873/2018) que se ha de aplicar lo dispuesto en el art. 44 ET, aunque sobre ello no se pronuncie el TJ por considerarlo un conflicto entre normas internas que no le compete enjuiciar.

Sin previsión convencional que imponga la subrogación en los contratos de trabajo no habría asunción de parte esencial de plantillas y no sería aplicable, hoy por hoy, el art. 44 ET y no es descartable que en un futuro los convenios colectivos dejen de incluir esta obligación de subrogación (negociación colectiva “defensiva”), con evidentes consecuencias negativas sobre la estabilidad en el empleo de estos trabajadores. En cuanto a los convenios en vigor, es previsible la invocación de las cláusulas de vinculación a la totalidad, ya que este tipo de cláusulas afectaría al equilibrio interno del convenio colectivo. En otros términos, lo que planteamos es que, si conforme a la doctrina sentada aquí por el TJUE, en defecto de previsión convencional de subrogación obligatoria ¿se aplicaría en todo caso y de forma imperativa el art. 44 ET a todas las sucesiones en adjudicaciones –y contrataciones– en sectores de actividad que se basan fundamentalmente en la mano de obra al ser la plantilla una entidad económica que mantiene su identidad? Es claro que el TJ en todo momento se refiere al convenio como fuente de la obligación de subrogación de plantillas, por lo que la doctrina que realmente ha sentado es que cuando se produce una subrogación de plantillas –voluntaria o por previsión convencional– se ha de considerar una transmisión en los términos del art. 1 de la Directiva –lo que determina, según nuestro TS la aplicación del art. 44 ET–, pero no ha afirmado que la subrogación venga impuesta por el hecho de tratarse de una actividad que se sustenta fundamentalmente en la mano de obra., porque el concepto de entidad económica se basa en que hay continuidad de plantilla, además de continuidad de la actividad.

Otro aspecto en el que el TJ no entra, ni valora –siendo lógico que se limite a los elementos que se le proporcionan en el Auto de presentación de la cuestión prejudicial– es el impacto de las nuevas tecnologías en esta concreta actividad, ya que, como muchos otros servicios, en el sector de vigilancia muchas de las tareas se efectúan a través de pantallas de ordenador, alarmas cada vez más sofisticadas, cámaras de vigilancia..., comportando ello la existencia de bienes materiales importantes para el desenvolvimiento de la actividad de vigilancia y que aquí ni se mencionan. Consideraciones que, incluso, cabe extrapolar a otras actividades tradicionalmente desmaterializadas, como es la limpieza de edificios de locales, donde cada vez más, se cuenta con importantes aportes de maquinaria o robots.

## 2.2. La segunda cuestión prejudicial (norma aplicable)

En la segunda cuestión prejudicial, el TSJ de Galicia plantea al TJUE si el artículo 3, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en virtud de convenio, se excluya la obligación de que el cedente y el cesionario de la entidad económica afectada respondan solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, derivadas de los contratos de trabajo anteriores a la cesión, como establece el art. 44 ET. El artículo 3.1, párrafo 1 de la Directiva 2001/243 establece que los derechos y las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión, serán transferidos al cesionario. El párrafo segundo establece que los Estados podrán establecer que, después de la fecha de la transmisión, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha de la transmisión, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha de la transmisión. Y esta posibilidad de régimen más favorable es la que ha adoptado el Estado español, en el art. 44 del ET, que para las transmisiones *inter vivos* establece la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. En contraste, advierte el



TSJ de Galicia, el art. 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad no establece dicha responsabilidad solidaria de las obligaciones pendientes anteriores a la transmisión.

El Gobierno de España, en sus observaciones al TJUE alegó que esta segunda cuestión prejudicial no es competencia del TJ, ya que, de pronunciarse, no se estaría interpretando el art. 3.1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23, sino que entraría en una cuestión de compatibilidad de determinadas disposiciones nacionales entre sí, cuando el TJ no es competente para ello porque su competencia se limita al examen de las disposiciones del Derecho de la Unión. Tesis que es acogida por el propio TJ, señalando, que corresponde al juez nacional valorar el alcance de las disposiciones nacionales y la manera en que estas deben aplicarse (auto de 23 de mayo de 2011, *Rossius y Collard*, C-267/10 y C-268/10).

El TJ podría haber considerado que lo que le plantea el TSJ de Galicia, aunque sea indirectamente, en la segunda cuestión prejudicial, es la conformidad del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad a la Directiva 2001/23. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, aceptando en este punto la excepción de competencia planteada por el Gobierno de España, entiende que la cuestión prejudicial se refiere a si es conforme a la norma legal interna, la disposición del convenio colectivo controvertida, lo que le lleva a la conclusión de que no es competente para responder a esta cuestión, porque ello implica “valorar cuestiones de jerarquía de las normas en el Derecho interno”.

Remitida la cuestión a la jurisdicción social interna, como cabía esperar, el TSJ de Galicia resuelve este punto (en Sentencia de 26 de julio de 2018, ponente: M<sup>a</sup> Teresa Conde-Pumpido), estimando el recurso de suplicación y optando por la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto en la norma de rango legal –art. 44.3 ET- y no el art. 14 del Convenio Colectivo aplicable, como dos meses después hizo el propio TS. Principio de jerarquía que opera a partir de lo resuelto en la primera cuestión prejudicial, es decir, la inclusión en el ámbito de la Directiva de las subrogaciones de plantilla en la sucesión de adjudicación en este sector por previsión convencional. Desde mi punto de vista la posición del TSJ de Galicia es coherente, ya que una vez un supuesto de hecho se incardina dentro del supuesto de hecho de la Directiva –y por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la disposición interna de transposición-, hay que valorar su naturaleza y contenido. Y en ese sentido la extensión de la responsabilidad solidaria a las obligaciones previas a la sucesión se configura como una previsión más favorable del ordenamiento español que tiene, además, el carácter de norma imperativa e indisponible para la autonomía privada, sea individual o colectiva.

No entra el TSJ de Galicia, ni puede entrar en suplicación –ni tampoco entra en ello el TJ- en la cuestión de la delimitación subjetiva que efectúa este Convenio –como hacen, por cierto, la mayoría de los convenios sectoriales cuya actividad se sustenta fundamentalmente en la mano de obra y que prevén la subrogación convencional– Y es que la previsión convencional limita la subrogación en los contratos de trabajo sólo a aquéllos trabajadores que tengan una antigüedad determinada –en este convenio, seis meses, en otros de nueve meses– en la cedente, lo que no contempla ni la Directiva 2001/23 ni el art. 44 ET, que lo hace extensivo a todos los trabajadores cualquiera que sea su antigüedad. Desde mi punto de vista y a partir de la Sentencia aquí analizada, el TS también tendrá que pronunciarse sobre este punto y otros del régimen convencional de estas subrogaciones.

La posibilidad de considerar o entender que estamos ante una transposición de una directiva mediante convenio colectivo (para aplicar el régimen previsto en el convenio, en

lugar del artículo 44 ET), en el caso concreto no parece viable por diversas razones<sup>4</sup> y ni siquiera es considerada por el TS en su Sentencia de 27 de septiembre de 2018. En primer lugar, porque esta vía –un convenio sectorial– no garantiza una transposición completa y de carácter general que garantice la aplicación homogénea y transversal como se exige a la negociación colectiva de transposición; en segundo lugar, porque no es expresamente un convenio que declare la transposición de la Directiva –ni siquiera hay una manifestación de voluntad explícita en este sentido–; y, finalmente, porque no puede considerarse efectuada en plazo. No obstante, es cierto que siempre queda abierta la posibilidad, previo consenso entre el Estado y los agentes sociales, de proceder a la expresa transposición negociada por los interlocutores sociales a través de un Acuerdo Interprofesional sobre materia concreta aplicable a sucesiones en contrataciones y adjudicaciones cuya actividad casi únicamente en la actividad de los trabajadores.

Finalmente, dado el impacto de estas prácticas en el sector público y dado que el supuesto de hecho al que se refiere la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 11 de julio de 2018, afecta a este sector, nos planteamos también cómo incide esta doctrina sobre lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público (art. 130.6). Este precepto establece que *“Sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por la subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último”*. Esta previsión legal es plenamente conforme con la Directiva 2001/23/CE, cuyo artículo 3 deja abierta la posibilidad de establecer una responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario de las obligaciones que tuvieran su origen antes de la fecha del traspaso respecto un contrato de trabajo o relación laboral existentes en la fecha del traspaso. Posibilidad que ha adoptado el ET pero que no ha acogido la LCSP, por lo que en el sector público será esta la norma de aplicación, en contraste con la norma laboral, generando ello un régimen aparentemente menos garantista en el sector público<sup>5</sup>. Y decimos aparentemente porque, aunque esta Ley no impone la responsabilidad solidaria al nuevo contratista, imponiendo la responsabilidad al cesante de las deudas por él contraídas con sus trabajadores, lo cierto es que el art. 130.6 LCSP establece que una vez quede acreditada la falta de pago de los salarios, la Administración procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de dichos salarios (compensación de deudas) y a la no devolución de la garantía definitiva, en tanto no se acredite el abono de dichos salarios. Y desde mi punto de vista se trata de un mecanismo igualmente garantista y a la vez menos disuasorio para eventuales nuevos contratistas con mejores ofertas.

---

<sup>4</sup> En este sentido, vid. ampliamente, García Murcia, J.: *El sistema de fuentes de la relación laboral: estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007.

<sup>5</sup> Específicamente sobre el sector público, vid. Boto Miranda, J.M<sup>a</sup>: “La subcontratación en la Ley 9/2017, de contratos del sector público”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n<sup>o</sup> 8, 2018.



# EL CAMBIO DE TITULARIDAD DE “EMPRESAS DESMATERIALIZADAS” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA  
*Profesora Contratada Doctora  
(Acreditada como Titular de Universidad)  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

*“La interpretación, a su vez, como inspección de la declaración, tiene por objeto no sólo el núcleo textual de la misma, sino también los demás hechos que sirven para integrarlo; de ahí que consista sobre todo en la reunión de tales hechos y en su construcción lógica después, para que se pueda expresar el pensamiento, que es, al fin, en cuanto a los mandos, la voluntad del que ha mandado”.*

*Francesco Carnelutti<sup>1</sup>*

## SUMARIO:

1. NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA Y EMPRESARIAL DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA Y NACIONAL
2. SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y SUCESIÓN LEGAL EN POSIBLE CONFLICTO
3. BREVE ALUSIÓN A LOS PROCESOS CONTRADICTORIOS DE DESPUBLIFICACIÓN Y REINTERNALIZACIÓN/RECUPERACIÓN DE SERVICIOS EN EL MARCO DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS
4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS **DE LEGE FERENDA**

---

<sup>1</sup> CARNELUTTI, F: *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*, Estudio Preliminar “La teoría del derecho de Francesco Carnelutti”, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2003, pág.329.

## 1. NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA Y EMPRESARIAL DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA Y NACIONAL

El derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española -CE-) contempla la posibilidad de que el empresario planifique su actividad económica atendiendo a las distintas fórmulas de organización productiva, ya sea mediante la asunción como propia de su actividad o a través de los procedimientos de externalización. En este último contexto, se sitúan algunas figuras en creciente expansión, a saber: los grupos de empresas, las empresas de trabajo temporal (ETTs), el teletrabajo y las contratas y subcontratas<sup>2</sup>. Cada vez más, la gestión indirecta o descentralización productiva a través de contratas o concesionarias es utilizada en la praxis ordinaria, como un mecanismo de eficiencia y flexibilidad que favorece la gestión y la minoración de costes ante la posibilidad abierta que otorga la Carta Magna en los procesos de reorganización empresarial<sup>3</sup>.

El cambio de titularidad en las contratas o concesiones (sucesión de contratas) ha propiciado el surgimiento de un intenso debate doctrinal en torno a la materia, en donde cada vez más se cuestiona el estatuto jurídico protector de los derechos laborales y de Seguridad Social en juego. En efecto, las modificaciones operadas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores<sup>4</sup> (ET) ofrecían en algún momento (hoy, sin duda, más superada tras los cambios normativos que se han venido produciendo) una visión particularmente individualista y alejada del diseño previsto en el artículo 35 de la CE, mientras que en otros el legislador parece inclinarse por el establecimiento de un sistema de garantías colectivo. En cualquier caso, la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son pacíficos al entender que en el ejercicio de los procesos de reorganización empresarial no se podrán limitar derechos laborales de los trabajadores afectados<sup>5</sup>. Haciendo gala de esta característica visión social se promulgó originariamente la **Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, modificada por la vigente Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001**<sup>7</sup>. **Ante este cambiante contexto, en función de la evolución social y las nuevas necesidades empresariales, se entrecruzan el Derecho comunitario y el interno para garantizar un equilibrio justo entre los legítimos intereses de trabajadores y empresarios<sup>8</sup>. De modo que, el artículo 44 del ET se convierte ahora en una norma de transposición a través de la cual se establece la responsabilidad solidaria (entre**

<sup>2</sup> SALINAS MOLINA, F: “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº38, 2002, pág. 204.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación puntos críticos*, Madrid, Ed. *Ibidem*, 1994, *passim*; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo)”, *La Ley Unión Europea*, nº53, 2017, págs.2-3 en su versión digital.

<sup>4</sup> Actualmente regulado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>5</sup> Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones laborales en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, *passim*; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”, *Relaciones Laborales*, nº11/12, 2002, pág. 2 en su versión digital. A este respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2003 (Rec. 2343/2002) que: “... para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente”.

<sup>6</sup> Sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

<sup>7</sup> Ahora bien, en lo que refiere a la gente de mar esta normativa ha quedado, a su vez, nuevamente modificada por la Directiva 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015.

<sup>8</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, nº5, 2017, págs. 1-2 en su versión digital.

**cedente y cesionario) en las obligaciones laborales<sup>9</sup> devengadas (incluso cuando la relación laboral con los trabajadores ha quedado extinguida)<sup>10</sup>. Se trata de asegurar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores<sup>11</sup> ante un supuesto de cambio de empresario, al imponer la continuidad en las relaciones laborales aun cuando no exista voluntad por parte del trabajador. Ahora bien, no se prevé por el contrario esta posibilidad “*ope legis*” cuando la sucesión empresarial supone, además, la continuidad del empleador menos solvente<sup>12</sup>.**

En un principio, el artículo 44 ET se limitaba a establecer como regla general de mantenimiento de los contratos con la consecuente subrogación o sucesión legal del cesionario en los derechos y deberes del cedente, lo cual no impedía que el primero realizara modificaciones para poder asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial<sup>13</sup>. Sin embargo, la falta de precisión y reglas específicas en cuanto a lo que ha de entenderse como mantenimiento de los derechos y sucesión laboral empresarial **llevó a plantear, durante tiempo, la disyuntiva en torno a cuáles son los conceptos que se transmiten, pues no queda claro cuáles son los derechos que se transmiten, así como tampoco la definición de “entidad económica” objeto de transmisión.** Ello ha originado múltiples problemas de colisión con la regulación comunitaria. Existe una doctrina jurisprudencial comunitaria consolidada sobre esos temas y, en particular, sobre el mantenimiento de los derechos adquiridos precedentes frente al nuevo titular de la empresa que van muy en la línea de la Directiva social europea. Cierto es que, aún más cuando el art. 44 ET ha venido siendo interpretado a la luz de la Directiva 2001/23/CE y teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria, no siempre se ha seguido fielmente esta línea por parte de los órganos judiciales españoles y ello no se justifica por el mero hecho de que la Directiva otorgue un amplio margen de adaptación en función de lo dispuesto por la normativa nacional.

<sup>9</sup> En la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 ya se imponía, en su artículo 19, la responsabilidad solidaria entre el contratista y el subcontratista en las obligaciones laborales contraídas durante el tiempo de vigencia de la contrata. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987; SALINAS MOLINA, F.: “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”...op.cit., págs. 209-210.

<sup>10</sup> Véase la STSJ Cataluña 16 mayo 2014 (rec. 794/2014) en donde se dice que: “... La sucesión en cualquier contrato de trabajo, ya sea por las causas legales del art. 44 del ET o por las causas previstas en el convenio colectivo de aplicación, exige como requisito previo que se encuentre vigente la relación laboral en la que se pretende aplicar esa sucesión. Si la relación laboral ha sido extinguida antes del momento en el que debiere operar supuestamente la sucesión empresarial, no cabe posibilidad legal alguna de subrogarse en la misma. Este es el criterio general de aplicación en este tipo de situaciones jurídicas, a salvo de supuestos especiales en los que pudiere apreciarse fraude de ley o abuso de derecho por parte de las empresas implicadas, ya sea por connivencia entre las mismas o por la utilización de cualquier otro subterfugio para perjudicar los legítimos derechos de los trabajadores”. De igual modo, si el despido se encuentra sub iudice al momento de la transmisión, una eventual declaración de improcedencia podría conllevar la responsabilidad solidaria entre las empresas (cedente y cesionaria). Véase la STS de 15 de julio de 2003 (Rec. 3442/2001) y la STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 410/2014).

<sup>11</sup> Dentro del acervo de derechos a proteger se encuentran no sólo los estrictamente laborales (de naturaleza salarial), sino también los extrasalariales, de Seguridad Social y Salud laboral. Incluyendo el recargo por prestaciones y las mejoras voluntarias que por convenio colectivo pudieran pactarse.

<sup>12</sup> En este sentido, se pronuncia la sentencia del TJCE 24 de enero de 2002, en el asunto C-51/00, *Temco*. Se reitera aquí en la facultad del trabajador a negarse a que su contrato de trabajo sea transferido al cesionario, dependiendo entonces la situación del trabajador de lo que disponga la legislación de cada Estado miembro. Se trata esta de una doctrina que ya había sido confirmada con anterioridad, a saber: STJCE 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144 y 145/87, *Berg y Besselsen* y STJCE 16 de diciembre de 1992, asuntos acumulados 132, 138 y 139/91, *Katsikas*. Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Transmisión de empresa por resolución judicial, cambio de empresario y voluntad contraria del trabajador”, *Relaciones Laborales*, tomo II-1988, págs. 43 y ss.

<sup>13</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”...op.cit., pág. 2.

Los problemas aplicativos que plantea el artículo 44 del ET derivan de la insuficiencia de una regulación tan general y cerrada para solucionar una problemática cada vez más abierta, compleja y diversificada de cambios de titularidad en las organizaciones productivas<sup>14</sup>. Pero también de la hermenéutica del precepto por los jueces y tribunales que no siempre han realizado una interpretación teleológica y evolutiva de la norma conforme a lo previsto en el artículo 3 del Código Civil<sup>15</sup>. A este respecto, uno de los problemas prácticos más trascendentales que se han planteado en los procesos de cambio de titularidad va en relación significativamente con las empresas “desmaterializadas” (tales como las dedicadas a la limpieza, los servicios de seguridad, servicios de mantenimiento de instalaciones, asistencia informática, asesoría técnica, asistencia domiciliaria..., etcétera), en donde se produce en la práctica un “vaciamiento” relativo del supuesto de hecho de la normativa sucesoria que establece el artículo 44 del ET<sup>16</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo partió de la idea de que en el desarrollo de esta actividad no se transmite los bienes materiales o infraestructura, sino la mano de obra adscrita al servicio o actividad organizada. De ahí que con base a ello, durante largo tiempo, haya negado la existencia de una sucesión de empresas en los casos de contratas y concesiones administrativas y, por tanto, el mantenimiento en los derechos laborales de los trabajadores en este tipo singular de cambio de titularidad gestional o funcional. La constante tensión interpretativa se mueve en torno al concepto de empresa o “entidad económica” en sentido amplio, lo que ha llevado a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie al respecto y configure los supuestos de transmisión de empresa (incluido en el caso de contratas y concesiones) de una forma amplia atendiendo a la finalidad garantista de la norma, por lo que se incluyen ya en su ámbito transmisión de empresas “desmaterializadas” a través de la doctrina “ad hoc” de la sucesión de plantillas (artículo 44 del ET). Opción interpretativa ésta que ha sido aceptada –no sin cierta resistencia y matizaciones– por el Tribunal Supremo.

### 1.1. Cambio de titularidad empresarial y modulaciones en torno al concepto funcional de cambio de titular de una “entidad económica”

Debe entenderse que existe un supuesto de sucesión de empresas cuando el cedente transmite al cesionario un conjunto de medios susceptibles de explotación económica inmediata, debiendo el segundo continuar con la actividad cedida en igualdad de condiciones. Llegado este punto, el artículo 44 del ET establece un efecto sucesorio o de garantía de derechos, pero también impone la no consideración de la sucesión como causa de extinción de las relaciones laborales<sup>17</sup> (artículo 44.1 del ET). Por lo tanto, este precepto tiene como finalidad reforzar las garantías de los trabajadores ante los cambios de empresario, mejorando los instrumentos de información y consulta, aumentando los derechos participativos<sup>18</sup>. Sin embargo es precisamente el concepto de “explotación

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”... op.cit., pág. 10 en su versión digital.

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: “Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, J.E. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 121 y sigs.

<sup>16</sup> En este sentido, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L: “El concepto comunitario de empresa a efectos de la Directiva Social sobre transmisión de empresa”, en *Tribuna Social*, núm. 80, 1997; *Ibid.*, *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999.

<sup>17</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J: “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresas: entre la validez y el fraude”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2015, pág. 1 en su versión digital.

<sup>18</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: “La continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades (El cambio de titularidad en las contratas y concesiones administrativas)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 7, 1986, *passim*.

económica” o “entidad económica” el que más contrariedad ha planteado en la práctica jurisprudencial, pues su interpretación ha sido bastante cambiante<sup>19</sup>.

En principio, debe entenderse que la transmisión de empresas encierra en sí dos elementos. De un lado, la organización de trabajadores en una unidad productiva y, de otro, todos aquellos elementos materiales que permiten el ejercicio de una actividad (a saber: infraestructura, materiales y elementos inmateriales)<sup>20</sup>. Por supuesto, la determinación del objeto de la transmisión habrá de realizarse en función de las circunstancias de hecho, así como de la actividad o sector empresarial. Así pues, cuando para la continuidad de la actividad productiva se requiere del uso de las infraestructuras o elementos materiales del anterior contratista<sup>21</sup>, cabe apreciar un supuesto claro de transmisión de empresas pues lo relevante es según el artículo 44 del ET<sup>22</sup> la disponibilidad sobre esos elementos para ejecutar la actividad cedida<sup>23</sup>.

En base a esta última afirmación, el Tribunal Supremo ha venido negando la existencia de una sucesión de empresas en los casos de contrata y subcontrata. Independientemente del supuesto o momento de constitución (esto es, el de formalización de la contrata o el de cambio de contrata), lo relevante es que el cambio de titularidad vaya acompañado forzosamente de la transmisión de la organización productiva<sup>24</sup>. Y es que olvida el

---

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: “La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, pág. 126. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: “Sucesión de contrata y transmisión de empresas: conflictos interpretativos y necesidad de reforma”, *Revista IUSLabor*, nº1, 2017, pág. 10.

<sup>20</sup> Véase, a este respecto, la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-200/16. Se trata de una sentencia llamativa en cuanto a la evolución y aclaración realiza el TJUE. El litigio versa en la demanda presentada por diecisiete trabajadores de la empresa ICTS contra la misma y contra la empresa Securitas. En fundamento del litigio se basa en la infracción que a la normativa laboral había cometido la empresa SECURITAS, en cuanto no reconoció a los demandantes la condición de trabajadores en la empresa cesionaria. El objeto de la transmisión de la empresa ICTS (cedente) es el traspaso del centro de actividad donde prestaban sus servicios los demandantes. El TJUE da respuesta a la cuestión prejudicial planteada al afirmar que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la empresa cedente transmitió a la cesionaria el equipo necesario para el desarrollo de la actividad de vigilancia en las instalaciones portuarias. Así pues, entiende este tribunal que la transmisión puede realizarse de manera directa o indirecta, siendo en este último caso mediante la puesta a disposición por la empresa en donde se desarrolla la actividad de vigilancia, sin que el hecho de que los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad no sean propiedad de la empresa cedente pudieran automáticamente excluir la aplicación de la norma comunitaria. En este sentido, deberá tomarse en consideración para ello “únicamente el equipamiento que se utilice en realidad para prestar los servicios de vigilancia, excluidas las instalaciones objeto de tales servicios ... para acreditar la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva...”.

<sup>21</sup> Afirma el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas que: “La circunstancia de que los bienes transmitidos no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva” (ver sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, asunto C-209/91 y de 20 de noviembre de 2003, Carlito Ablor, asunto C-340/01).

<sup>22</sup> Véase la STS de 7 de diciembre de 2011, nº rec. 4665/2010, referida a la sucesión de contrata y subcontratas en servicios auxiliares de aeropuerto, en donde el TS aplica esta doctrina en supuestos de contrata y subcontratas.

<sup>23</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A: “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº2, 2016, pág. 81.

<sup>24</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”..op.cit., págs. 3-Véase, a este respecto, la sentencia del TS 12 abril 2000 (RJ 2000\3951) en donde se afirma que: “a tenor de reiterada doctrina de esta Sala –reflejada en sus sentencias de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906) , 23 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1227), 12 de marzo de 1996 y 27 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9639), entre otras, se señala que “constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión de la titularidad, entendiéndose por tal concepto traslativo no sólo el cambio de la titularidad nominativa de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, sino también la transmisión al cesionario.... de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación”. En estas misma línea suelen citarse las SSTs de 23 febrero 1994 (RJ 1994\1227), 14 diciembre 1994; (RJ 1994, 10093) , 9 de febrero de 1995 (RJ 1995, 789) , 6 de febrero de 1997 (RJ 1997, 999) , 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3581) , 17 de junio de 1997 (RJ 1997, 458), 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1644), 31 de marzo de 1998 (RJ 1998, 4575), 29 de abril de 1998 ( RJ 1998, 3879), 8 de junio de



Supremo que en algunos sectores desmaterializados (tales como la limpieza, la seguridad, asistencia domiciliaria... etcétera) el desarrollo base de la actividad no descansa tanto en los bienes materiales, sino más bien en la mano de obra como valor adscrito al servicio organizado<sup>25</sup>. Por lo que, durante largo tiempo, el mantenimiento de la garantía de derechos de los trabajadores ha quedado falto de contenido, debiendo la doctrina jurisprudencial dar una solución e interpretación al respecto. El contante tira y afloja se mueve en torno al concepto de empresa<sup>26</sup>, lo que ha llevado a que el TJUE se pronuncie al respecto y configure los supuestos de transmisión de empresa (incluido en el caso de contratas y subcontratas) de una forma amplia, a saber: “... en la medida en que, en determinados sectores –se refiere a los desmaterializados– en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejercen de forma duradera un actividad común pueden constituir una entidad económica”<sup>27</sup>.

De este modo el máximo garante europeo configura e interpreta, siguiendo lo que establece la Directiva 2001/23/CE, ampliamente el concepto de transmisión de empresas. En efecto, los actos o negocios jurídicos que pueden producir la sucesión empresarial son abiertos a todos aquellos supuestos de: “...traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión” (siguiendo el tenor literal del artículo 1.1 de la Directiva de 2001/23/CE). Por lo tanto, una transmisión de empresas no es sólo de infraestructura material, sino que puede englobar dentro de sí sólo la mano de obra. Gracias a esta doctrina comunitaria, el Tribunal Supremo viene ya declarando la existencia de una transmisión de empresas por sucesión de plantillas en empresas auxiliares y que, por ende, no precisan de elementos materiales para el desarrollo de su actividad (es el caso de las contratas y subcontratas)<sup>28</sup>.

No obstante a lo anterior, el Tribunal Supremo sigue a veces arrojando interpretaciones algo contradictorias. En este sentido, el Supremo analiza en su pronunciamiento de 5 de marzo de 2013 (Recurso 3984/2011) un supuesto de transmisión empresarial parcial, en donde tras un proceso de selección, la nueva empresa contrata únicamente a catorce de los diecinueve trabajadores que habían prestado la misma actividad en la anterior empresa. Afirma el TS que aun cuando el contrato de la trabajadora demandante se encontrara en suspenso al momento de la transmisión, cabe entender que la relación laboral se mantiene viva. Resulta aplicable el artículo 44 del ET debiendo la nueva contratista subrogarse en el contrato de la demandante. Ahora bien, respecto al resto de trabajadores no contratados sólo cabe que por voluntad empresarial sean nuevamente contratados. Recuérdese, a este respecto que, cuando la contratación se produce respecto de un número significativo de trabajadores, en términos de conjunto, se configura el supuesto como de sucesión empresarial en los términos que regula el artículo 44 del ET<sup>29</sup>. A diferencia de

1998 (RJ 1998, 6639), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7804), 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 9100), 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4624) y STS 10 de julio de 2000 (RJ 8295) –si bien esta última incorpora la referencia de la Sentencia Súzen sobre la subrogación por asunción de plantilla, concluye “no consta que se haya producido la transmisión de activos patrimoniales”.

<sup>25</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016.

<sup>26</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., pág.4.

<sup>27</sup> STJCE de 11 de marzo de 1997, caso Súzen y Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhauservice, Asunto C-13/95.

<sup>28</sup> LÓPEZ INSUA, B.M: “Sucesión de contratas. Garantías laborales”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y PERÁN QUESADA, S (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018, págs. 311-339.

<sup>29</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A: “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”...op.cit., págs. 82-84.

este supuesto, en la sentencia de 12 de julio de 2016 el alto tribunal español declaró la inexistencia de una transmisión de empresas cuando la principal decide hacerse cargo, con su propio personal y medios de producción, de la actividad y no externalizarlo a través de una contrata (sentencia del Tribunal Supremo con recurso número 349/2015).

Llegado este punto cabe preguntarse entonces ¿qué encierra o abarca el concepto de “entidad económica” al que se refiere el Tribunal de Justicia de la Unión Europea? Tal y como establece la letra b) del apartado 1 de la Directiva de 2001/23/CE (y, de igual modo, el artículo 44.2 del ET) debe entenderse por transmisión de una entidad económica aquella “... que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio”. Por lo tanto, forman parte de la transmisión la organización del personal dispuesta por el empresario, así como los elementos materiales que permiten el ejercicio de una actividad. Sin embargo, esta definición habrá de modularse atendiendo a las distintas formas de organización empresarial<sup>30</sup>, pues de lo contrario se quedarían fuera aquellas empresas propias del sector servicios. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) valora como elemento decisivo, para considerar la existencia de una transmisión, la conservación de la “identidad” de la empresa transmitida. En efecto, no cabe tener en cuenta aquí un único criterio, sino varios elementos parciales los cuales habrán de ser evaluados de forma conjunta, a saber: la transmisión o no de bienes materiales, el valor de los elementos inmateriales<sup>31</sup>, el traspaso de la mayoría de los trabajadores, la analogía en la actividad ejercida antes y con posterioridad a la transmisión...etcétera.

En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no circunscribe como elemento relevante para la transmisión un sólo aspectos, sino que parece optar por la idea de que los distintos tribunales nacionales elijan, dentro de un catálogo abierto, sin enumeración u orden cronológico y no exhaustivo, diversos elementos a tener en cuenta<sup>32</sup>. En otras palabras, se trata únicamente de “aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse” y que, por lo tanto, “no pueden, apreciarse aisladamente”. Por lo que la actividad transmitida deberá constituir para la cedente una labor auxiliar o accesorio, que no necesariamente guarde una relación con su objeto social<sup>33</sup>.

Sin embargo, posteriormente, con la Sentencia del Tribunal de Justicia de UE de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91 se dará un giro importante a esta doctrina al considerar, como elementos relevantes a la hora de la transmisión, no los factores de producción, sino el vínculo funcional<sup>34</sup>. Así es, el nuevo empresario debería continuar o retomar las mismas actividades o análogas a las que venía realizando el anterior, aun cuando no haya transmisión de activos materiales. En esta misma línea, el TJUE va más allá con la sentencia de 11 de marzo de 1997, en el caso Sützen, asunto C-13/95, en donde de una forma novedosa aclara que ante la ausencia de relación entre el nuevo y el antiguo empresario no cabe entender que no se haya producido una transmisión de empresas en el

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de marzo de 1986, Spijkers, Asunto C-24/85; Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, Asunto C-29/91.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, Asunto C-29/91, apartado 24. En esta línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91, apartado 20. Para la constante referencia posterior a estos mismos criterios tras la Sentencia Schmidt.

<sup>32</sup> CALVO GALLEGOS, F.J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114, 2012, pág. 210-211.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91.

<sup>34</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., pág.5 y siguientes.; VALDÉS DAL-RE, F: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2011, págs. 36-40.

sentido de la Directiva, “... sino que, corrigiendo posibles interpretaciones funcionalistas, señala ya expresamente que una entidad no puede reducirse a la actividad de la que se ocupa, por lo que la simple pérdida de una contrata... no puede, *por sí sola*, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva”. Por lo tanto, lo relevante es que la sucesión o transmisión de contratas vaya acompañada del “personal que la integra” o, en su caso, de un “marco de actuación, de la organización de su trabajo, de sus métodos, o, en su caso, de sus medios de explotación”.

Con esta afirmación, el Tribunal en Süzen aclara algunos elementos en cuanto cómo se han de interpretar los criterios o indicios a tener en cuenta por parte del juez nacional. Así pues debe “tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate”, esto es, el primer indicio que se mencionaba. Y ello es porque “la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados” –que se convertiría así en una disyuntiva previa en la valoración del resto de indicios<sup>35</sup>–. De igual modo y en particular, el TJUE precisa que: “... en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos”. Por lo tanto, “... dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”<sup>36</sup>. Con esta afirmación, el Tribunal Europeo eleva como imprescindibles los elementos materiales y personales necesarios para la explotación de una actividad económica y no circunscrito a una obra determinada<sup>37</sup>. Pero esta exigencia de “materialidad” del objeto transmitido sólo opera con todo su rigor en los supuestos tradicionales de transmisión de empresas “materializadas”<sup>38</sup>.

En el caso de determinada empresas desmaterializadas en el que no se precisan de elementos materiales para el desarrollo de la actividad, habrá de entenderse la existencia de una transmisión de empresas cuando se produzca la continuación de una parte significativa de la plantilla<sup>39</sup>. Por lo tanto, la transmisión (en contratas y subcontratas) ha de venir referida a una parte esencial del personal (en términos de número y competencia) que el subcontratista destina a la ejecución de los servicios, debiendo valorarse la organización, los métodos de trabajo<sup>40</sup> y los medios de explotación. No obstante, en

<sup>35</sup> Ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de diciembre de 1999, Allen, Asunto C-234/98; Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2001, Liikenne, Asunto C-172/99; Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2003, Abler, Asunto C-340/01; Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04.

<sup>36</sup> En esta línea, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo.

<sup>37</sup> CALVO GALLEGO, F.J: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”...op.cit., pág. 216.

<sup>38</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit. pág. 7 en su versión digital.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de julio de 2010, (UGT-FSP) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo.

<sup>40</sup> CALVO GALLEGO, F.J: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”...op.cit., pág. 217. Recodando las sentencias del Tribunal de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10 y Hidalgo y otros, este autor señala lo que ha de entenderse por autonomía en el trabajo. A este respecto, se hace mención al conjunto de facultades, responsabilidades y distribución de tareas para el desarrollo de una estructura organizativa.

aquellas empresas en donde “los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad”, la ausencia de transmisión “de una medida significativa de dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que esta no conserva su identidad” a pesar de que en aquel mismo caso sí se había producido una recepción de buena parte de la plantilla del antiguo al nuevo contratista.

## **1.2. La proyección de la doctrina del TJUE y su impacto en las garantías legales y convencionales de los trabajadores**

Hasta el año 2004 el Supremo venía manteniendo una posición puramente patrimonialista, en el sentido de entender que la contrata o concesión administrativa no constituirá una unidad productiva a efectos sucesorios en tanto no se transmitan aspectos materiales y/o productivos. Será a partir de las sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 27 de octubre de 2004 cuando el juez español admita la sucesión de empresas por “plantillas”<sup>41</sup> en empresas desmaterializadas. De forma que, el derecho nacional se adecuará ahora a lo establecido por la normativa comunitaria aplicando así las reglas objeto de interpretación por el TJUE para la resolución de los conflictos jurídicos. Sin embargo, se trata esta de una doctrina no exenta de críticas por una parte de la doctrina, pues supone subsumir el efecto de la transmisión (esto es, el trasvase de plantilla) en el concepto mismo de entidad económica. Doctrina, ésta, que entiende que ello no evidenciaría una mejora o estabilidad en el empleo de los trabajadores, sino que por el contrario desincentivará la contratación al tiempo que el nuevo empresario buscará eludir la imposición de las condiciones (o garantías) que establece el convenio colectivo aplicable<sup>42</sup>.

La doctrina científica insiste en la necesidad de otorgar un mayor protagonismo, en esta materia, al convenio colectivo pues lo lógico es que mantenga unas mínimas garantías para los trabajadores que aseguren una cierta seguridad jurídica y flexibilidad en las relaciones laborales con el nuevo empleador<sup>43</sup>. Y, sin que, la aplicación de la normativa comunitaria desvirtúe la esencia misma de una figura creada para el mantenimiento de un equilibrio justo entre sendas partes del contrato de trabajo y en el marco de las relaciones colectivas de trabajo. Ahora bien, aunque se advierte los efectos perniciosos de esta deficiente regulación, lo cierto es que en la práctica no se han llegado a producir, ya que la mayoría de los convenios colectivos se remiten al ET o incorporan cláusulas débiles que, únicamente, buscan aminorar las cargas empresariales a la hora de la transmisión<sup>44</sup>. Lo cual no deja de resultar problemático ante la doctrina del TJUE sobre la “sucesión de plantilla” como supuesto específico de cambio de titularidad en empresas desmaterializadas.

---

<sup>41</sup> Ver la STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 7202) y 26 de noviembre de 2004, así como la de 3 de junio de 2005. Ahora bien, nuevamente admite esta posibilidad, aunque deniega la existencia de una transmisión por circunstancias concretas en las sentencia del TS de 27 junio 2008 (RJ 2008\4557) y de 11 julio 2011 (RJ 2011\5667).

<sup>42</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A: “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”...op.cit., pág. 109.

<sup>43</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., págs. 9-11 en su versión digital. CALVO GALLEGGO, F.J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contrata y sector público”...op.cit., págs. 218-219.

<sup>44</sup> ROJAS RIVERO, G.P.: “La sucesión de convenios colectivos en la sucesión empresarial” en VV.AA., Álvarez de la Rosa, M; Palomeque López, M.C; Ramos Quintana, M.I y Saavedra Acevedo, J (Coord), *Estudios sobre negociación y convenios colectivos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003, págs. 186-201.

Está claro que el objetivo es lograr el mantenimiento del empleo de los trabajadores trasvasados, así como de las mejoras introducidas por convenio colectivo, pero también es cierto que para ello se precisa de una normativa específica protectora con estos derechos. Resulta necesario que el convenio colectivo se aplique preferentemente (y ostente un mayor protagonismo) y no de forma supletoria respecto de las garantías que prevé la Ley 45. La interpretación teleológica que aspira a implantar el legislador comunitario es evidentemente ésta (de acuerdo con lo previsto por la Directiva 2001/23/CE) y no la de limitar los efectos sucesorios. Sin olvidar que tal restricción podría alcanzar a la exoneración de la responsabilidad solidaria recogidas en el art. 44 ET, no en cambio a aquellos efectos vinculados a los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, que la norma comunitaria anuda indisolublemente a la transmisión empresarial<sup>46</sup>.

El catálogo de garantías que prevé el artículo 44 del ET (y, por ende, la normativa comunitaria) conlleva lo siguiente:

### 1.3. Sucesión *ope legis* o cesión legal del nuevo empleador en las relaciones laborales en curso

La subrogación prevista en el artículo 44.1º y 4º ET es reconducible jurídicamente a la sucesión *ope legis* o *cesión legal* del nuevo empleador en las relaciones laborales en curso<sup>47</sup>. Si el contrato de trabajo tenía una duración de carácter indefinido, no se podrá modificar con posterioridad a tiempo determinado. Se trata, por tanto, de asegurar: A) La continuación de contratos en sus propios términos y condiciones conlleva que el empresario esté obligado a reconocer la categoría y la antigüedad que los trabajadores tuviesen reconocidos; B) Se mantienen las retribuciones, así como los posibles complementos salariales y partidas extrasalariales (interpretación en sentido amplio del concepto “salario”); C) La sucesión o subrogación legal del nuevo empresario de las obligaciones laborales del anterior va a conllevar el mantenimiento de las posibles condiciones más beneficiosas de origen contractual que el trabajador tuviese pactadas con el empresario cedente; D) La sucesión o subrogación no alcanza a las condiciones pactadas en el Convenio Colectivo de la empresa cedente cuando están expresamente relacionadas con la prestación de trabajo en dicha empresa; E) La sucesión o subrogación del nuevo empresario comprende, igualmente, el ejercicio de poderes disciplinarios por hechos ocurridos con anterioridad a la transmisión y que no estuviesen prescritos; F) Mantenimiento de un sistema de responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario respecto de las obligaciones no satisfechas nacidas con anterioridad a la transmisión (y no satisfechas), así como respecto de las obligaciones generadas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito. No obstante, la Directiva comunitaria no impone dicha responsabilidad conjunta, sino que lo deja en manos de la legislación de cada uno de los Estados miembro<sup>48</sup>. A este respecto, el apartado 3 del artículo 44 del ET establece que dicha responsabilidad solidaria tendrá una duración de tres años cuando la transmisión se efectúe “inter vivos”. Y, finalmente, la G) conservación de las estructuras

<sup>45</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., págs. 9-11 en su versión digital.

<sup>46</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”...op.cit., pág.110.

<sup>47</sup> Para esta configuración técnico-jurídica del fenómeno subrogatorio establecido en el art. 44 del ET y en la normativa comunitaria de referencia, véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones laborales en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, *passim*.

<sup>48</sup> MONEREO PÉREZ, J.L Y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo)”... op.cit., págs. 6-18.

representativas de los trabajadores, debiendo estos ejercer sus funciones en las mismas condiciones que con anterioridad a la transmisión<sup>49</sup>.

## 2. SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y SUCESIÓN LEGAL EN POSIBLE CONFLICTO

A fin de asegurar la continuidad de las relaciones contractuales el artículo 44.4 del ET establece que “... las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida”. En este sentido y hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o de entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida, el papel que cumplirá la autonomía colectiva será relevante para el mantenimiento en el empleo de los trabajadores cedidos incluidos dentro de su ámbito de aplicación.

Ciertamente las garantías que establecen los convenios son distintas a las que prevé la ley y la propia Directiva comunitaria, llegando incluso a prever fórmulas más restrictivas a las establecidas por el estatuto y ésta última. De ahí que, el Tribunal Supremo haya insistido en la necesidad de establecer una interpretación confluyente e integradora entre la sucesión legal y convencional<sup>50</sup>. Y es que, de conformidad con la doctrina comunitaria, en los supuestos de sucesión de empresas desmaterializadas habrán de mantenerse todo el pliego de garantías, individuales y colectivas, previstas por vía convencional. Por lo que en caso de incumplimiento de dichas obligaciones, no operará la sucesión o subrogación de los contratos, siendo la empresa incumplidora responsable en este caso. Lo cual no puede conllevar un perjuicio a los trabajadores de cara al mantenimiento del empleo, pues “dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente”<sup>51</sup>.

La subrogación convencional se producirá de acuerdo con lo previsto por el convenio colectivo vigente, pudiendo exigirse por parte de los negociadores el cumplimiento por la empresa saliente de una serie de requisitos formales y documentales. Todo ello como garantía de transparencia y buena fe. La falta de cumplimiento de los requisitos de documentación e información a los representantes legales de los trabajadores, siempre que no sea relevante para la transmisión empresarial, no podrá conllevar nunca la nulidad de los efectos sucesorios<sup>52</sup>. Ello es así porque lo relevante es en todo momento que el nuevo empresario cumpla con las condiciones que legalmente se recogen en el artículo 44 del ET<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 44. La sucesión de empresa”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir) y SERRANO FALCÓN, C (Coords.), *El nuevo Estatuto de los trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores*, Granada, Comares, 2012, págs. 599-602. Dispone el artículo 6.2 de la Directiva comunitaria que: “Si el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso expirare como consecuencia de ese traspaso, los representantes continuarán beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por la práctica de los Estados miembros”.

<sup>50</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., págs. 12-13 en su versión digital.

<sup>51</sup> Véase, para un conocimiento más exhaustivo, la STS de 28 de julio de 2003, n° rec. 2618/2002.

<sup>52</sup> STSJ Cataluña, de 22 de diciembre de 2015, n° rec. 3351/2015.

<sup>53</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”...op.cit., págs. 90-92.

La regulación convencional de las obligaciones de subrogación en contratas y subcontratas también puede alcanzar a las garantías de los trabajadores. De modo que no resultará tan extraño encontrar, en ocasiones, convenios que limiten estos efectos al modificar el estatus jurídico aplicable a los trabajadores afectados por la transmisión. A este respecto, no se olvide, que en empresas desmaterializadas (a diferencia de las empresas materializadas) basta con que la nueva empresa asuma una transmisión de activos o simplemente una parte significativa de la plantilla para que se produzca la sucesión legal<sup>54</sup>.

La doctrina del Supremo ha dado en este punto un giro de ciento ochenta grados al exonerar a la empresa entrante de la responsabilidad solidaria en cuanto al pago de las deudas contraídas por la saliente con sus trabajadores. Lo cual lleva a situar a estos ante una situación de completa falta de tutela garantista efectiva, sobre todo cuando la saliente se encuentra en una situación de concurso de acreedores. Esta visión mercantilista de la realidad y contraria a los cánones que establece el derecho comunitario se ha visto reflejada en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014), 3 de mayo de 2016 (rec. 3165/2014), 10 de mayo de 2016 (rec. 2957/2014), 1 de junio de 2016 (rec. 2468/2014) y 22 de septiembre de 2016 (rec. 1438/2014).

La cuestión objeto de debate gira en torno a dirimir si ante una subrogación empresarial convencional resultan o no aplicables, de manera supletoria, las garantías que como norma mínima prevé artículo 44 ET. De forma que se debate acerca de si la empresa saliente es o no la única obligada al pago de las deudas devengadas hasta el momento de la transmisión.

En concreto, los hechos sobre los que versa la sentencia de 7 de abril de 2016 se definen por la existencia de una sucesión de contratas de seguridad en el Servicio Vasco de Empleo. La flagrante situación de concurso de la empresa saliente y la negativa de la entrante en asumir la responsabilidad, lleva a que el Supremo estudie en profundidad el artículo 14 del Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad sobre el que se ampara la cesionaria<sup>55</sup>: “Dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo, con clara diferenciación entre subrogación de servicios comprendidos en la letra A y de transporte de fondos comprendidos en la letra B.... A) Servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, transporte de explosivos, protección personal y guardería particular de campo: Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o nivel funcional, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca...”.

---

<sup>54</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresarial” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. Y SÁNCHEZ MONTOTOYA, J.E (Dir.), MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A (Coord.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Comares, 2010, págs. 123-143.

<sup>55</sup> Resolución de 4 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016 (BOE núm. 224, de 18 de septiembre de 2015).

Recuérdese que, como bien explicita la doctrina científica, en algunas ocasiones los convenios colectivos imponen el cumplimiento de ciertos requisitos individuales para que opere la subrogación. En este caso caben recogerse elementos tales como: la antigüedad, el tipo de contrato, funciones o tareas específicas desarrolladas por los trabajadores... etcétera. Al hilo de esta idea, el artículo 14 del Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad establece la obligación de incorporar a los trabajadores de la contratista anterior siempre que la misma justifique que estos ostentan una antigüedad de siete meses en el puesto de trabajo. De igual modo, se determina, con carácter preceptivo, la asunción por la empresa cesante de los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo, como única y exclusiva obligada a ello.

Siguiendo lo preceptuado por el artículo 44.3 ET (también para los supuestos de hecho de “sucesión de plantillas” en empresas desmaterializadas), las sucesivas contratas que fueran ocupando el puesto de las anteriores tendrían que hacerse cargo de los eventuales impagos existentes al tiempo de la subrogación en relación con las obligaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores. Todo ello, por supuesto, respetando el espacio de tres años, en base a la eventual responsabilidad solidaria que se dictamina.

Por todo ello, entiendo que el artículo 14 del Convenio Colectivo para las empresas de seguridad se sitúa muy por debajo de la protección que ofrece la norma estatutaria, por lo que existiendo una entidad económica encuadrable dentro del concepto que recoge el artículo 1 de la Directiva Comunitaria debe de aplicarse el artículo 44 del ET, tal y como preconizaron los votos particulares formulados a la sentencia de 7 de abril de 2016.

Desgraciadamente, cabe señalar que hasta ese momento, la situación jurisprudencial ha sido muy confusa al no existir ninguna doctrina acerca de la comunicabilidad de responsabilidades. De modo, que podía entenderse que el pago de las deudas laborales pendientes era un requisito constitutivo de la sucesión, por lo que su no cumplimiento impedía la misma, sin que, por el contrario, afectara simplemente a su régimen de garantías. En contra de todo pronóstico, el Tribunal Supremo se decanta aquí por otorgar primacía a lo previsto por el convenio colectivo frente a lo establecido legalmente. De forma que exonera a la empresa entrante de la responsabilidad solidaria, al entender que no se trata de un supuesto encuadrable en el artículo 44 del ET y, por tanto, en la Directiva comunitaria de 2001.

Aparte hay otro problema latente y es que el trabajador afectado, ante el incumplimiento de las previsiones paccionadas por la empresa cesante, se mantiene en su plantilla. En otras palabras, no se produce el objeto de la transmisión de plantilla, lo cual determina el impago de las deudas pendientes y su ubicación en una situación de completando indefensión. Por lo que ahora le corresponde al trabajador determinar, si así lo desea, la posibilidad de incorporarse a la empresa entrante. Ahora bien, en ningún momento, las deudas pendientes podrán verse transmitidas a la nueva empresa titular de la contrata. En relación a esta cuestión, debe recordarse la finalidad última del art. 44 ET que, no es otra, que la evitar que la sucesión se emplee como un instrumento para eludir las responsabilidades empresariales (y no propiciar la sucesión mediante una laxitud de las mismas). En este sentido, resultan inaceptables las palabras del Supremo a la hora de abordar esta problemática jurídica: “... de un pacto que es fruto de la negociación colectiva y en el que conscientemente, se ha escogido la opción de facilitar la estabilidad en el empleo a cambio de ofrecer a los trabajadores una inferior garantía para la recuperación



de las deudas salariales pendientes a costa, exclusivamente, de la empresa saliente, o en su caso, del Fondo de Garantía Salarial”.

En relación a este problema, la doctrina<sup>56</sup> ya ha señalado que no cabe confundir la sucesión legal que se establece por vía del artículo 44 del ET, con la subrogación convencional<sup>57</sup>. Así es: “Es cierto que la subrogación convencional y la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores son supuestos distintos, cada uno con su propia regulación. Es decir, pueden existir supuestos de subrogación convencional ajenos al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como supuestos de sucesión del artículo 44 del Estatuto ajenos a las sucesiones de contratas y la subrogación convencional. En tales casos la situación se regirá única y exclusivamente por su propia normativa, legal o convencional. Sin embargo existen también supuestos de superposición entre ambas figuras, de manera que una subrogación convencional sea, al mismo tiempo, un supuesto de sucesión legal de empresas”.

Ahora bien, cuando la sucesión de plantillas sea en empresas en donde la actividad descansa en la mano de obra: “... resulta importante reseñar que... el convenio colectivo impone la subrogación en los contratos de trabajo, si la actividad objeto de la contrata se desempeña esencialmente mediante la aportación de mano de obra, del hecho fáctico de la subrogación resultará también la existencia de una sucesión de empresas, lo que llevará a considerar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como norma mínima”. Ahora bien, “... por el contrario, si en el caso concreto no existe sucesión de empresas, especialmente cuando la actividad no se desempeña esencialmente mediante la aportación de mano de obra y no existe transmisión de los elementos materiales adscritos a la producción, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no será aplicable y los términos de la subrogación se regirán única y exclusivamente por el convenio colectivo”<sup>58</sup>.

Con esta sentencia, el Supremo ha sembrado más dudas acerca de la incomunicabilidad de responsabilidad en caso de contratas y subcontratas, pues al referirse a la subrogación convencional no distingue entre aquellas que por sí podrían suponer una sucesión de plantillas, pero que eventualmente están previstas en el convenio colectivo de aplicación también como obligatorias. En opinión del Tribunal Supremo, esta doctrina no colisiona con la Directiva 2001/23/CE, por lo que los derechos y obligaciones del contrato habrán de ser transferidos al cesionario, olvidando pues la mejora que, a este respecto, establece la normativa española en el artículo 44. 3 del ET. Así es, el artículo 3.1 de la Directiva establece claramente que: “Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha

<sup>56</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresarial”...op.cit., págs. 123-143. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”...op.cit., págs. 95-97. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., págs. 13-14 en su versión digital. Ver la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2014 (SAN 176/2014).

<sup>57</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, nº5, 2017; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla y exención de responsabilidad (SSTS 3 y 10/5/16): El TS reitera su alejamiento de la doctrina comunitaria” en la siguiente página web: <http://ignasibeltran.com/2016/07/11/sucesion-de-plantilla-y-exencion-de-responsabilidad-ssts-3-y-10516-el-ts-reitera-su-alejamiento-de-la-doctrina-comunitaria/>

<sup>58</sup> Ver Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2014 (SAN 176/2014).

del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso”. A este respecto, el TJUE ya insistía en su sentencia de 24 de enero de 2002, en el asunto C-51/00, caso *Temco*, en la obligación de la empresa entrante de hacerse cargo del personal de la saliente cuando la obligación viene impuesta por vía convencional, ya que el objetivo perseguido por el convenio colectivo sectorial es el mismo que el de la Directiva, o sea, asegurar la garantía de derechos y la estabilidad en el empleo de los trabajadores cedidos. El convenio colectivo al imponer la subrogación convencional en el cambio de titularidad de empresas desmaterializadas opera “per se” una “sucesión de plantilla” que integra el supuesto de hecho de la normativa sucesoria laboral prevista en la Directiva 2001/23/CE y en la normativa de transposición interna ex artículo 44 ET.

Por lo tanto, el carácter voluntario o impuesto de la asunción del personal de la empresa contratista saliente es indiferente para apreciar si se dan el resto de elementos que prevé el artículo 44.3 ET<sup>59</sup>. Ahora bien, ¿qué espacio se le otorga a la autonomía privada en este ámbito? Cabe señalar que el artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE permite que la legislación de un Estado miembro autorice la introducción de cláusulas en el contrato de trabajo que remitan su regulación a los convenios colectivos posteriores. A este respecto, cabe admitir la admisibilidad de dichos pactos, pero sin que con ellos se perjudique al nuevo empresario quien podrá realizar modulaciones con posterioridad a la sucesión<sup>60</sup>. Así es, esta teoría ha quedado avalada recientemente por el TJUE en su sentencia de 27 de abril de 2017, asuntos acumulados C-680/15 y C-681/15 al afirmar que: “... en relación con el art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de transmisión del centro de actividad, el mantenimiento de los derechos y obligaciones que para el cedente derivan de un contrato de trabajo se extienden a la cláusula pactada por el cedente y el trabajador en virtud del principio de autonomía de la voluntad, con arreglo a la cual su relación laboral está regulada no solo por el convenio colectivo en vigor en la fecha de la transmisión, sino también por convenios posteriores a dicha transmisión que lo completan, modifican o sustituyen cuando el Derecho nacional prevé, en favor del cesionario, posibilidades de adaptación tanto de común acuerdo como unilaterales”.

Independientemente de lo anterior, cabe preguntarse acerca de la legalidad del artículo 14 del Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad. Y es que, en buena medida podría decirse que resulta contrario al principio de igualdad de trato que prevé la Carta Magna, por cuanto establece como requisito “*sine qua non*” para la subrogación la necesaria antigüedad de siete meses de los trabajadores que se pretenden transferir. Por lo

<sup>59</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresarial”...op.cit., págs. 123-143. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: “Sucesión de contratadas y transmisión de empresas: conflictos interpretativos y necesidad de reforma”, *Revista IUSLabor*, nº1, 2017, págs. 10 y siguientes. En una línea diferente, véase la STS de 15 de marzo de 2005, nº rec. 367/2004, afirma que “ la línea de separación entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación), y los efectos de una cesión de contratos entre empresas aún cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores, cual aquí ha ocurrido, para llegar a la importante conclusión de que mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador como pide el art. 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes, sin que ese consentimiento pueda estimarse sustituido por los representantes legales o sindicales que intervinieran en el Acuerdo celebrado con ambas empresas interesadas”. En esta línea, DE LA PUEBLA PINILLA, A: “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”...op.cit., pág.93. Ahora bien, no se puede perder de vista que en todos aquellos supuestos en los que se da la subrogación convencional, no respaldada ahora en ningún caso por el artículo 44 ET como regla de mínimos, se habrá de requerir el consentimiento, aunque sea tácito, del trabajador en virtud del artículo 1205 del Código Civil. De este modo, la novación subjetiva por cambio del titular de la relación laboral exigirá, para que sea efectiva, una manifestación de voluntad en sentido afirmativo.

<sup>60</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., págs. 11-12 en su versión digital.

que, en virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 3.3. del ET)<sup>61</sup> y del orden de prelación de fuentes que establece el art. 3.1 ET, deberá el convenio colectivo mejorar lo que establece la ley no yendo nunca en contra de lo previsto legalmente. Así pues, si hay una “sucesión de plantillas” (esto es, de la mayoría de los trabajadores) cabe entender que existe una transmisión de empresas en el sentido de la Directiva y, por lo tanto, no podrá el convenio colectivo establecer condiciones peyorativas o limitativas que conculquen lo previsto por el artículo 44 del ET, así como en los artículos 35 y 9.2 de la CE, así como el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En todo ello el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) no queda cuestionado por la imposición de las garantías legales que prevé el artículo 44 del ET, pues en todo momento se busca un equilibrio entre las partes de la relación laboral<sup>62</sup>. En este sentido, no se puede olvidar que el objetivo de la Directiva comunitaria: “... consiste en esencia en impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión” (entre otras, STJUE 6 de septiembre 2011, Asunto Scattolon, C-108/10)”.

Al hilo de esta idea, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por auto de 30 de diciembre de 2016, plantea dos importantes cuestiones prejudiciales: “1. ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 [...] cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo [de las empresas de seguridad]? 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?”.

En cuanto a la primera cuestión prejudicial, el TJUE en su Sentencia de 11 de julio de 2018 (Asunto nº C-60/17, Caso Ángel Somoza Hermo y Esabe Vigilancia S.A) se pronuncia sosteniendo –en consideración de todas las circunstancias concurrentes– que la entidad económica de una empresa que sucede a otra como adjudicataria de una contrata de servicios de vigilancia de un museo no cambia cuando la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, de ahí que se mantenga la identidad cuando lo que se transmite es una parte sustancial de la plantilla. En efecto, existe tal identidad en cuanto que la nueva empresa desarrolla “la misma actividad que la anterior y con la incorporación de una parte sustancial de esta última para el desarrollo de las tareas de vigilancia”. En este sentido y como consecuencia de las previsiones del convenio colectivo aplicable, se produce una

<sup>61</sup> Recuérdese el principio de norma mínima y más favorable (artículo 3.3 del ET): “Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”.

<sup>62</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., págs. 15-19 en su versión digital.

sucesión de empresas de conformidad con lo previsto por la Directiva Comunitaria. El hecho de que la subrogación se produzca en cumplimiento de lo previsto por convenio, no enerva la existencia de una sucesión de empresas pues el objetivo perseguido por la norma convencional es el mismo que el que prevé la Directiva Comunitaria<sup>63</sup>.

Respecto de la segunda cuestión prejudicial, referente a la limitación en la responsabilidad solidaria salarial y la exoneración del cesionario prevista por convenio colectivo, el TJUE se declara no competente acogiéndose así a la tesis formulada por el gobierno español. Por tanto, habrá de ser la jurisdicción nacional quien resuelva este punto, al entender que se trata de un conflicto de normas nacionales (44 ET y convenio colectivo) que debe resolverse de manera interna (artículo 3.1 de la Directiva). Y es que, como bien recuerda el Alto Tribunal Europeo, a él sólo le corresponde examinar las disposiciones del Derecho de la Unión, pues lo que pregunta el tribunal español remitente versa sobre “la conformidad de una disposición de un convenio colectivo con una disposición legislativa nacional” o, lo que es lo mismo, implicar “valorar cuestiones de jerarquía de las normas en el Derecho interno”, algo para lo que obviamente no tiene competencias el TJUE.

De este modo, el TJUE modifica el criterio mantenido hasta ahora por el Tribunal Supremo. En efecto, en sentencia de 27 de septiembre de 2018 el Supremo se pronuncia alineándose con la doctrina “Somoza Hermo”, aunque con matices. En este sentido, tras distinguir entre sucesión de plantillas y subrogación convencional, el Supremo entiende “las razones antes expuestas nos habían llevado a pensar que la misma no afectaba a la validez de un convenio colectivo negociado con las exigentes mayorías representativas que nuestro legislador reclama (artículos 87 y 88 ET) y que convenios como el aplicado en el presente supuesto respetaban y mejoraban las previsiones heterónomas. Pensábamos que el deseo de los agentes sociales de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación. En ese sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya (& 38) que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23. A la vista de lo expuesto debemos modificar una de las premisas de nuestra doctrina. En contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica”. Por todo ello, “Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa”.

De este modo, aunque no se aclara (por parte del TJUE) el alcance o concepto de “parte esencial o sustancial de la plantilla” lo cierto es que el TS aplica en las sucesiones de actividades desmaterializadas organizadas (salvo prueba en contrario) o de plantillas previstas en convenio colectivo lo previsto por el artículo 44 del ET. Lo que implica que la exoneración de responsabilidad para la contratista entrante prevista por Convenio Colectivo no opera, exigiéndose pues una responsabilidad solidaria con la saliente de acuerdo con lo previsto por la Directiva Comunitaria y la norma estatutaria.

<sup>63</sup> En esta línea, ver la sentencia de 24 de enero de 2002, Temco, C 51/00, EU:C:2002:48, apartado 27.

### 3. BREVE ALUSIÓN A LOS PROCESOS CONTRADICTORIOS DE DESPUBLIFICACIÓN Y REINTERNALIZACIÓN/RECUPERACIÓN DE SERVICIOS EN EL MARCO DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

La extensión del sector público hacia otras formas de desarrollo de los servicios que prestan sus entes administrativos determina en la praxis el surgimiento de nuevas fórmulas de colaboración público-privada. La fuerte tensión dialéctica entre las ramas del ordenamiento laboral y la administrativa, no siempre resulta fácil, ni tampoco pacífica de conciliar y ello es debido a la falta de una regla o normativa clara al respecto<sup>64</sup>.

La doctrina utiliza el concepto despublificación para referirse al proceso de colaboración público-privada instrumentada a través de un contrato de larga duración (paradigmáticamente, 25 a 30 años)<sup>65</sup>. Bajo este esquema, la Administración Pública se compromete a ceder una serie de servicios que son contratados por el sector privado en unas condiciones determinadas de cantidad y calidad, prefijadas ya en el contrato de concesión pública, en el que se incluye la construcción, el mantenimiento y la reposición de las infraestructuras necesarias para prestar los servicios demandados. El privado aporta, además, la financiación necesaria para acometer el proyecto, y asume los riesgos de construcción, demanda y/o disponibilidad<sup>66</sup>. Este entramado colaborativo no pretende reflejar una actividad ineficiente por parte de la Administración Pública, sino una toma de decisión política y de confianza en donde se conjugan público y privado para atender con más eficiencia las necesidades sustanciales de interés general<sup>67</sup>.

No obstante a lo anterior, lo cierto es que aunque la externalización comporta ganancias en eficacia, eficiencia, rapidez en la gestión y calidad de los servicios también hay que tener en cuenta los efectos negativos. Y es que todos esos efectos positivos están relacionados, en la mayoría de los supuestos, con pérdidas en la disminución del personal<sup>68</sup> y dudas acerca de las condiciones laborales en las que se asocian estas prácticas. La temporalidad en el empleo, la precariedad laboral y las contrataciones irregulares son algunos de los puntos más conflictivos en esta materia. Y es que el difícil equilibrio entre la tutela del Derecho Administrativo (de un lado) y el respecto a lo dispuesto por el Derecho Laboral (de otro lado) se ha alzado en un plano prioritario, convirtiéndose así en el gran protagonista de una realidad cada vez más “surrealista”, por así decir, en donde la balanza se ha inclinado, unas veces, a favor de la estabilidad en el empleo propia del Derecho Social mientras que, en otros, el conflicto se ha solventado aplicando los principios de “igualdad, mérito y capacidad” que son característicos del sector administrativo<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios público”...op.cit., pág.252.

<sup>65</sup> *In extenso*, VV.AA: *Reestructuración de las administraciones públicas: aspectos administrativos y laborales*, Federico A. Castillo Blanco, José Luis Monereo Pérez (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2015.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ VARELA, N: “Perspectiva de la colaboración público-privada en la Comunidad de Madrid”...op.cit., pág. 156.

<sup>67</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, L: “Prólogo”, en VV.AA: ORTEGA ÁLVAREZ, L (Dir) y CANTERO MARTÍNEZ, J (Coord), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Madrid, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2011, pág. 14.

<sup>68</sup> OLIAS DE LIMA GETE, B: “Cara y cruz de la externalización”, en VV.AA.: ORTEGA ÁLVAREZ, L (Dir) y CANTERO MARTÍNEZ, J (Coord), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Madrid, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2011, pág. 62.

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 12-10, noviembre de 2010, pág. 36.

La falta de una específica regulación estatutaria no ha hecho más que agravar la problemática existente, debiendo para ello recurrirse a las distintas interpretaciones judiciales (fundamentalmente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo) para solventar muchas de las cuestiones que se han suscitado.

Uno de los problemas que se plantean a la hora de analizar la sucesión de contratas y subcontratas en el sector público es el relativo a la aplicación o no de la Directiva comunitaria 2011/23/CE como garante de los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores cedidos. A este respecto, la sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2011, en el caso *Ivana Scattolon contra Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca* (asunto C-108/10) resulta muy esclarecedora. Y es que, continuando con una interpretación estricta de los supuestos que excluye la Directiva se señala que, en el supuesto de que se acogiera una justificación amplia de esta normativa –también para los empleados públicos– “... cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de la referida Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de una reorganización de personal. De esa forma, importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podrían quedar privadas de la protección que establece la Directiva”. Por lo tanto, el objeto del debate no es la naturaleza pública o privada de la relación de los trabajadores con la administración, sino el carácter de actividad económica cedida. Recordando a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2000, caso *Collino* (asunto C-343/98), el TJUE amplía el concepto de actividad económica a “cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”, incluyendo, a aquellas actividades económicas de servicios que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo<sup>70</sup>. Por lo tanto, cabe extender también a los empleados públicos los efectos que prevé la normativa legal sucesoria.

Cuando se trata de un trabajador contratado en fraude de ley, la jurisprudencia establece aquí un estatuto jurídico protector del trabajador afectado a fin de evitar los efectos perniciosos de la transmisión empresarial. En este contexto, el fraude de ley consiste en evitar la aplicación de la regla que impone la subrogación (artículo 44.1 ET) mediante la utilización de otra regla que formalmente da cobertura a la extinción o el despido (artículo 49.1 ET). El fraude de ley comprende un elemento intencional objetivable consistente en “perseguir un resultado prohibido” (expresión que utiliza el artículo 6.4 del Código Civil), con la finalidad de utilizar formulas irregulares de contratación, encadenamiento en la contratación o cesión ilegal de trabajadores. En este sentido, el fraude se concreta en el concierto entre la empresa cedente y la cesionaria para evitar el efecto sucesorio o subrogatorio a través de la extinción formalmente válida de contratos realizada antes de la transmisión.

A fin de aliviar esta mala praxis empresarial (tanto en el ámbito privado, como público) la jurisprudencia crea una figura híbrida a la que denomina “indefinido no fijo de plantilla”. No obstante, cabe señalar que se trata de una fórmula jurídica que no tiene la virtualidad de disuadir el uso fraudulenta en la contratación de trabajadores, pues le otorga una gran discrecionalidad a la Administración actuante al disponer de modo unilateral sobre las condiciones de trabajo y de extinción del vínculo jurídico-laboral: su

<sup>70</sup> CALVO GALLEG0, F.J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”... op.cit., págs. 224-226.

misma debilidad contractual comporta una mayor disciplina y adhesión a las decisiones adoptadas unilateralmente por la dirección administrativa<sup>71</sup>.

A este respecto, el artículo 44 del ET comporta, en principio el mantenimiento del estatuto regulador aplicable a los trabajadores, por lo que no cabría aquí justificar la extinción contractual debido al cambio en la titularidad empresarial. Sin embargo, la cuestión no es clara cuando la reversión de la gestión privada es asumida por la Administración Pública. De acuerdo con el artículo 44 del ET habría que mantener al trabajador en su condición de fijo, pero no se olvide que ello podría contravenir las reglas que constitucionalmente (a saber: igualdad, mérito y capacidad) se prevén para el acceso a la función pública. Lo que le lleva a la doctrina a realizar una interpretación conjunta de lo previsto por el Derecho interno (en concreto, el artículo 7 del Estatuto Básico del Empleado Público) y la normativa comunitaria (Directiva 2001/23/CE). De forma que la solución más coherente sería la de mantener las condiciones legales y convencionales que se venía aplicando por la empresa cedente o concesionaria<sup>72</sup>.

A buen ejemplo resulta relevante destacar, aunque sea escuetamente, la sentencia del TJUE de 20 de julio de 2017, Caso Luis Miguel Piscarreta Ricardo, en el asunto C-416/16<sup>73</sup>. Se trata de una sentencia importante en cuanto permite el TJUE otorgar continuidad a esa línea garantista en torno al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas<sup>74</sup>. En suma, en respuesta a las tres cuestiones prejudiciales que se plantean por el Tribunal Judicial da Comarca de Faro (Tribunal de Distrito de Faro, Portugal) el TJUE confirma que resulta aplicable la Directiva Comunitaria y ello aun cuando el cesionario sea un organismo de Derecho Público (empresa pública titular de un servicio público o ayuntamiento). Por lo tanto, salvo disposición específica en sentido contrario, esta Directiva sólo podrá aplicarse a los trabajadores cuyo contrato de trabajo o relación laboral esté en vigor en la fecha de la transmisión.

Pese a que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TJUE<sup>75</sup> y la normativa emanada de la Directiva Comunitaria (artículo 1.1 c) resultan la doctrina estudiada aplicable también a “las empresas públicas y privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro”, quedando únicamente excluidas “la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas”, lo cierto es que actualmente se han planteado ciertas dudas en cuanto al marco jurídico aplicable y el mantenimiento de los derechos laborales previstos para el personal laboral objeto de sucesión de empresas en el ámbito público. A este efecto, la Disposición Adicional vigésima sexta. Uno de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 preveía ciertas limitaciones que

<sup>71</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., pág. 29 en su versión digital.; ampliamente, sobre la ilicitud laboral en la transmisión de empresa, consúltese *Ibid.*, *Las relaciones laborales en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, *passim*.

<sup>72</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresas: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”... op.cit., pág. 30 en su versión digital.

<sup>73</sup> Caso Luis Manuel Piscarreta Ricardo contra Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación y otros (JUR 2017/200816).

<sup>74</sup> Ver la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2017, Caso Federatie Nederlandse Vakvereniging y Otros contra Statens energimyndighet (C-126/6). Se examina aquí un proceso de quiebra en el contexto de un pre-pack preparado con anterioridad a la declaración de quiebra y ejecutado inmediatamente después de ésta, en el marco del cual un «futuro síndico», nombrado por un tribunal. Por lo que se analiza la posibilidad de que un tercero prosiga, eventualmente, con las actividades de la empresa en quiebra y pueda así prepararse para celebrar ciertos actos jurídicos inmediatamente después de la declaración de quiebra a fin de lograr esta continuidad de las actividades. Se ahonda, en concreto, sobre el artículo 3.1 de la Directiva comunitaria de 2001 y, por tanto, en la determinación de los derechos y obligaciones que resultan para el cedente de un contrato o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión.

<sup>75</sup> Entre otras, cabe citar STJUE 26 de noviembre de 2015, C-509/14.

fueron objeto de fuertes críticas en el plano político<sup>76</sup> y doctrinal. Ciertamente, la LPGE para el año 2017 plantea dudas interpretativas ya que afirma que al personal incorporado al sector público en virtud de contratos extinguidos “por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos”, quedando, por tanto, afectados por “las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral”. Sin embargo en el año 2018 y olvidando el legislador la “vigencia indefinida” de la relevante disposición adicional 26<sup>a</sup> queda ahora ésta derogada con la nueva LPGE para el año 2018. De igual modo, recientemente el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional y, por ende, nulo parte de las disposiciones adicionales 26 (el apartado uno, a y b) y 34 (la mención del apartado dos al “personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva”). En estos preceptos se excluían de la consideración de “empleados públicos”, según marca el artículo 8 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)<sup>77</sup>, a los trabajadores mencionados que quedaban subrogados por la Administración Pública. Entiende aquí el Tribunal Constitucional que el Gobierno de Rajoy cometió un exceso al regular a través de las cuentas públicas unas cuestiones que requieren de otra herramienta legal, no la ley presupuestaria: “Las disposiciones no son inconstitucionales por su contenido sino por haber sido incluidas en una norma, la Ley de Presupuestos, que no era la adecuada”. Sin embargo, la duda interpretativa sigue aún planteándose pues ¿se les aplicarán a estos trabajadores subrogados y provenientes de una empresa privada la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, olvidando así las obligaciones que asume una Administración cuando procede a la remunicipalización de servicios en virtud de lo dispuesto en el art. 130.3 Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público? o ¿la Ley del Estatuto de los Trabajadores? Si no cabe esta última opción, parece claro que el legislador está excluyendo a los trabajadores incorporados a la Administración de la protección otorgada no sólo por la normativa laboral estatal, sino también por la Directiva 2001/23/CE.

Finalmente, la Ley 6/2018 de PGE ante la necesidad de adecuar la DA 26<sup>a</sup> de la LPGE 2017 a la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas, establece en su Disposición Adicional 42<sup>a</sup> la que parece ser la solución al problema<sup>78</sup> al permitir la continuidad de los contratos laborales mediante la convocatoria de un procedimiento selectivo (evitando así esperar a que recaiga un pronunciamiento judicial) cuando, en

<sup>76</sup> Véase las enmiendas números. 3648 y 3649 del grupo confederal de Unidos Podemos –En Comú Podem– En Marea, en donde se insiste en la idea de suprimir la DA 26<sup>a</sup> de la LPGE 2017, “pues suponía una limitación, posiblemente inconstitucional, a la contratación de personal laboral por parte de las Administraciones públicas, así como una invasión de competencias de la ley presupuestaria, que debería por tanto quedar sin vigor lo antes posible”. De igual modo, se dice que resulta “irrisorio” el intento de “tratar de exceptuar la obligatoria aplicación de la normativa laboral en el supuesto de cesión de empresas”. En la misma línea, la enmienda núm. 3076 del grupo socialista, propone igualmente la supresión de esta disposición argumentando “... precisamente las normas laborales en materia de sucesión de empresas, el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que además proceden de normativa europea y deben interpretarse integrándolas con la misma, en concreto, la Directiva 2001/23, y la aplicación de la citada Directiva es de obligado cumplimiento, como ha venido a recordar de manera reiterada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

<sup>77</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>78</sup> Disposición adicional cuadragésima tercera Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral: “Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades”.



los procesos de reversión, se den los elementos típicos de la transmisión de empresa. De acuerdo con esta idea, la nueva disposición adicional conduciría a alcanzar justo lo contrario de lo que parece perseguir puesto que la continuidad de los contratos de trabajo con el nuevo empresario laboral no se produciría en el marco del art. 8 EBEP, sino con plena sujeción a las reglas laborales, sin aplicar, por tanto, las escasas especialidades de los indefinidos no fijos. Aparte cabe decir que aunque la imposición de un límite selectivo pueda suponer ciertas garantías de objetividad, lo cierto es que en la práctica produce indefensión, ya que destruye empleo al dejar fuera de la sucesión empresarial a aquellos trabajadores que no superen el procedimiento selectivo. El hecho de no garantizar en sí la continuidad de las relaciones laborales de los trabajadores cedidos va en contra de lo previsto por la Directiva Comunitaria y la norma de transposición, pues no se olvide que en la mayoría de los casos los trabajadores de empresas desmaterializadas son ya fijos debido al fraude o anomía jurídica que en la contratación de los mismos se produce, por lo que en caso de despido surge aquí el derecho a la indemnización debiendo computar así la antigüedad en el puesto de trabajo.

Por su parte, una parte de la doctrina científica considera –que resulta problemática y en cierto sentido discutible– que la supresión de este apartado por la vigente LPGE para el año 2018 “... pasa por entender, que la indicada disposición adicional está pensando únicamente en las reversiones de contratos y concesiones que se refieren únicamente a la actividad, sin que concurren los requisitos esenciales de la transmisión de empresa...”<sup>79</sup>. En definitiva, y según este criterio interpretativo, la controvertida disposición adicional simplemente parece que persigue impedir los eventuales episodios de asunción voluntaria unilateral de mano de obra por parte de los entes públicos sin que estén obligados a ello. De conformidad con esta segunda aproximación, las exigencias de procedimiento establecidas en el apartado Dos de la Disp. Adic. 26<sup>a</sup> únicamente se proyectarían en estos casos y no, en cambio, en los de aplicación de las normas referentes a transmisión de empresa. Así entendida, tal disposición podría encajarse de forma armónica con el resto del ordenamiento, pues no sólo no entraría en conflicto con estas normas, sino que además se alinearía ésta con las previsiones de la Disp. Adic. 34<sup>a</sup> LGPE-2017 y con las establecidas en la normativa sobre contratación pública, tanto en el momento de su aprobación (supra) como con posterioridad (infra). “De hecho, esta es la solución que se desprende del Proyecto de Ley de Presupuestos para 2018.... De aprobarse en su redacción actual, inclinaría claramente la balanza a favor de ella puesto que desaparecería la referencia a la sucesión de empresa del apartado Uno de la Disp. Adic. 26<sup>a</sup> Ley 3/2017, confirmándose con ello que solo se refiere a reversión de servicios en los que no se reconozca su existencia”<sup>80</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

En el actual contexto socio-económico proliferan nuevos modelos de organización empresarial más flexibles, en los que la reorganización productiva sobrevenida y los procesos de reestructuración y gestión indirecta se encuentran al orden del día. Se trata de un proceso complejo en el que se tratan de conjugar dos realidades, aún mismo tiempo,

<sup>79</sup> GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup> y NORES, L.E: “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, *Revista Trabajo y Derecho* 43-44, julio-agosto de 2017.

<sup>80</sup> GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup> y NORES, L.E: “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, *Revista Trabajo y Derecho* 43-44, julio-agosto de 2017.

por un lado, el modelo clásico e industrial de relaciones laborales con el moderno basado en el sector servicios y, de otro, lo dispuesto normativamente por el colectivo comunitario con el régimen jurídico-general y especial recogido por la legislación nacional interna de cada uno de los Estados miembros. Este último hecho, así como la existencia de una deficiente y escasa regulación en la material ha llevado a plantear la adaptación e interpretación de la Directiva 2001/23/CE. Todo ello a fin de garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores y, por ende, la continuidad de sus relaciones laborales en los procesos de transmisión de empresa, pues el equilibrio entre ambos sujetos de la relación laboral constituye el objetivo prioritario de la Directiva comunitaria.

La búsqueda creciente por una autonomía organizativa y funcional de las relaciones laborales ha determinado una fragmentación de la organización empresarial, lo cual ha originado la aparición, primero del modelo de descentralizaciones productivas y, segundo, del fomento de las relaciones empresariales de cooperación a través de contratas y subcontratas. En otras palabras, lo que al principio era una simple transmisión del modelo clásico de empresa industrial ha revertido en una complejidad de supuestos que ha dificultado su estructura, así como la actividad empresarial.

Una de las trabas mayores que se pueden encontrar a la hora de adaptación y orientación del modelo de transmisión empresarial que recoge el artículo 44 del ET es, sin lugar a dudas, el de su flexibilización y, por tanto, tendencia hacia al vaciamiento de supuestos (lo cual afecta de lleno negativamente a los derechos de los trabajadores) que recoge el hecho normativo. Ello conduce, ciertamente, hacia la desprotección de los trabajadores implicados. Corresponde, en este punto, a la jurisprudencia completar aquellos vacíos en torno a conceptos como: empresa, centro de trabajo o centro de actividad, grupo de empresas, redes empresariales, tipo de empresa (materializada o desmaterializada), entidad económica, identidad funcional, mano de obra...etcétera.

Los abundantes pronunciamientos de los Tribunales (europeos y nacionales) en este ámbito son muestra evidente de la lucha que, desde tiempo atrás, se está produciendo entre dos formas radicalmente distintas de entender cómo debe ser la regulación normativa de las relaciones de trabajo y, lógicamente, qué papel debe jugar al respecto el Derecho del Trabajo en relación con la Directiva comunitaria. Se trata de una lucha intensa en donde reinan los constantes vaivenes e incluso contradicciones por parte de los tribunales nacionales con respecto a lo dispuesto en la normativa comunitaria, así como su interpretación por el TJUE.

Por otra parte, cabe destacar el poco protagonismo que los negociadores colectivos están teniendo en los procesos de modificación subjetiva operada por vía convencional a pesar del último pronunciamiento del TJUE en el año 2018. Y es que, no se olvide que el objetivo principal del convenio colectivo es, precisamente, mejorar lo dispuesto por la normativa. Sin embargo, en contra de todo pronóstico, el convenio colectivo se remite en la mayoría de los casos a lo dispuesto por la ley o rebaja considerablemente el contenido de los derechos de los trabajadores cedidos para así aminorar las garantías o el coste, descuidando el fomento de la continuidad de las relaciones laborales con plenitud de garantías sociales.

*A sensu contrario*, la sucesión legal se ha impuesto como criterio preferente, lo que lleva a plantear numerosos conflictos jurídicos ante la falta en la práctica de mantenimiento de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores en muchos supuestos, sobre todo los que afectan al cambio de titularidad de empresas desmaterializadas. El artículo 44 del ET debe ser objeto de una interpretación finalista, evolutiva y dinámica,

para garantizar que el cambio de titularidad de la empresas, centro de actividad o de unidad productiva de la empresa tenga un efecto lo más neutro posible a fin de facilitar efectivamente la continuidad de las relaciones de trabajo, el respecto de los derechos colectivos/sindicales y la garantía de satisfacción de los créditos laborales y de Seguridad Social.

A pesar de todo ello, cabe apreciar una evolución favorable, dentro de esa línea garantista en torno al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas o cambios de titularidad en el ejercicio de actividades o servicios (materializados o desmaterializados), como es el caso de cierta dirección jurisprudencial que mantiene el TJUE en el Caso Somoza Hermo o en los procesos de reversión de la gestión indirecta de los servicios públicos (Caso Luis Miguel Piscarreta Ricardo). En efecto, deberá en todo momento aplicarse lo previsto por la ley del ET y los convenios colectivos (vasos comunicantes) para así cumplir con las garantías que establece la Directiva Comunitaria. De forma que la norma de transposición (art. 44 ET) se aplicará en su integridad, debiendo así declarar nulos los convenios colectivos que no respeten la garantía de la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario. No obstante, se aprecia de nuevo la falta de una regulación normativa laboral y jurisprudencial más coherente y clarificadora en este ámbito específico. A este respecto, cabe criticar la falta de especificación del concepto de “parte esencial, en términos de número y competencias” que enuncia el TJUE en el Caso Somoza Hermo. Ello únicamente conduce a que se puedan realizar interpretaciones restrictivas y limitativas, por parte de los órganos nacionales, las cuales resulten ser poco garantistas con los derechos laborales de los trabajadores implicados en los procesos de sucesión empresarial de actividades desmaterializadas. En este sentido, el Tribunal Supremo –en su sentencia de 27 de septiembre de 2018– enumera una serie de requisitos a tener en cuenta en consideración de un posible “juicio de ponderación” que, si bien, pueden inducir a una perversa confusión y desnaturalización, en esencia, de las garantías que mantienen el concepto de “entidad económica” e identidad de la actividad empresarial con posterioridad a la sucesión.

# **LA SUBROGACIÓN DE CONTRATAS PREVISTA EN CONVENIO COLECTIVO**

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO  
*Profesor Titular de Universidad  
Universidad Pablo de Olavide*

## **SUMARIO:**

- 1. LA SUBROGACIÓN DE LA CONTRATA ENTRANTE VÍA CONVENIO COLECTIVO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO**
- 2. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA SOMOZA HERMO EN ESPAÑA**
- 3. LA CONVENIENCIA DE UNA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA CONCILIADORA**

## RESEÑA:

La doctrina científica y judicial en materia de transmisión de contratas ha mostrado tradicionalmente un considerable grado de acuerdo en torno a la inaplicación de los efectos previstos en el artículo 44 ET en los supuestos de sucesión convencional de contratas. La más reciente jurisprudencia europea considera aplicable la Directiva sobre transmisión de empresas en un supuesto de cambio de contrata de seguridad, en el que la subrogación de la entrante se produce por aplicación del artículo 14 del convenio. La aplicación de esta doctrina que, de alguna manera, convierte la ampliación convencional del supuesto de hecho previsto en el art. 44 ET en causa que determina la subrogación legal puede suponer un obstáculo notable para la continuidad de este tipo de cláusulas convencionales. La dificultad que conlleva la operación de reconducir la situación desde el ámbito judicial aconseja la urgente intervención del legislador estatal. En este sentido, se reflexiona sobre posibles propuestas de reforma legal.

Rafael Gómez Gordillo  
*Profesor Titular de Universidad*  
*Universidad Pablo de Olavide*

## 1. LA SUBROGACIÓN DE CONTRATAS PREVISTA EN EL CONVENIO COLECTIVO

### 1.1. La subrogación de la contrata entrante vía convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo.

En términos cuantitativos, si convenimos que la litigiosidad en torno a un instituto jurídico puede considerarse un parámetro para evaluar la suficiencia y adecuación del marco normativo vigente, no cabe duda de que la respuesta que el legislador laboral español ofrece ante el fenómeno de la transmisión de empresa dista bastante de garantizar la satisfacción mínima exigible. La Directiva sobre transmisión de empresas persigue mantener los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, mediante la técnica de garantizar que los derechos y obligaciones, que resulten para el cedente de un contrato de trabajo vigente en la fecha del traspaso, sean transferidos al cesionario como consecuencia de la transmisión (art. 3.1 Directiva 2001/23)<sup>1</sup>.

En un primer término, la cuestión no parece ofrecer una gran dificultad, la actividad legislativa se concreta en obligar a quien adquiere una empresa a hacerse cargo también de las relaciones laborales que se desarrollan en su seno, en los mismos términos y condiciones en los que se vienen desarrollando. En términos de política del derecho, la norma persigue garantizar la pervivencia de las relaciones de trabajo, ante operaciones empresariales relativamente frecuentes que no han de alterar en lo sustancial la evolución de la actividad de la empresa, y de las relaciones laborales que se desarrollan en su seno. El principio de *favor negotii*, o de mantenimiento del negocio que inspira la norma comunitaria, permite que la novación subjetiva en la persona del empresario tenga un

---

<sup>1</sup> Directiva 2001/23 CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, DOCE de 22 de marzo de 2001 (DOUE-L-2001-8064).

efecto neutro sobre los contratos de trabajo. Esta neutralidad se manifiesta, entre otras cuestiones, en un doble sentido: la continuidad de las relaciones de trabajo, pues el cambio de empresario no es causa de extinción del contrato de trabajo (art. 4.1 Directiva 2001/23); la continuidad de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo, que tampoco se ven alteradas por dicha causa (art. 3.3 Directiva 2001/23).

La aparente simplicidad del fenómeno quiebra cuando se acomete la operación de definir jurídicamente los elementos que determinan el supuesto de hecho sobre el que se proyecta la norma: la transmisión de una empresa o de una parte de ella. En definitiva, en la medida en que puede transmitirse una empresa en su conjunto o por partes, centros de trabajo o actividades empresariales, la norma resulta aplicable siempre que lo transmitido tenga la naturaleza de entidad económica que mantiene su identidad (art. 1.1.b Directiva 2001/23). Desde otra perspectiva, podría afirmarse que el efecto sucesorio se produce únicamente sobre estructuras empresariales activas, que conservan una cierta vitalidad y autonomía tras su segregación y, por este motivo, la norma exige que lo transmitido constituya “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio” (art. 1.1.b Directiva 2001/23): por el contrario, no se considera aplicable la Directiva cuando se transmiten bienes materiales o medios de producción no dotados del elemento organizacional, carentes de aliento y autonomía.

En este punto, la Directiva 2001/23 se transforma en una de las normas más conflictivas en el ordenamiento laboral español, a lomos de la generalización de los procesos de descentralización productiva que, en la mayoría de los supuestos, consisten en el traspaso entre dos personas jurídicas de una actividad empresarial. De manera apriorística, la Directiva 2001/23 no se pronuncia sobre la aplicabilidad de la misma a los procesos de descentralización productiva materializados mediante contratos de obras y servicios, pues bajo este concepto pueden englobarse negocios jurídicos con distintos efectos laborales. Por consiguiente, la norma será aplicable cuando el cambio de contrata presente los rasgos establecidos en el art. 1.1.b. Si lo transmitido es un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica, nos encontraremos bajo la disciplina subrogatoria; en caso contrario no.

## **1.2. Inaplicación del régimen de responsabilidades previsto en el art. 44 ET.**

Como es conocido, el art. 44 ET desempeña el papel de norma de transposición de la Directiva 2001/23 al ordenamiento español. Doctrina y jurisprudencia de manera tradicional han defendido la tesis de que en la mayoría de los supuestos los cambios de contrata o de concesiones administrativas no constituyen supuestos de transmisión de empresas, en los términos establecidos por la norma legal<sup>2</sup>.

El origen de la doctrina en la materia es obviamente previo al año 2001 y, por lo tanto, arrastra una tradición normativa no en todo punto coincidente con la lógica que ampara a la regulación contenida en la Directiva 2001/23. De manera resumida<sup>3</sup>, la evolución de la línea doctrinal mayoritaria en la materia se asemeja a un viaje de ida y vuelta, si bien el punto de retorno no coincide exactamente con el de salida. En un primer momento, hasta mediados de los años ochenta, la doctrina jurisprudencial mayoritaria defiende

<sup>2</sup> De la Puebla Pinilla, Ana: “Subrogación Convencional y Sucesión Legal de Empresas”, Revista Galega de Dereito Social, nº 2/2016, p. 80.

<sup>3</sup> Para una amplia descripción de la evolución de la doctrina jurisprudencial en la materia, véase Calvo Gallego, Francisco Javier: “Transmisión de empresas, sucesión de contrata y sector público”, Temas Laborales, nº 114/2012, pp. 208 y ss; y Desdentado Bonete, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº38/2002, p. 241 y ss.

la aplicación de la normativa subrogatoria vigente a los supuestos de sucesión entre de contratas<sup>4</sup>. En opinión del Tribunal, el ET tiene la finalidad de reforzar el principio de la estabilidad en el trabajo, por lo que si las trabajadoras fueron contratadas por la contrata saliente para prestar un concreto servicio, el de comedores de una empresa en aquel caso durante un periodo ininterrumpido de cuatro años, se crea un vínculo jurídico permanente y sucesivo, que obliga “a la nueva concesionaria a respetar los contratos del personal que ha venido trabajando sin interrupción para la actividad de la que se hace cargo el sucesivo concesionario”.

Razona la sentencia que el cambio de contratista, cuando presupone la continuidad de un trabajo de la misma naturaleza y para la misma empresa, no extingue la relación laboral preexistente, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. La aplicación del art. 44 ET no se condiciona a la transmisión de elementos patrimoniales ni personales; por el contrario, la sucesión se produce a partir de la transmisión de una actividad económica entre dos empresas, lo que determina la obligación de mantener los contratos de trabajo preexistentes<sup>5</sup>. La tesis originaria se caracteriza por su marcado carácter garantista, que vincula la continuidad de los contratos a la continuidad de la actividad empresarial en sí misma.

La cuestión mereció la excepcional atención del Tribunal Constitucional, que de manera indirecta contribuyó a consolidar el cambio de doctrina que se estaba produciendo en la materia<sup>6</sup>. En concreto, el TC avala el giro jurisprudencial para considerar inaplicable la norma sobre transmisión de empresa curiosamente en otro supuesto de cambio de contratista de un comedor de empresa. Conforme a esta tesis, el cambio de contrata no constituye una sucesión o cambio de titularidad de empresas, porque tanto la contrata entrante como la saliente son empresas independientes, con personalidad jurídica propia, entre las que no existen relaciones jurídicas de ningún tipo. La consolidación de esta tendencia excluyente se produce con la introducción de la doctrina patrimonialista, que condiciona la aplicación del art. 44 ET a la existencia de una transmisión de elementos patrimoniales. Nótese la evolución de la doctrina jurisprudencial coincide con la generalización del fenómeno descentralizador, que ha permitido un importante proceso de especialización empresarial en las actividades de prestación de todo tipo de servicios para empresas<sup>7</sup>.

Sea como fuere, durante más de veinte años, nuestros tribunales han venido rechazando la aplicación del art. 44 ET a los procesos de cambio de contrata, salvo en los supuestos poco frecuentes en los que el cesionario recibe la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. La tendencia se inicia en la década de los años

<sup>4</sup> Por todas, STS de 27 de octubre de 1983 (RJ 5161).

<sup>5</sup> Para una crítica de esta interpretación, véase González Biedma, Eduardo: “El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo”, MTSS, 1989, p. 114 y ss. Por el contrario, a favor de la inclusión del precepto legal a los cambios de contratas, Monereo Pérez, José Luis: “Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa”, MTSS, 1987, p. 401.

<sup>6</sup> STC nº 66/1987 de 21 de mayo. El Tribunal Constitucional analiza el cambio de doctrina jurisprudencial que se produce en el seno del TCT, quien falla en sentido contradictorio en supuestos de cambio de contrata de comedores en dos sentencias, STCT de 26 de febrero de 1980 y de 15 de octubre de 1985.

<sup>7</sup> Entre otras, SSTs de 5 de abril de 1993, de 23 de febrero de 1994, 9 de febrero de 1995, de 12 de marzo de 1996, 6 de febrero de 1997, de 22 de abril de 1997, de 17 de junio de 1997, de 27 de diciembre de 1997, de 9 de febrero de 1998, de 31 de marzo de 1998, de 29 de abril de 1998, de 8 de junio de 1998, de 3 de octubre de 1998, de 30 de septiembre de 1999, de 12 abril 2000. En concreto, la STS de 22 de enero de 1990 afirmaba “a tenor de reiterada doctrina de esta Sala se señala que «constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión de la titularidad, entendiéndose por tal concepto traslativo no sólo el cambio de la titularidad nominativa de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, sino también la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación”.

noventa con sucesivas sentencias que, entre otros supuestos, abordan el cambio de contrata de limpieza de edificios y locales. En estos pronunciamientos el Tribunal distingue tres supuestos de transmisión en el art. 44.1 ET: “la de la empresa en su conjunto, la de un centro de trabajo de la misma y la de una unidad, que sin tener la condición de centro de trabajo, sea susceptible de integrar un conjunto productivo dotado de autonomía”.

En el caso analizado, la sentencia niega la naturaleza de unidad productiva autónoma de lo transmitido, si bien acepta la posibilidad de que bajo ciertas circunstancias la sucesión en las contrataciones puede dar lugar a supuestos comprendidos en el artículo 44 ET. De manera gráfica, el Tribunal señala que en el caso enjuiciado no se transmite “un conjunto de elementos patrimoniales de la empresa que como unidad organizada pueda servir de soporte a una actividad independiente, sino que, por el contrario, la cesión se limita únicamente a unos contratos de trabajo que pertenecen a la plantilla normal de la empresa y que no sólo carecen de cualquier sustantividad como sustrato productivo de una actividad autónoma, sino que, incluso, desde el momento inicial de la pretendida transmisión aparecen funcionalmente ligados a la continuación de la actividad en la misma empresa”.

Progresivamente, la transmisión de la infraestructura y organización empresarial básica se convierte en requisito esencial para la sucesión de contrataciones, circunstancia que impulsa a las organizaciones representativas de los trabajadores en los sectores en las que esta posibilidad resulta infrecuente a introducir en los convenios colectivos sectoriales cláusulas de subrogación, con el objetivo de garantizar de manera subsidiaria cierta estabilidad en el empleo al creciente número de trabajadores del sector de servicios para empresas.

Las reglas del juego comienzan a sufrir algunos cambios a partir de las sucesivas intervenciones del TJUE, en particular, sobre los sectores en los que los activos materiales de la actividad empresarial objeto de traspaso poseen un escaso o nulo valor económico. La doctrina ha coincidido en denominar a este tipo de actividades con el calificativo de “desmaterializadas” para referirse a sectores muy afectados por el proceso de descentralización como es el caso de la limpieza de edificios y locales, el mantenimiento de jardines, el mantenimiento eléctrico, la seguridad y vigilancia privada, entre otros muchos<sup>8</sup>.

El tribunal europeo ha alumbrado el desarrollo de una doctrina que progresivamente se ha ido aproximando a la posibilidad de aplicar la Directiva 2001/23 a los supuestos de transmisión de actividad, si bien no de manera generalizada pues aquella posibilidad se encuentra bastante condicionada. Ya a principios de siglo, la STJUE de 24 de enero 2002, asunto Temco, revitaliza en debate en torno a la tesis de la transmisión de actividad para los sectores desmaterializados, condicionando dicha posibilidad a que la contrata entrante asuma una parte relevante de la plantilla del anterior. En aplicación de esta doctrina, en los sectores en los que la actividad empresarial objeto de traspaso descansa fundamentalmente en la mano de obra, “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera un actividad común puede constituir una entidad económica” a los efectos de la aplicación de la Directiva. Por el contrario, en los cambios de contrata en los que el

<sup>8</sup>Entre otras, Sentencia de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002, Temco, Asunto C-51/00; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güneý-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, asunto C-151/09.



valor económico de los activos de la actividad empresarial que cambia de titularidad controvertida sea considerado relevante, se mantiene la doctrina tradicional sin variación alguna, por lo que debe interpretarse que la Directiva 23/2001 apuesta por el criterio de empresa como organización y, por consiguiente, se rechaza a estos efectos el concepto empresa como actividad<sup>9</sup>.

Los tribunales españoles han ido asumiendo, con bastante resistencia y falta de homogeneidad, las tesis sobre sucesión de plantilla que se desprenden de la doctrina Temco. Los esfuerzos por mantener la lógica interpretativa tradicional han condicionado la recepción de la doctrina europea, retrasando la posibilidad de incardinar la sucesión de contratas desmaterializadas en el supuesto de hecho del artículo 44 ET<sup>10</sup>. Superada las iniciales resistencias, la doctrina Temco ha sido objeto de seguimiento por los tribunales españoles en números supuestos de contratas, siempre condicionada a la asunción por el contratista entrante de una parte sustancial de la plantilla que venía prestando servicios con el contratista saliente.

En concreto, sin desdecirse de su doctrina anterior<sup>11</sup>, el TS mantiene durante años la exigencia de que se transmita al cesionario los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. El viraje jurisprudencial se justifica en los cambios normativos que afectan al art. 44 ET, para adaptarse a lo que a juicio del Tribunal constituye una ampliación del supuesto de hecho legal. La doctrina contenida en estas sentencias, por lo que aquí interesa, puede resumirse en los siguientes aspectos. El objeto de la transmisión “no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial” reduciéndose “en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia” “a su mínima expresión”, en tanto en cuanto “la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra”, de manera que “un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción”.

Por el contrario, cuando la actividad empresarial exige instalaciones o medios de producción relevantes, si no son también transmitidos, el art. 44 ET no resulta aplicable, por más que el empleador asuma una parte relevante de la plantilla. Sobre esta base se ha construido la teoría denominada de la sucesión en la plantilla, que como veremos seguidamente no ha servido para resolver de manera definitiva los problemas derivados de la sucesión de contrata.

Como se ha dicho más arriba, ni la jurisprudencia comunitaria ni la española aceptan en toda su extensión la tesis de la transmisión de una actividad. En la práctica, se mantiene la tesis patrimonialista, lo que sucede es que en ambas instancias judiciales se entiende incorrecto exigir que se transmitan unas instalaciones o unos medios de producción que simplemente no existen o, en la mayoría de los casos, poseen en términos económicos un valor marginal o despreciable. Superada esta fase, la litigiosidad se ha trasladado a la determinación de las actividades que pueden encuadrarse en el grupo de las

---

<sup>9</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma. *Iuslabor*, nº 1, 2017, p. 12.

<sup>10</sup> Entre otras, SSTS de 23 de julio de 2003, de 27 de octubre 2004 (rec. 899/2002) y de 20 de octubre 2004 (rec. 4424/2003).

<sup>11</sup> Entre otras, SSTS de 28 de abril de 2009 (rec. 4614/2007) y de 7 de diciembre de 2011 (rec. 4665/2010), con citas de abundantes precedentes tanto de la jurisprudencia comunitaria como de nuestra jurisprudencia.

desmaterializadas y, por ello, el cambio de empresa contratista que asume la realización de dichos servicios ha de ser ordenado conforme al art. 44 ET<sup>12</sup>.

### 1.3. Las condiciones de aplicación de la subrogación vía convenio colectivo

Los requisitos exigidos por la tesis patrimonialista, aunque con toda seguridad esa no era la intención de quienes participaron en su elaboración, ponen en manos de las empleadoras la posibilidad de que exista a efectos legales una sucesión empresarial, quedando con ello a la voluntad empresarial el mantenimiento de los contratos de trabajo. Como reacción a esta realidad, la práctica convencional ha desarrollado y reiterado en los convenios de los sectores productivos en los que resulta más típica esta práctica un marco convencional que pretende garantizar, y en buena medida lo ha venido haciendo, la continuidad de los contratos afectados por un proceso de cambio de contrata.

La exclusión de la sucesión en los supuestos de contratas, con la excepción a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, deja en manos de los negociadores del convenio colectivo la posibilidad de establecer un régimen jurídico subrogatorio alternativo. La disponibilidad del contenido del art. 44 ET afecta tanto a los elementos que definen el supuesto de hecho, como a los efectos que se derivan de la aplicación de la cláusula. Por consiguiente, en la medida en que la subrogación no se produce *ope legis*, los efectos que se deriven tampoco pueden contar con eficacia normativa que a aquéllas se les atribuye. En este sentido, nuestra jurisprudencia recuerda que si la subrogación se produce en virtud de un acuerdo privado entre empleadoras, con la aquiescencia de los representantes de los trabajadores, la novación del contrato de trabajo por cambio de empleador no podrá producirse sin contar con el consentimiento del trabajador, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1205 del Código Civil<sup>13</sup>. Por el contrario, habida cuenta de la eficacia reconocida a los convenios colectivos, el consentimiento del trabajador no resulta condición para que la novación subjetiva produzca los efectos previstos en el Convenio.

Dicho lo anterior, y en segundo lugar, la doctrina judicial defiende que cuando la subrogación se produce por aplicación de lo dispuesto en un convenio colectivo, esta opera con los requisitos y límites que fija la norma convencional<sup>14</sup>. De esta manera, cuando el convenio colectivo sirve como instrumento para garantizar la continuidad en el empleo en el caso de sucesión entre contratistas en las que no se produce el fenómeno de la transmisión previsto en el artículo 44 ET, las cláusulas subrogatorias son plenamente válidas, pues nada se opone a que la autonomía colectiva establezca mecanismos que persiguen garantizar la continuidad de las relaciones laborales afectas a la prestación de un determinado servicio que tras la sucesión ha de seguir siendo prestado. Ahora bien, la mejora operada vía negociación colectiva ha de ser aplicada en los estrictos términos en los que ha sido acordada por los negociadores.

La doctrina jurisprudencial justifica este resultado, en la necesidad de aplicar previsiones legales de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) y en el respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. “La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes, como aquí se ha hecho. Son los propios agentes sociales quienes, concedores de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido

<sup>12</sup> Una amplia exposición sobre las distintas actividades sometidas a escrutinio del Tribunal Supremo puede verse en Beltrán de Heredia, Ignacio: op. cit., p. 20.

<sup>13</sup> STS 29 de febrero 2000 (rec. 4949/1998).

<sup>14</sup> STS de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014) y jurisprudencia allí citada.

una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado). La tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones sino el ajuste a las normas de Derecho necesario y en tal empeño consideramos que la sentencia de instancia alberga doctrina acertada.<sup>15</sup>

Pero la asunción de la doctrina de la sucesión en la plantilla, planteaba una nueva cuestión, en torno a la voluntariedad de la actuación del contratista entrante. En concreto, resultaba preciso dilucidar si una subrogación que se produce por aplicación de lo previsto en el convenio colectivo puede determinar la existencia de una subrogación legal, una vez que el contratista entrante se hace cargo de la plantilla de la contrata saliente. La doctrina tradicional ha venido negando esta posibilidad sobre la base de una serie de argumentos que pueden sintetizarse en los siguientes. En primer lugar, se aduce una interpretación sistemática y coordinada de la Directiva comunitaria y el art. 44 ET y se advierte que la solidaridad se justifica en la asunción por el nuevo empresario del patrimonio del anterior. En segunda lugar, se llama la atención sobre los efectos indeseables y contrarios al objetivo de la norma, la estabilidad en el empleo, que produciría la aplicación del art. 44 ET en estos supuestos, sobre las mesas de negociación de los convenios colectivos. En tercer lugar, se afirma que la jurisprudencia europea no se opone a tal conclusión pues esta “se refiere a los efectos derivados directamente de la Directiva y, obviamente, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET, pues el Convenio Colectivo cuando impone la subrogación obligatoria lo hace en un caso en que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir en las previsiones de la Directiva o del artículo 44 ET. Por ello, la norma convencional, al establecer su propia cláusula subrogatoria, introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la Directiva, manteniendo plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. Y es que la relación entre el artículo 44 ET y el artículo 14 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación”.

De esta manera, se establece una separación, algo artificial en mi opinión, entre supuestos sucesorios, de manera que Ley y Convenio operarían sobre realidades aisladas, de manera que las decisiones adoptadas en aplicación del Convenio no pueden servir en ningún caso para colocar el supuesto bajo el ámbito de la norma legal. Como puede advertirse, el estado de la cuestión quedaba lejos de ser satisfactorio, pues el crecimiento de la práctica de la descentralización ha continuado generando litigios en torno a la naturaleza material o inmaterial de las actividades objeto de contrata, al ámbito de aplicación de los convenios colectivos, o a las responsabilidades por incumplimiento o cumplimiento parcial de los requisitos establecidos en el convenio colectivo.

De otro lado, la recepción de la doctrina Temco ha producido también la resistencia de las organizaciones empresariales a negociar cláusulas subrogatorias en actividades típicamente desmaterializadas. Por último, la aparición de las empresas multiservicios, y la aplicación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, ha contribuido a dificultar la aplicación de los convenios colectivos sectoriales. Es por ello que la protección ofrecida por las normas convencionales plantea importantes problemas de eficacia, muy lejos de la que en principio supone la contenida en la norma legal. En este contexto, aparece la STJUE de 11 de julio de 2018, asunto Somoza Hermo, que ha vuelto

---

<sup>15</sup> STS de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014).

a traer al primer plano de la actualidad la cuestión de la sucesión de contratatas prevista en convenio colectivo<sup>16</sup>.

## 2. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA SOMOZA HERMO EN ESPAÑA.

### 2.1. Origen del conflicto y pronunciamiento del TJUE.

La decisión del tribunal europeo ha sido calificada como disruptiva, y naturalmente contraria al gusto de la mayoría de los componentes de la Sala Social del TS<sup>17</sup>. Se observa igualmente cómo las salas de suplicación insisten en la táctica de acudir al TJUE para eludir la doctrina del TS.

En esta ocasión, el tribunal europeo se pronuncia a petición del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el contexto de un litigio entre el Sr. Ángel Somoza e Ilunión Seguridad, S.A., por una parte, y Esabe Vigilancia, S.A., y el Fondo de Garantía Salarial, por otra. El Sr. Somoza fue inicialmente contratado como vigilante por la empresa que obtuvo una primera licitación de las tareas de seguridad de un conocido museo; con posterioridad, una segunda empresa obtiene la adjudicación del servicio tras un nuevo proceso de licitación, sin solución de continuidad esta persona mantiene su relación de trabajo. Se da la circunstancia que en el momento de la transmisión la empresa cedente mantenía deudas por salarios y prestaciones complementarias de seguridad social con el trabajador, por lo que una vez consumada la transmisión el Sr. Somoza reclama judicialmente las cantidades pendientes a ambas empresas.

Dicha reclamación es parcialmente estimada en la instancia, con condena solidaria a las dos empresas. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la última adjudicataria, para quien la transmisión no se produce por aplicación del precepto estatutario sino por mandato de lo establecido en el art. 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada. Dicho precepto, que impone la subrogación del personal afecto a la contrata, exime a la empresa entrante de toda responsabilidad por impago de las obligaciones salariales contraídas con la empresa saliente y, por tanto, con anterioridad al momento de la transmisión. Recurre también el Sr. Somoza en relación con las solicitudes de pago de las diferencias salariales que no habían sido estimadas.

La polémica doctrinal a la que se ha hecho referencia en los apartados precedentes, se refleja en la cuestión prejudicial que presenta el TSJ de Galicia, que en términos literales pregunta al alto tribunal europeo:

“1) ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla

<sup>16</sup>Para un comentario sobre la sentencia y su recepción por el Tribunal Supremo, véase Rojo Torrecilla, Eduardo: “La aplicación de la jurisprudencia del TJUE por el TS en supuesto de sucesión de empresa según convenio colectivo, con responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. Notas a la importante sentencia de 27 de septiembre de 2018” en Beltrán de Heredia, Ignacio: Sucesión de plantilla ‘ex’ convenio colectivo: el TS se alinea con la doctrina “Somoza Hermo” (¿con matices?)

<sup>17</sup>Molina Navarrete, Cristóbal: “En la antesala de una nueva «histeria reformadora»: crónicas y críticas de las novedades sociolaborales por imperativo europeo”, Revista CEF, nº 428/2018, p 28.

destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de las empresas de seguridad?.

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la Directiva 2001/23, que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?”.

El TJUE tras pasar revista a la normativa europea y estatal aplicable, en concreto los arts. 1.1, a) y b), 3 y 8 de la Directiva 2001/23, art. 44 ET y art. 14 del convenio colectivo de empresas de vigilancia y seguridad, y su abundante doctrina en materia de transmisión de empresa, concluye que el art. 1 de la Directiva es aplicable en el supuesto sometido a su juicio. Según establece la sentencia, la Directiva debe ser aplicada con flexibilidad, al objeto de responder a los fines que persigue la norma: “proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de empresa”. A tal fin no es necesario que exista vínculo contractual entre la empresa cesionaria y la empresa cedente a las que la Administración concede sucesivamente el servicio, mediante la materialización de los procedimientos administrativos previstos en las normas correspondientes. En segundo lugar, el TJUE recuerda que en actividades que residen fundamentalmente en la mano de obra no es preciso que la transmisión afecte a elementos materiales, y considera que la actividad de vigilancia de un museo forma parte de este tipo de actividades:

“De este modo, una actividad de vigilancia de un museo, como la que es objeto del litigio principal, que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate (véase, por analogía, la sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C 463/09, EU:C:2011:24, apartado 39).”

En tercer lugar, el Tribunal no considera relevante el hecho de que la asunción de una parte esencial de la plantilla por la empresa entrante derive de una obligación impuesta por el Convenio Colectivo. En opinión del Tribunal este hecho no altera en ninguna medida la naturaleza de la transmisión, pues tanto si la asunción de la plantilla se produce por acto de liberalidad del empresario entrante, como si se produce por cumplimiento de una obligación establecida en el convenio colectivo, lo transmitido en ambos casos constituye una entidad económica y, por tanto, sitúa el supuesto dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

## 2.2. Cuando el cumplimiento del convenio determina la aplicación imperativa de la Ley.

Conforme a la doctrina Somoza Hermo, la asunción por la contrata entrante de las relaciones laborales vigentes a la finalización de la contrata saliente en cumplimiento de lo dispuesto por el convenio se erige a su vez en efecto y causa del fenómeno subrogatorio. Se trata de una paradójica petición de principio de origen jurisprudencial. De esta manera, cuando los negociadores conciertan la introducción de una cláusula de este tipo, estarían aceptando indirectamente la aplicación de una norma, el art. 44 ET, que en principio no le es aplicable, al tiempo que aceptan que las condiciones acordadas, en la medida que se separen de lo establecido en dicho precepto, se tendrán por no puestas. Dicho en otros términos, cuando en aplicación de un convenio colectivo que ordena actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra, un empleador cumple con la obligación de subrogarse en la mayoría de los contratos, procede también a generar los elementos que delimitan el supuesto de hecho establecido en el art. 44 ET, lo que determina de paso la inaplicación del Convenio en todo lo que se separe de la letra del precepto.

Por su parte, la STS 27 de septiembre 2018 (rec. 2747/2016), ha confirmado recientemente la sujeción de la doctrina jurisprudencial española al nuevo criterio establecido por el tribunal europeo en el caso Somoza Hermo. En términos prácticos, la sentencia avala que, en las actividades desmaterializadas, la sucesión de plantilla prevista en convenio colectivo quedará sometida al contenido del art. 44 ET, siempre que el empleador entrante haya asumido una parte esencial de la plantilla de la anterior, en términos cuantitativos y/o cualitativos. De esta manera, una vez que el convenio cumple el papel de obligar al empresario entrante a subrogarse en los contratos, la cláusula subrogatoria deja de proyectar efectos, ocupando su lugar las previsiones contenidas en el art. 44 ET. Desde otra perspectiva, los efectos establecidos en el precepto legal resultan aplicables, tanto si la subrogación de personal se produce *ope legis*, como si se produce por mandato del convenio colectivo.

También en esta ocasión, el litigio resuelto tiene su origen en las deudas que el empleador saliente mantenía con los trabajadores afectos a la contrata. La responsabilidad solidaria del empresario entrante es declarada en la instancia y confirmada en suplicación. La empresa presenta recurso de casación que es admitido a trámite por el TS. La sentencia, tras realizar una exposición razonada de la doctrina mantenida en torno a los supuestos de subrogación convencional, afirma que la exclusión del régimen subrogatorio común previsto en el art. 44 ET, por aplicación del convenio colectivo, es eficaz únicamente cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional. Y ello, porque en atención a la naturaleza del convenio, éste puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, pero jamás empeorarla. A partir de aquí, recuerda que hasta el reciente pronunciamiento del TJUE, la jurisprudencia española afirmaba que cuando el convenio impone la subrogación de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente se produzca el supuesto de sucesión de plantilla, no debe desencadenarse la aplicación del régimen común, ya que el régimen convencional opera como mejora de las previsiones contenidas en la norma heterónoma. A la vista del contenido de la doctrina Somoza Hermo, el TS acepta que el punto de partida de su doctrina es erróneo, pues conforme a lo dicho por el tribunal europeo, norma legal y convencional cumplen una función similar y tienen el objetivo de garantizar la continuidad de los contratos y de las condiciones de trabajo. Siendo así, el origen de la obligación de subrogación no resulta determinante a estos efectos y la doctrina hasta ahora sostenida debe ceder ante la desarrollada por el TJUE.

### 3. LA CONVENIENCIA DE UNA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA CONCILIADORA.

#### 3.1. Alternativas de aplicación de la norma europea sobre transmisiones.

En esta ocasión, la claridad con la que se manifiesta en tribunal europeo no parece dejar mucho margen a los tribunales españoles, para mantener la tensión en torno al fenómeno que nos ocupa. Como se ha visto en el apartado anterior, el TS no ha tenido más remedio que aceptar que el punto de partida y, por tanto las conclusiones a las que arriba, de la tesis que ha defendido durante décadas en la materia es incorrecto. Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia en el análisis de los diálogos entre sendos tribunales en materia laboral no abona predicciones de pacífica resolución de esta disparidad de criterios, a pesar de las apariencias. El Tribunal Supremo podría proyectar su incomodidad con la resolución europea sobre otros aspectos del proceso de subrogación, desviándose el frente del conflicto sobre otras cuestiones, como la ausencia de autonomía funcional de lo transmitido o la relevancia del volumen de empleo asumido por la entrante.

En este sentido, pueden resultar premonitorias las reflexiones finales contenidas en la STS de 27 de septiembre de este año, en la que se reitera la necesidad de acudir en cada caso al “examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación.” Dicho lo anterior, el Tribunal se detiene a aclarar que “en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.” Por último, la sentencia parece señalar un camino para los litigantes, al afirmar que “dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida”.

Pero quizás el problema de mayor entidad no se encuentra en el plano jurídico, sino en la esfera práctica de la negociación o renegociación de los próximos convenios colectivos. Ya hemos señalado las dificultades que en este apartado plantean las empresas multiservicios, que pretenden colocarse al margen de la aplicación de los convenios sectoriales, por distintas vías. Junto a ello, no resulta exagerado imaginar las reticencias que plantearán las organizaciones empresariales a la renegociación de cláusulas de subrogación, una vez asumida por nuestros tribunales la doctrina Somoza Hermo. Es cierto que existen razones de orden práctico que justificarían el interés de sindicatos y empresarios en mantener la tradición convencional, pero no es menos cierto que si hasta la fecha los sindicatos no habían conseguido un marco convencional de garantías similar al establecido en la norma legal, cabe suponer que las organizaciones empresariales están lejos de aceptar la imposición por vía jurisprudencial de tales efectos. En todo caso, estamos ante un desafío que deberá resolverse en su propio ámbito, si bien no me resisto a afirmar que resultaría cuando menos poco edificante que la actuación del tribunal europeo

supusiese la desaparición de una práctica convencional que ha servido para garantizar la continuidad de un buen número de relaciones laborales durante años.

Es por ello que, a la espera de una reacción del legislador en la materia, cabría plantearse la posibilidad de retomar argumentos clásicos, para revitalizar la tesis de la transmisión de la actividad. La extensión del fenómeno descentralizador, la ampliación a todo tipo de servicios para empresas, la precariedad de las condiciones de trabajo en la mayoría de estas actividades y la progresiva pérdida de relevancia económica de los medios de producción o de prestación de servicios constituyen elementos que permiten proyectar una nueva mirada sobre la realidad. En definitiva, existen elementos suficientes para considerar que las actividades transmitidas mediante contratas conservan autonomía funcional para encontrar encaje en el marco delimitado por la Directiva 2001/23. La exigencia de que la transmisión comporte traspaso de elementos materiales e inmateriales no parece corresponderse con la mayoría de los procesos productivos en este ámbito. Prueba de lo anterior es el hecho de que el cambio de contrata no produce alteraciones notables en la actividad de la empresa principal. El cambio de contratista supone la transmisión de una actividad susceptible de ser inmediatamente explotada y, de ello, cabe colegir que en la mayoría de los supuestos se produce la entrega de una organización con autonomía funcional.

Por otra parte, la transmisión de una parte significativa de la plantilla no puede considerarse un requisito cuya concurrencia habilita para transformarlo con posterioridad en una obligación de origen legal. Desde el punto de vista técnico jurídico, la pirueta interpretativa no puede sostenerse. En particular, sorprende cómo el objetivo de la acción normativa, la estabilidad de los contratos de trabajo, acaba siendo considerada un requisito *sine qua nom* para la aplicación de la norma que pretende a su vez garantizar la continuidad de los contratos. La consecución de los objetivos de política normativa no puede preceder a la aplicación de la norma. Es cierto que en el asunto Somoza Hermo, la aplicación de la norma sirve para completar la consecución de los objetivos que establece la Directiva 23/2001. Esto es, una vez asegurada por vía convencional la continuidad de los contratos, se aplica la norma para garantizar la aplicación del resto de los efectos previsto en el art. 44 ET, en concreto la responsabilidad solidaria por las deudas pendientes. A pesar de ello, la norma comunitaria debe permitir interpretaciones menos tortuosas a partir de las cuales se asuma con naturalidad un hecho que por su habitualidad y frecuencia debiera conseguir respaldo interpretativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el arraigo de la doctrina en la materia no abona un cambio jurisprudencial que, en el marco de la normativa vigente, permita dar por solucionados los problemas que se avecinan. Es por ello que el camino más corto y eficaz ha de ser el que pasa por la intervención del legislador español, que en el marco de las propuestas de reformas anunciadas por los distintos miembros del Gobierno, y aprovechando la ola de los recientes pronunciamientos judiciales, permita establecer un marco jurídico que aleje la institución del frente litigioso en el que lleva inmersa desde hace varias décadas.

### **3.2. Propuestas de reforma del art. 44 ET en la materia.**

La generalización del sistema de contratas de servicios para empresas, el fuerte arraigo de la doctrina jurisprudencial en nuestro país, los problemas para mantener el paraguas protector de la negociación colectiva, el crecimiento de la actividad de las empresas multiservicios, la desmaterialización de un buen número de actividades



empresariales y los recientes cambios jurisprudenciales constituyen elementos suficientes para la intervención del legislador español.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo a los que se ha hecho referencia en estas páginas han pretendido facilitar la continuidad de un sistema convencional que, a su juicio, ampliaba el ámbito de aplicación del supuesto de hecho previsto en la norma, garantizando la estabilidad en el empleo allá donde no alcanza, conforme a la tradicional jurisprudencia española, la interpretación del art. 44 ET, a cambio de devaluar el bloque de garantías complementarias, el alcance obligacional de la subrogación laboral, con el objetivo de incentivar a las empresas cesionarias a mantener los contratos de quienes venían prestando servicios en la contrata<sup>18</sup>. El reciente pronunciamiento del tribunal europeo pone en duda la viabilidad de aquella tesis, según se ha explicado en los apartados precedentes, pero como también se ha dicho no ha solucionado los problemas de partida. Es por ello que en mi opinión la situación amerita la intervención del legislador español.

De adoptar la decisión de intervenir, la actividad reformadora debiera tomar en consideración algunas cuestiones que han permanecido en el debate durante estos años. En primer lugar, conviene tener presente que la protección de los intereses del trabajador no siempre está ligada a la novación de la titularidad del contrato de trabajo. Dicho en otros términos, si bien en la mayoría de los supuestos en los que se produce un cambio de contratista, las condiciones de trabajo reguladas en ambos casos por el convenio sectorial no constituyen un incentivo para que estos muestren su disconformidad con que se produzca la subrogación del empresario, en supuestos de externalización o de reversión de actividades, en particular en el ámbito de las empresas públicas, la cuestión posee perfiles propios. Es por ello que el cambio normativo debiera limitarse a la regulación de los procesos de cambio de contrata, que plantean una homogeneidad de condiciones suficiente. En todo caso, si se entiende preciso que el cambio normativo afectase a la globalidad de los supuestos, la regulación legal debiera tender a bloquear la posibilidad de que la reforma introduzca nuevos mecanismos flexibilidad interna.

En otro orden de cosas, como es conocido, el art. 44 ET asume el bloque de garantías máximo establecido en la Directiva 21/2003. En concreto, la solidaridad que la aplicación de la norma impone a la contrata entrante por los créditos retributivos pendientes de abono podría ser sometida a revisión, en la medida en que puede constituir un obstáculo importante para la continuidad de la actividad. De hecho, como se ha visto más arriba, los convenios colectivos suelen excluir dicha garantía de las cláusulas de subrogación. El aseguramiento de los créditos retributivos puede materializarse por otras vías y, en concreto, en el ámbito de las contratas existen previsiones concretas al respecto. Cabe plantearse si resulta conveniente mantener esta regulación para supuestos de fusiones y absorciones, pero quizás no sea necesario respecto de los supuestos de cambio de contrata.

Ahora bien, en esta lógica de reducción de garantías, la intervención legislativa debiera evitar que el cambio de contratista, por sí solo, supusiese un empeoramiento de las condiciones de trabajo o una reducción del volumen de empleo en la actividad. En este sentido, cabe plantear la conveniencia de impulsar que las decisiones de cambio de contratista se soporten en razones de orden técnico u organizacional, evitando con ello la oferta de contratos a la baja soportados en la continua precarización de las condiciones de trabajo de quienes prestan el servicio. En tales circunstancias, el objetivo

---

<sup>18</sup> Miñarro Yanini, Margarita: “‘‘Contratas, subrogación convencional y exención de responsabilidad: ¿vuelve a retar la jurisprudencia nacional a la comunitaria? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2016, RCUUD 2957/2014’’, CEFLegal, p. 162.

del mantenimiento del empleo, aunque sea en peores condiciones, debe descartarse de la intervención legal. A ello contribuyen no solo razones de política empleo, conforme a la doctrina Somoza Hermo, una vez que el nuevo empleador asuma una parte sustancial de la plantilla, operan las garantías establecidas en la norma comunitaria que, como hemos visto más arriba, garantiza también el mantenimiento de las condiciones de trabajo.

En todo caso, una regulación específica de las sucesiones de contratas debiera tener presente las dificultades de escindir el marco normativo en materia de transmisiones de empresas, que podrían aportar más perjuicios que beneficios, e incrementar el histórico de resoluciones judiciales en la materia. Es por ello que, sin desconocer las dificultades del empeño, considero de mayor utilidad práctica el retorno a la tesis que considera, a estos efectos, la empresa como actividad y, con ello, ampliar el ámbito de aplicación del art. 44 ET hasta saturar los límites establecidos por la Directiva 23/2001, para mantener los derechos de los trabajadores tanto en supuestos en los que se produzca un cambio de contrata en actividades desmaterializadas, intensivas en mano de obra, como en aquellas otras en las que los elementos materiales posean un escaso valor, y ello aunque en este segundo supuesto no se registre intercambio de elementos patrimoniales.



# **COMUNICACIÓN A LA PONENCIA SOBRE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS**

## **La solidaridad empresarial por los debitos salariales en caso de transmisión de empresa. ¿Es derecho europeo o nacional?**

**JUAN PEDROSA GONZÁLEZ**  
*Universidad de Sevilla*

### **SUMARIO:**

- 1. INTRODUCCIÓN. VISION GENERAL DE LAS DOS NORMAS CONTENIDAS EN EL ART. 44 ET**
- 2. LA DIRECTIVA 2001/23 ES UNA DIRECTIVA, NO APLICABLE DIRECTAMENTE, SINO A TRAVES DE LA NORMA INTERNA**
- 3. LA APLICABILIDAD DE ART. 44 ET INTERPRETADO CONFORME A LA DIRECTIVA 2001/23**
- 4. LA APLICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO PUEDE CAUSAR LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SUBROGATORIA HETERONOMA**
- 5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS**

## 1. INTRODUCCIÓN. VISION GENERAL DE LAS DOS NORMAS CONTENIDAS EN EL ART. 44 ET.

El art. 44 ET es el precepto nacional español que transpone a nivel interno una norma comunitaria que, como tal, goza del principio de primacía sobre el precepto nacional, y por ello el Derecho comunitario se aplica con prioridad al Derecho nacional. Se trata de la Directiva 2001/23, que regula el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa. Pero la normativa española en materia de mantenimiento del derecho de los trabajadores en caso de transmisión de empresa es muy anterior a la aplicación en España del Derecho comunitario<sup>1</sup>, de manera que el legislador español no se ha visto en la obligación de trasponer al Derecho interno una norma que ya se contenía en nuestro Derecho interno desde antes de la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

Derivado del hecho de que la norma española es anterior a la comunitaria, y por tanto, no es una transposición a nivel estatal de una norma europea de obligado cumplimiento, es el hecho de que la norma española, dictada por el legislador español en uso de su soberanía, no en cumplimiento de la obligación de trasponer Directivas, contiene dos mandatos que se imponen a los obligados por la norma, mientras que la norma europea no contiene el segundo de los mandatos españoles. Me refiero a los dos mandatos contenidos en la norma española (la obligación de la nueva empresa de mantener las relaciones laborales de los trabajadores de la vieja empresa, por un lado, y la solidaridad de acreedores de las dos empresas implicadas en el traspaso respecto de las deudas salariales, por otro), mientras que la norma europea sólo contiene un mandato, no contiene el segundo de ellos.

El asunto se vuelve más complicado si tenemos en cuenta que los Tribunales españoles consideran (o han considerado hasta fechas muy recientes) que cuando cambia una empresa contratista de un servicio para otra, no estamos en el supuesto de hecho del art. 44 ET, sino en el supuesto de hecho del convenio colectivo que se aplique a la actividad de que se trate (normalmente, limpieza o seguridad privada). Por tanto, según nuestros Tribunales, existe dos maneras de ser subrogado en la nueva empresa: la manera impuesta por el Estatuto de los Trabajadores, aplicando con ello la manera comunitaria; y la manera de los convenios colectivos, que por ser una subrogación prevista en el convenio colectivo, no regulan nada que esté en el supuesto de hecho del art. 44 ET ni de la Directiva 2001/23. Por tanto, los supuestos previstos en los distintos convenios colectivos se rigen por los mismos, no por la norma heterónoma que regula la transmisión de empresa. Sin embargo, el tema de si los convenios colectivos producen la aplicación del art. 44 ET es algo que veremos más abajo, y no ahora.

Respecto a la norma nacional no contenida en la Directiva, me refiero al apartado 3 del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, que dice:

“Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.”

---

<sup>1</sup> “...la regulación de la sucesión de empresas en España es más antigua que la de ordenamiento comunitario, puesto que el art. 44 del ET tiene como antecedente más remoto la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931...” dice M.C. Salcedo Beltrán en “Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas”, Bomarzo, 2005, p. 13.

Según esta norma, existe una solidaridad de deudores en materia salarial (los empresarios cedente y cesionario) en los supuestos previstos por el art. 44 ET. Los Convenios Colectivos, aplicables a los supuestos que regulan, sin que sea de aplicación el art. 44 ET, no prevén esta solidaridad, sino que más bien la excluyen expresamente. Por tanto, si el supuesto que se analiza está dentro de ámbito de aplicación de art. 44 ET, se aplicará la solidaridad de deudores porque este mismo precepto la contiene. Si no estamos en el supuesto de hecho del art. 44 ET, no se aplicará la solidaridad de deudores porque es un mandato contenido en un artículo que es inaplicable. Por tanto, para resolver si existe o no la solidaridad de deudores en materia salarial, hay que resolver antes si estamos en el ámbito de aplicación del art. 44 ET o no. Una cosa producirá la otra.

Esta solidaridad de deudores es algo que impone la norma, y que no está en el contrato de trabajo. Se trata, pues, de algo impuesto por el legislador y que, como tal cosa, debe ser cumplido por los sometidos al poder legislativo, y no derivado de las obligaciones contractuales (que son vigentes entre las partes contratantes, según el art. 1.257 del Código civil, no frente a personas ajenas al contrato). El problema es que si se trata de una imposición estatal, no comunitaria, ¿puede no exigirse en determinados supuestos, en los que es exigible la norma comunitaria? O dicho de otra manera: en supuestos en los que estamos ante el supuesto de hecho de la Directiva 2001/23, se puede y debe exigir la obligación empresarial de subrogarse en las relaciones de trabajo de los trabajadores afectados, pero ¿se puede exigir en estos supuestos, y como consecuencia de ser una subrogación, el cumplimiento de la regla de la solidaridad de deudores? ¿Existe la posibilidad de que el estado español exija la obligación comunitaria, pero en determinados supuestos de hecho no exija la solidaridad de deudores porque no es una exigencia comunitaria, sino nacional, y por tanto puede ser alterada como considere el Estado español?.

En definitiva, ¿existen tres maneras de subrogación (la impuesta por la directiva, la impuesta por la ley española y la impuesta por el convenio colectivo) o dos (la impuesta por la ley española y la impuesta por convenio colectivo)?.

## **2. LA DIRECTIVA 2001/23 ES UNA DIRECTIVA, NO APLICABLE DIRECTAMENTE, SINO A TRAVÉS DE LA NORMA INTERNA**

La Directiva 2001/23 es una norma comunitaria que, como Directiva, no tiene aplicación directa a las relaciones entre particulares. Es el Estado el que está obligado a trasponer la Directiva comunitaria en su Derecho interno, a través de una norma interna, elaborada por el Estado. Y será la norma interna estatal la que se aplique en los litigios entre particulares, no la norma comunitaria.

La Directiva es una norma en que actúan las dos soberanías: la soberanía comunitaria imponiendo los objetivos que los Estados han de cumplir, y la soberanía nacional porque después de todo, la directiva se debe trasponer al Derecho nacional por una norma elaborada por el Estado<sup>2</sup>. Pero lo que se puede exigir entre particulares es el cumplimiento de la norma estatal que traspone la Directiva, no el cumplimiento directo de la directiva

---

<sup>2</sup> Así se configura la Directiva en el actual art. 288, tercer párrafo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Como se sabe, "Les liens serrés et la compémentarité étroite entre l'ordre juridique de la CEE et les ordres juridiques des États membres apparaissent le plus clairement dans le mécanisme de la directive, qui dépend du droit national pour la réalisation de l'objectif qu'elle fixe." Vid L'ABC DU DROIT COMMUNAUTAIRE", Documentation Européene, 1991, p. 39.

misma, según se establece en los Tratados comunitarios. Por tanto, no se puede invocar por los particulares, la aplicación directa de la Directiva 2001/23, sino su traducción al Derecho interno, la norma nacional que traspone la Directiva, en España, el art. 44 ET. Todo lo más que se puede invocar entre particulares es que la norma interna aplicable al caso, sea interpretada conforme a la directiva europea<sup>3</sup>, pero como decimos, no su aplicación directa.

En consecuencia, no existen en España tres maneras de producirse la subrogación (conforme a la Directiva 2001/23, conforme al art. 44 ET y conforme al convenio aplicable), sino solamente dos (conforme al art. 44 del ET interpretado conforme a la Directiva 2001/23, o conforme al Convenio colectivo aplicable, siempre que no estemos en el supuesto de hecho del art. 44 ET, que es de aplicación obligatoria para los ciudadanos y no alternativa). La Directiva 2001/23 no puede usarse en juicio para discernir cuándo estamos en presencia de una subrogación según el Derecho comunitario y cuándo no, puesto que no se aplica directamente a las relaciones entre particulares. Lo que sí es de aplicación entre particulares, y por tanto es quien producirá la regla que determine si el supuesto de hecho es una subrogación o no, es el art. 44 ET, interpretado conforme a la Directiva (y por tanto, la jurisprudencia de TJUE sirve para interpretar la norma española que traspone al Derecho interno la norma comunitaria, la cual tiene la amplitud que señale el TJUE). Por tanto, si estamos o no ante una subrogación regulada por la norma heterónoma o no, depende de si estamos en el supuesto de hecho del art. 44 ET, o no.

### **3. LA APLICABILIDAD DE ART. 44 ET INTERPRETADO CONFORME A LA DIRECTIVA 2001/23.**

Por tanto, si una operación hecha entre empresas es o no una subrogación, con sus consecuencias legales, habrá de discernirse por la aplicación o no del art. 44 ET, no por el hecho de estar sujetas o no a la normativa convencional aplicable. Ante una actuación de las empresas, habremos de aplicar o no la normativa heterónoma subrogatoria, que es el art. 44 ET, interpretado conforme a la Directiva 2001/23.

Decir, por tanto, que una determinada operación entre empresas (como puede ser la sustitución de un contratista de limpieza, o de seguridad privada) está excluida de la normativa subrogatoria heterónoma, sin analizar los elementos que la constituyen, es una interpretación del art. 44 ET que contradice la interpretación del TJUE sobre la materia, ya que el TJUE considera que se debe aplicar la normativa heterónoma subrogatoria a todas las transmisiones de empresa, considerando que hay transmisión de empresa o no tras analizar todos sus elementos. Considerar que una determinada actuación empresarial no es una transmisión de empresas sólo porque se trata de una sucesión de contratos, es actuar contra la interpretación que de la transmisión de empresas hace el TJUE<sup>4</sup>. En consecuencia, las sucesiones de empresas contratistas de servicios pueden considerarse que son una transmisión de empresa, sujeta a la normativa heterónoma, si cumplen los requisitos que analiza el TJUE para considerarlas tales, y no lo son si no cumplen esos requisitos. Pero la causa de estar incluidas o no en la normativa subrogatoria heterónoma consiste en cumplir o no esos requisitos de la sucesión de empresas, no en ser una sucesión de empresas contratistas de servicios para otras. Por tanto, no una sucesión de empresas contratistas de servicios para otros (como puede ser la limpieza o la seguridad

<sup>3</sup> Como ya dijo el TJCE en su Sentencia Marleasing, Sentencia de 13-nov-1990, dictada en el Asunto C-106/89.

<sup>4</sup> Vid, a estos efectos, la STJUE de 19-10-2017, Asunto C-200/26.

privada) puede estar incluida en la normativa subrogatoria heterónoma, y no está excluida de tal normativa sólo por ser una sucesión de empresas contratistas. Por tanto no es de aplicación a tales supuestos directamente las disposiciones de convenio colectivo en vez de la normativa heterónoma subrogatoria.

#### **4. LA APLICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO PUEDE CAUSAR LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SUBROGATORIA HETERONOMA.**

Para que exista una transmisión de empresas regulada por a Directiva, tiene que darse una serie de requisitos, que ha recogido la jurisprudencia del TJUE.<sup>5</sup> Si no existen esos requisitos, no estamos ante un supuesto de transmisión de empresa, y por tanto puede aplicarse la regulación convencional, que no va a contradecir ninguna norma de Derecho necesario. La existencia o no de los requisitos necesarios para calificar la operación como sucesión de empresas o no, se analiza antes de aplicar el mandato legal, consistente en la obligación o no de mantener los contratos de trabajo existentes con la nueva contratista. Lo requisitos necesarios operan como causa, y la consecuencia, jurídica en este caso, y posterior, por supuesto, es la obligación de subrogarse en las relaciones laborales existentes.

Sin embargo, una situación empresarial puede ser enjuiciada como sucesión de empresas, con sus consecuencias jurídicas, si ha habido transmisión entre empresas de los elementos necesarios para continuar la actividad. En aquellas actividades en que la actividad descansa sobre la mano de obra, un traspaso de la mayor parte de los trabajadores puede dar lugar a que la operación se califique como de sucesión de empresas<sup>6</sup>. Por tanto, uno de los elementos a analizar, para ver si estamos en un caso de sucesión de empresa o no, es la transmisión de la mayor parte de los trabajadores. O sea, que la consecuencia se convierte en parte de la causa, ya que la operación se puede enjuiciar después de ver si la mayor parte de los trabajadores ha sido transferida o no a la nueva empresa. Esa transferencia de trabajadores a la nueva empresa puede ser por imperativo del convenio aplicable. Pero si ha habido transferencia de trabajadores, sea por convenio o por cualquier otra causa, se cumplen uno de los requisitos para que la operación sea tratada como una transmisión de empresa. De manera que la transmisión de una parte de os trabajadores, o todos, que debería ser una consecuencia jurídica de aplicación de la norma, se convierte en una parte de los hechos a enjuiciar para imponerles o no la consecuencia jurídica.

---

<sup>5</sup> Los requisitos establecidos por el TJUE para considerar que la operación es una transmisión de empresas constan, reiteradamente, en muchas Sentencias del TJUE. Entre las muchas que se pueden citar, vid. STJUE que en su párrafo 33 dice: “ Para determinar si concurren los requisitos para la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (véanse, en particular, la sentencia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91, Rec. p. I-3189, apartado 24, y las sentencias antes citadas Spijkers, apartado 13, Sützen, apartado 14, y Abler y otros, apartado 33).”

<sup>6</sup> Aunque en estos casos, la empresa entrante debe hacerse cargo de la mayor parte de la plantilla de la saliente, como dice la STJUE de 19.10.2017, citada (securitas) en su párrafo 29: “El Tribunal de Justicia ha declarado a este respecto que, en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla (sentencia de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual y Algeposa Terminales Ferroviarios, C-509/14, EU:C:2015:781, apartado 35).”



O sea, que si no ha habido cumplimiento de los requisitos para que la operación sea considerada una transmisión de empresas, pero estamos en el ámbito de los convenios que imponen la subrogación cuando cambia la contratista (limpieza o seguridad privada, por ejemplo), se produce la adscripción, por convenio, al nuevo contratista de los trabajadores que cumplan los requisitos del convenio, trabajadores que pueden ser la mayoría de ellos o todos. Y una vez traspasados la mayoría o la totalidad de los trabajadores, se puede enjuiciar de nuevo la operación, teniendo en cuenta que la mayoría o a totalidad de los trabajadores ha sido traspasada, por otra causa distinta de la imposición legal, al nuevo contratista. Esto puede dar lugar a que la operación, ahora, sea calificada como de transmisión de empresa y sujeta a la normativa heterónoma sobre transmisión de empresa. Ello exige analizar entre los hechos que constituyen el antecedente de hecho de la normativa heterónoma subrogatoria, algo que puede ser entendido como la consecuencia jurídica de la existencia de esos requisitos anteriores. La consecuencia forma parte de la causa. Cosa que puede resultar extraña en una argumentación jurídica, pero que lo he hecho reiteradas veces el TJUE<sup>7</sup>, y que el Tribunal Supremo español ha aceptado, pues la STS de 27-9-2018 considera que “Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de a plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa” (FJ 7), dado que el análisis de la transmisión de la mayor parte de a plantilla se realiza “al margen del título o motivo por el que ello suceda”, según dice el TS español, *ibidem*.

En resumidas cuentas, para saber si estamos o no ante el supuesto de hecho de la Directiva hay que analizar si el nuevo empresario se ha hecho cargo o no de la mayoría de los trabajadores del antiguo. Que haya subrogado a estos trabajadores por exigencias del convenio colectivo aplicable es indiferente. El hecho es que se ha subrogado en ellos.

## **5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS.**

Una vez constatada la situación y una vez que ésta se considera comprendida en lo que la normativa heterónoma considera una sucesión de empresa, habría que analizar las consecuencias jurídicas que la legislación impone a una sucesión de empresa, es decir, habría que ver los mandatos imperativos que el art. 44 impone a la sucesión de empresa.

Antes de analizar los mandatos imperativos contenidos en el art. 44 ET, habría que dejar constancia de que el art. 44 forma parte de una Ley española, y que su contenido no puede ser empeorado para los trabajadores por un convenio colectivo. Así lo impone el art. 3-3 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual, en supuestos de contradicción entre dos normas, convencionales y legales, es de aplicación lo más favorable para el trabajador. El criterio previsto en el Estatuto de los Trabajadores para solucionar el conflicto entre dos normas aplicables, legal y paccionada, es el criterio de lo más favorable para el trabajador, no el criterio jerárquico<sup>8</sup>, y evidentemente (a mi parecer) es

<sup>7</sup> En este sentido, vid. a STJUE de 24-1-2002, Asunto C-51/00, Temco, y la STJUE de 11-7-2018, Asunto C-60/17, Esabe, entre otras. Vid también la STJUE de 15-12-2005, Asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, Nutren, donde haba en el párrafo 17, que la nueva empleadora contrató a 167 trabajadores de los 295 que trabajaban anteriormente (vid. párrafo 11 de la Sentencia).

<sup>8</sup> Así lo impone el citado art. 3-3 ET, según el cual, “Los conflictos originados entre los preceptos de , dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario,

más favorable para el trabajador poder dirigir su reclamación frente a varias empresas que frente a una sola de ellas, porque de la manera legal se amplían los sujetos obligados al pago, y con ello es más posible que el trabajador cobre su deuda salarial. Por tanto, cuando los convenios colectivos impiden la solidaridad de deudores por las deudas salariales en caso de subrogación, están empeorando para el trabajador lo dispuesto en el art. 44-3 ET, y por ello, la norma convencional no puede impedir la aplicación de la norma estatal. Con ello no tachamos de nula la norma convencional, (porque su nulidad impediría la aplicación de art. 3-3 ET, que exige la existencia de dos normas laborales vigentes), pero sí mantenemos que la norma estatal no puede ser impedida, en su aplicación, por la norma convencional.

El contenido de los mandatos contenidos en el art. 44 ET son principalmente dos, a mi entender:

1. El mantenimiento con la empresa nueva de las relaciones laborales de los trabajadores que prestaban sus servicios en la empresa transmitida.
2. La solidaridad de las dos empresas (transmitida y nueva) respecto de las deudas salariales habidas antes de a transmisión.

El mandato que primeramente hemos citado se contemple en la Directiva 2001/23. El segundo, no.

Pero el segundo se contempla en una Ley española que obliga a todos los sujetos a la misma. Se trata, por tanto, de un mandato contenido en norma española, no comunitaria. Precisamente por no ser una norma comunitaria, sino española, el TJUE se niega a interpretarla, alegando la no aceptación de la cuestión que la plantea<sup>9</sup>, porque se trata de una norma nacional que no puede ser interpretada por el TJUE.

Por tanto, la solidaridad de deudores de las empresas implicadas en una subrogación es una norma nacional, no comunitaria. Ha de ser interpretada y aplicada por el juez nacional, no por el TJUE.

Pero el hecho de que no sea una norma comunitaria no le restringe en nada su efecto imperativo para los sujetos sometidos al Derecho nacional español, al igual que cualquier otra norma elaborada por el legislador español.

En consecuencia, la solidaridad de deudores que impone el art. 44 ET no se contiene en la norma comunitaria. Pero eso no impide que esta solidaridad sea exigible en los supuestos de transmisión de empresa, porque es algo impuesto por quien tiene poder para imponer comportamientos a la ciudadanía española. Mientras la norma no sea modificada por el legislador competente (el español por ahora), es exigible en todas las transmisiones de empresas, considerando que hay transmisión de empresa en los supuestos que el TJUE considera que los hay.

*Juan Pedrosa González*  
Profesor Asociado  
Universidad Hispalense.

---

se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.”

<sup>9</sup> Así, la Sentencia del TJUE de 11-7-2018, Asunto C-60/17, se niega en sus párrafos 44, 45 y 46, a interpretar una norma nacional, alegando jurisprudencia del TJUE en este sentido.



## **EL DESPIDO COLECTIVO IRREGULAR Y DE HECHO**

LUIS OCAÑA ESCOLAR,  
*Abogado y profesor asociado del Departamento de  
Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla*

### **ÍNDICE**

1. LOS ELEMENTOS NECESARIOS QUE HAN DE CONCURRIR PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO
2. EL DESPIDO COLECTIVO IRREGULAR Y DE HECHO
3. EL PANORAMA INDICIARIO SUFICIENTE RESPECTO DE LA IRREGULARIDAD DE LAS EXTINCIONES
4. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS PROCESOS DE DESPIDO COLECTIVO
5. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS IRREGULARES Y DE HECHO

## RESUMEN

Mediante esta comunicación se pretende realizar una aportación al debate sobre la competencia objetiva en los casos de despidos colectivos irregulares y de hecho. Planteamos si es apto para estos supuestos el cauce previsto por el artículo 124 LRJS y si con esta previsión se cumple o no con lo preceptuado por la Directiva 98/59. Nos encontramos ante casos que pueden exigir bien un enjuiciamiento individualizado bien un enjuiciamiento colectivo. Ahora bien, debe ser la determinación de la concurrencia de los requisitos numéricos, temporales y causales predeterminados por la ley la que concluya si estamos o no ante los umbrales del artículo 51 ET. Y concluimos este análisis planteando la problemática situación procesal que no parece haber sido conscientemente prevista por el legislador.

### 1. LOS ELEMENTOS NECESARIOS QUE HAN DE CONCURRIR PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO

Tres son los elementos que nuestro ordenamiento exige que concurren para calificar desde la perspectiva jurídica un despido como colectivo:

- el elemento numérico (trabajadores afectados),
- el elemento temporal (plazo de noventa días),
- y el elemento causal (motivos no inherentes a la persona del trabajador, esto es lo que no se predicán de su persona ni se deben a su voluntad y donde —obviamente— no medie su consentimiento).

Mientras que en los dos primeros elementos vienen a coincidir, es en esta última exigencia —el elemento causal— donde se observa de manera clara una diferencia entre lo que establece el Estatuto de los Trabajadores, que habla de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y lo que dispone la Directiva Europea 98/59. Ahora bien, el criterio de jerarquía hace que prevalezca la definición de la Directiva Europea 98/59. Al ser un tratado internacional *prima* sobre la norma interna y además tiene efecto directo. Es por ello que el elemento causal ha de ser matizado de conformidad a lo que dispone la norma comunitaria, que lo sitúa en su artículo 1 en: “por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. Se trata de una configuración más abierta, que incluye la previsión del artículo 51 ET y que amplía sus límites.

De hecho, como los Estados miembros tienen la obligación de adoptar no sólo las medidas específicas prescritas expresamente por el Derecho comunitario, sino incluso «una acción espontánea a la que no han sido especialmente invitados» y que, de no llevarse a cabo, determinará la responsabilidad del Estado miembro debido al incumplimiento —por omisión— de las obligaciones por él contraídas conforme al Derecho comunitario.

A estos efectos, como ha reiterado la jurisprudencia comunitaria, es irrelevante cuál sea el órgano concreto, dentro de la distribución competencial interna, encargado de la ejecución. En última instancia el responsable del incumplimiento de la obligación derivada del derecho comunitario será siempre el Estado miembro al cual, según un principio bien establecido en las normas del Derecho Internacional Público, será atribuible la actuación de sus órganos. Así la sentencia de 2 de febrero de 1982, asunto 68/81, Rec. 1982, pp.

153 y ss., en la que el TJCE declara el incumplimiento del Reino de Bélgica en un asunto caracterizado por el hecho de que la adopción de la normativa necesaria para ejecutar una directiva hubiera debido corresponder a una Región, según la distribución competencial interna.

La primacía y efecto directo del derecho de la UE atañe a todos los poderes públicos de un Estado miembro sin distinción: estatal, autonómica, provincial, local e institucional. Esencial es la Sentencia del TJUE de 22 de junio de 1989, asunto *Constanzo*, (C-103/88): ante un Ayuntamiento italiano se invoca la directa aplicación del derecho comunitario y la consiguiente inaplicación del derecho interno, ante lo cual el municipio alega que no es la vía administrativa la competente para dejar inaplicado el derecho nacional, sino que es un asunto judicial, precisamente el mismo argumento que esgrime ahora el recurrente en el fundamento de derecho segundo de su demanda. El TJUE en la sentencia citada rechaza tal planteamiento pues sería contradictorio permitir a los particulares la invocabilidad del derecho comunitario ante los jueces para que estos exijan su cumplimiento al ayuntamiento y entender que éste no tiene obligación alguna de aplicar disposiciones de una directiva (como es nuestro caso también): “si una directiva es invocable ante los jueces es porque las obligaciones derivadas de sus disposiciones se imponen a todas las autoridades nacionales de los Estados miembros”. Por ello el TJUE concluye afirmando que si se reúnen las condiciones requeridas para la invocabilidad de una directiva, todos los órganos de la administración, incluidas las autoridades descentralizadas, como los municipios, tienen la obligación de aplicarlas y descartar la aplicación de disposiciones de Derecho nacional que no sean conformes.

Esta doctrina es pacífica y se puede consultar además de en *Constanzo* en otras sentencias anteriores, como la de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann* (C-14/83)-ap. 26, y la de 20 de septiembre de 1988, *Gebroeders Beentjes/Paises Bajos* (C-31/87), ap.39. También en Sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall* (C-152/84), ap-49 y 12 de julio de 1990, *Foster*, (C-188/89) ap-20 y 21.

También es explícita a estos efectos la STJUE de 6 de octubre de 2005 (C-293/2005) que afirma lo siguiente: “una sentencia dictada con carácter prejudicial está dirigida a surtir efectos sobre las relaciones jurídicas originadas antes de que haya sido dictada. De ello se deriva, en particular, que un *órgano administrativo* en el marco de sus competencias debe aplicar una norma de Derecho comunitario interpretada en virtud de una cuestión prejudicial incluso a las relaciones jurídicas constituidas antes de que se dicte sentencia del Tribunal de Justicia...”.

Y para terminar, si hubiese alguna duda, la STJUE de 8 de septiembre de 2011 en el apartado 53 afirma “según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando no resulte posible interpretar y aplicar la normativa nacional conforme con las exigencias del derecho de la Unión, *los órganos judiciales administrativos y los órganos de la Administración* están obligados a aplicar íntegramente el Derecho de la Unión y tutelar los derechos que éste concede a los particulares y abstenerse de aplicar en su caso cualquier disposición contraria del Derecho”.

En el análisis que nos ocupa la primacía del Derecho de la Unión se puede invocar, precisamente, ante la impugnación jurisdiccional de la actuación administrativa por los mismos motivos que se han expuesto en relación con la Administración Pública. Esta primacía junto al efecto directo permite a los Tribunales dejar sin aplicación cualquier tipo de normas nacionales sea cual sea el rango y sin necesidad de plantear cuestión prejudicial.

## **2. EL DESPIDO COLECTIVO IRREGULAR Y DE HECHO**

La decisión extintiva de carácter colectivo adoptada al margen del procedimiento previsto en el artículo 51 ET constituye despido colectivo irregular. Y la decisión extintiva con ocultación de su carácter colectivo se denomina despido colectivo de hecho o despido fraudulento.

En ambos supuestos nos encontramos ante comportamientos patronales que vulneran las previsiones del ordenamiento jurídico y que han de merecer el reproche jurídico que prevé el artículo 124.11 LRJS.

El procedimiento de despido colectivo contiene garantías que han de vincularse con el orden público laboral y no es un mecanismo ni opcional ni disponible para el empresario, de forma que este no puede optar por aceptar las consecuencias de la improcedencia para evitar el mencionado procedimiento.

El artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores contiene una norma antifraude. Se configura desde una perspectiva planificadora de los recursos y con el objetivo de causar la menor incidencia en el volumen de empleo. De la misma norma se deriva la exigencia de requisitos de fondo y forma para los despidos colectivos. Ello es lo más acorde con el derecho al trabajo que reconoce el artículo 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa” (SSTC 22/1981 y 192/2003).

En los casos de despidos colectivos irregulares y de hecho, han de operar las previsiones establecidas por el ordenamiento para evitar las negativas consecuencias que tales comportamientos ocasionan en el empleo.

## **3. EL PANORAMA INDICIARIO SUFICIENTE RESPECTO DEL CARÁCTER IRREGULAR DE LAS EXTINCIONES**

El criterio jurisprudencial mayoritario se inclina por computar todas las extinciones por causas no imputables a los trabajadores, incluyendo extinciones de contratos temporales en fraude de ley (STS 8-7-2012, SAN 27-7-2012, STSJ Valladolid 23-1-2013, STSJ Burgos 19-2-2013 y STSJ Madrid 5-11-2012). Algunos Juzgados de lo Social – concretamente el Juzgado de lo Social número 23 de Madrid en sentencia de 24-4-3013 correspondiente al procedimiento 1393/2012 ha mantenido que corresponde a la empresa acreditar que no extinguió en fraude de ley los contratos temporales que se integraban en el cómputo.

La STS 25-11-2013 aclara que deben computarse los despidos improcedentes así como las extinciones de contrato declaradas improcedentes por fraude de ley. En este caso incluye expresamente a la “falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal”. Y aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley.

La apreciación de fraude de ley determina la nulidad de la medida aunque el 124 no lo contemple expresamente (STS 17-2-2014, referida al caso UTEDLT).

Pues bien, a nuestro entender cuando concurren idénticos elementos comunes en la extinción de contrataciones individuales formalmente temporales y se cumple con los elementos numéricos y temporales, estamos ante un panorama indiciario que admite el tratamiento colectivo de la cuestión. Y es claro cuando la alegación en que se funde la demanda tiene por objeto lo preceptuado por el artículo 124.2.c), esto es, que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude.

Existen resoluciones judiciales del Tribunal Supremo que entendemos resultan de interés al respecto. En concreto nos referimos a la Sentencia de 25-11-2013, cuyo Fundamento de Derecho Segundo afirma que tanto los despidos colectivos irregulares como los despidos colectivos de hecho tienen la condición de despido colectivo cuando mediante decisiones extintivas individuales se sobrepasen los umbrales del artículo 51 ET. Es decir, que el Supremo se inclina por imponer iguales consecuencias jurídicas a las situaciones que excedan de los umbrales previstos por la norma interna.

A mayor abundamiento, el Fundamento de Derecho Cuarto de la misma Sentencia insiste en que los despidos por motivos no inherentes a la persona del trabajador siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas “a iniciativa del empresario”. Y en coherencia con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Quinto de la misma sentencia, la Sala reconoce que los despidos colectivos “exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” y no basta con el mero elemento numérico. Ahora bien, sigue diciendo: “esta doctrina ha sido revisada por las sentencias de 3 de julio y 8 de julio de 2012, en las que se reconoce que si bien el artículo 51 ET parece vinculado a un elemento causal que se refiere a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, lo cierto es que en la configuración final de esta modalidad extintiva resulta determinante el elemento cuantitativo, pues el citado artículo, después de establecer en el párrafo primero de su número 1 los denominados umbrales numéricos que, al combinarse con el período de referencia, delimitan el alcance de la decisión colectiva, prevé en su párrafo quinto que para el cómputo del número de extinciones, a efectos de establecer la existencia de un despido colectivo y aplicar las garantías del procedimiento, deben tenerse en cuenta no solo las extinciones por las causas ya mencionadas, sino “cualesquiera otras extinciones producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley”; párrafo este que se refiere a la extinción de los contratos temporales por vencimiento del término”. Y concluye –tras recordar la coherencia con lo expuesto por la Directiva 98/59- significando que “del ámbito del despido colectivo solo se excluyan las extinciones en virtud de motivos inherentes a la persona del trabajador –entre ellos, los derivados de la conducta en el orden disciplinario- y las que se produzcan por cumplimiento del término”. Es decir, que se interpreta el ordenamiento jurídico interna en plena coherencia con las normas comunitarias.

Por tanto, los ceses por falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que formalmente se presenta como temporal no pueden excluirse del cómputo a efectos del despido colectivo. En concreto reproducimos por su interés y plena aplicación al presente caso, lo dispuesto por el Fundamento de Derecho Cuarto la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2012, antes invocada: “aún a pesar de la dicción literal del art. 51 ET, que parece limitar los despidos colectivos a los basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la primacía del Derecho comunitario influye en la interpretación de la normativa nacional, puesto que “el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de



la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado” –actual 249–.

Que en virtud del artículo 1, apartado 1, letra a) de la Directiva 98/59, a efectos de aplicación de ésta, se entenderá por “despidos colectivos” los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal”, resultando indebida aplicación de las obligaciones comunitarias limitar “el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural” y no ampliar “el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores” (STJCE 2004/376, de 12 de octubre, asunto Comisión/Portugal).

Aparte de que los umbrales previstos en el artículo 1 de la Directiva 98/59 constituyen “esas disposiciones mínimas que los Estados miembros únicamente podrá derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores” (STJCE 2007/14, asunto CGT y otros apartado 45), de todas formas en el caso de que tratamos se cumplen con holgura –como veremos- los umbrales numéricos previstos en el ET y la divergencia de éste con la Directiva 98/59 es irrelevante para la decisión del debate.”

A la vista de estos razonamientos, podemos avanzar que si bien es cierto que el proceso colectivo es de cognición limitada, también lo es que al mismo debe acudir cuando se den los requisitos numéricos/temporales/causales establecidos, lo que ocurre en los casos de despidos colectivos irregulares y de hecho. Y ello concuerda con la preferencia que la actual LRJS otorga a los procesos colectivos en detrimento de los individuales. De optar por la tesis contraria operaría el instituto de la caducidad y sería materialmente imposible obtener la necesaria tutela judicial efectiva.

Cuando estemos ante un supuesto de despido colectivo irregular y de hecho por cuanto que el despido se haya operado al margen del procedimiento específicamente establecido para ello (y de ahí su irregularidad) y además se haya ocultado su carácter colectivo (y de ahí su calificación como “de hecho”), muy probablemente esto se haya hecho para evitar la aplicación de las previsiones normativas establecidas a tal efecto. Este comportamiento patronal no puede obtener una resolución judicial favorable a sus pretensiones por cuanto que el tratamiento procesal le resulte más ventajoso. No es lícito que la posibilidad de acudir al procedimiento de despido colectivo o despidos individuales (plural) sea decisión unilateral y exclusiva del empleador que podría así optar, en función del número de despedidos, de la causa que alegue y cuando la alegue. Los supuestos de despidos colectivos irregulares y de hecho deberían necesariamente ser enjuiciados a través de esta modalidad para evitar el fraude de ley, pretendido a través del comportamiento patronal. De hecho, algunos autores indican que esta interpretación se ha seguido por el Tribunal Supremo, si bien en forma implícita, en pronunciamientos casacionales “que han abordado la cuestión relativa a la integración de otras extinciones contractuales, en los términos previamente analizados, como es de ver en las SSTS 18.11.2014 –Rec. 65/2014–, 19.05.2015 –Rec. 358/2014– y UD 26.11.2013 –Rec. 334/2013–.” (PRECIADO DOMÉNECH y FALGUERA BARÓ).

#### **4. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS PROCESOS DE DESPIDO COLECTIVO**

Negar a los representantes sindicales y legales de los trabajadores con representatividad en el ámbito del conflicto la posibilidad de articular demanda por despido colectivo vaciaría de contenidos los artículos 24 y 28 de la Constitución. Y ello porque determinar si estamos o no ante un despido de naturaleza colectiva es en sí la esencia del procedimiento regulado por el artículo 124 LRJS y para que exista una resolución judicial fundada en Derecho es, de hecho, el único camino al que puede acudir dicha parte.

La STS 26-12-2013 establece que no es posible accionar en el procedimiento colectivo del artículo 124 de la LRJS cuando no hay ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo. Sensu contrario, cuando sí existe sujeto colectivo y el mismo tiene voluntad de accionar, es lógico que pudiera accionar.

La vía de las demandas individuales tiene una naturaleza y configuración jurídica diferente –así como una legitimación activa diferente– que excluye a los legitimados activamente en la vía colectiva– y no alcanza a satisfacer el legítimo derecho de los representantes para que se resuelva si existe un despido ante el que se ha realizado al margen del procedimiento previsto –y de ahí su irregularidad– y ocultando su carácter colectivo –y de ahí su naturaleza “de hecho” o fraudulenta–. No permitir que un representante pueda accionar por la vía del despido colectivo (de conformidad con el artículo 124 LRJS) ante un despido colectivo irregular y de hecho resultaría contrario a lo protegido por los artículos 24 y 28 de la Constitución.

#### **5. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS IRREGULARES Y DE HECHO**

El Capítulo IV (De la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción) del Título II (De las modalidades procesales) de la LRJS contiene una referencia expresa a los Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor, así como a las extinciones por causas objetivas. A priori esta vía procesal resulta ser la única vía procesal adecuada para ventilar las pretensiones que se deduzcan al respecto. La calificación –o no– del despido como colectivo solo y exclusivamente puede obtenerse a través de tal *iter* procesal.

Por tanto, el control judicial sobre la existencia –o no– de las causas alegadas como aquellas que caracterizan a un despido como colectivo son la que justifican la existencia de esta modalidad procesal, a la que debe acudir tanto en el caso de despidos colectivos de hecho como de despidos colectivos irregulares. Determinar si estamos o no ante un despido de naturaleza colectiva es en sí la esencia del tal procedimiento, cuyo fondo queda limitado a concluir sobre la existencia o inexistencia de despido colectivo y al control de su causas y formalidades. Es decir, que para que exista una resolución judicial fundada en Derecho es el único camino al que puede acudir quien ostente tal pretensión es la establecida ex art. 124 LRJS.

Esta es la vía para impugnar tanto un despido colectivo irregular como un despido colectivo de hecho. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando nos enfrentamos ante una situación donde concurren a la vez ambas notas?

Cuando la pretensión de la parte demandante es que la sentencia declare no ajustada a Derecho la decisión extintiva porque entienda que el empleador no puede acreditar la concurrencia de las causas legales indicadas en la comunicación extintiva, debe necesariamente acudir a tal vía.

El debate de si es o no ajustada a Derecho la decisión extintiva, si existe o no causa legal, si se puede o no acreditar la concurrencia de causa legal y si se han cumplido con los requisitos formales establecidos para estos procedimientos únicamente puede efectuarse en el marco de este procedimiento.

El legislador ha establecido una muy clara preferencia a favor de la prioridad de ventilar las causas de naturaleza colectiva con carácter previo a las individuales. Y esto es plenamente coherente con la preferencia y especialidad de tales procedimientos. Esto es coherente con razones de eficacia y orden procesal que por evidentes a nadie se le pueden escapar.

Mantiene esta parte que es competencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia entrar a conocer y resolver las controversias sobre el elemento causal de los despidos colectivos irregulares y de hecho, esto es, si contratos temporales extinguidos son fraudulentos o no, si los ceses de los mismos lo han sido ex artículo 49.1.c) ET, si concurren las causas de finalización alegadas o si se han realizado *ante tempus*, si las cláusulas de temporalidad adolecen de nulidad ab origen o por mor del posterior desarrollo de las relaciones de trabajo y del resto de cuestiones de hecho y derecho que puedan permitir concluir si concurren o no las causas legales indicadas en las comunicaciones escritas cuando las hay. Por tanto, los despidos colectivos irregulares y de hecho deben ser necesariamente resuelto mediante el procedimiento establecido en el artículo 124 LRJS y su competencia corresponde a las Salas de lo Social.

Y que el proceso colectivo sea de cognición limitada es precisamente lo que justifica que a tal respecto sea el órgano que tiene atribuida tal competencia quien deba pronunciarse sobre todos los aspectos concernientes al mismo. No es coherente que el reparto competencial haga corresponder ciertos aspectos de los despidos colectivos a los Juzgados de lo Social y ciertos aspectos a las Salas de lo Social. De no aceptarse tal planteamiento se estaría impidiendo una reflexión judicial integral, coherente y global sobre todos los elementos –especialmente relevantes en las situaciones de hecho- que concurren en los despidos colectivos y que son necesarias conocer para concluir, desde un análisis completo del fenómeno, si se ha cumplido o no con las previsiones del ordenamiento jurídico.

Al superar los umbrales numéricos establecidos en el artículo 51.1 del ET para que se haya de acudir al cauce establecido para los despidos colectivos en relación con el artículo 124 de la LRJS, y tal y como indica el Tribunal Supremo en sentencias de 3 y 8 de julio de 2012 y seguida por la de 25 de noviembre de 2013, interpretando lo dispuesto en el artículo 51.1 del ET en relación con la Directiva 98/59, “solo podrá excluirse del cómputo numérico que lleva aparejada la calificación jurídica del despido colectivo, aquellas extinciones de contratos por tiempo o tarea determinados cuando la extinción se ha producido regularmente, pero en ningún caso cuando, como ocurre en el supuesto de autos, los despidos se han llevado a cabo no sólo antes de la finalización de la obra,

sino cuando la naturaleza de los mismos, por haberse realizado en fraude de ley, no era temporal sino indefinida”. Es por ello que debe entrarse a conocer por parte de las Salas de lo Social siempre que se supere el umbral numérico de treinta despidos en el período de referencia de noventa días y cuando la concurrencia del elemento causal sea el objeto discutido en el proceso.

11. La conclusión a la que llega el razonamiento desplegado por esta parte es que debe aplicarse el proceso previsto por el artículo 124 LRJS tanto a los despidos colectivos irregulares como a los despidos colectivos de hecho. Y no existe previsión legal alguna que excluya a ningún despido colectivo irregular o de hecho del procedimiento previsto para la modalidad colectiva en la LRJS. Son así, las Salas de lo Social del TSJA quienes deben conocer del doble enjuiciamiento al que se hace referencia en el Fundamento Jurídico Único del Auto de 5-3-2015 dictado por la Sala de lo Social de Sevilla del TSJA.

Por todo ello, discrepamos de la posición mayoritaria del Pleno de la Sala de lo Social explicitada en su sentencia de 22-12-2016 y consideramos más ajustada a Derecho la posición de los magistrados que suscriben el voto particular.

Y en tal sentido coincidimos con las opiniones doctrinales formuladas en relación con esta sentencia y que señalan: “Es evidente que la figura del “despido colectivo de hecho” (de conformación jurisprudencial como se ha dicho) tiene problemas prácticos significativos ante el silencio de la ley (y la conocida mala técnica legislativa que ha caracterizado las distintas reformas laborales de 2012 y 2013). Y ello es especialmente destacable en los supuestos de fraude de ley de contratos temporales o finalización “ante tempus” de los mismos.” (PRECIADO DOMÉNECH y FALGUERA BARÓ), así como: “Importante sentencia, sin duda, que de mantenerse su fundamentación y conclusiones en otras posteriores significaría a mi parecer una pérdida de relevancia del procedimiento de despido colectivo por la imposibilidad de entrar en el conocimiento de litigios en que se susciten cuestiones semejantes a la ahora analizados, y una merma de la tutela judicial efectiva” (ROJO TORRECILLA).

## 6. ARTÍCULOS DE REFERENCIA

García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R.: “De nuevo sobre las extinciones que deben computarse en el despido colectivo y los plurales criterios del tribunal de justicia de la Unión Europea” en Revista de Información Laboral número 12/2015, Ed. Lex Nova.

Preciado Domènech, C. H. y Falguera Baró, M. A.: “Despido colectivo y contratación temporal: una visión crítica de la STS 22.12.2016”, Blog de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia: <http://jpdsocial.blogspot.com.es/2017/02/despido-colectivo-y-contratacion.html>, febrero de 2017.

Rojo Torrecilla, E.: “Sobre los despidos colectivos de hecho y su protección vía art. 124 LRJS. ¿Cambio de rumbo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y regreso a las demandas individuales? Nota crítica a la sentencia de 22 de diciembre de 2016 (con voto particular discrepante de cinco magistrados y magistradas)”; Blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/02/sobre-los-despidos-colectivos-de-hecho.html> y [http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/02/sobre-los-despidos-colectivos-de-hecho\\_2.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/02/sobre-los-despidos-colectivos-de-hecho_2.html), febrero de 2017.



**LA ACTUACIÓN DEL ARBITRAJE EN LOS DESPIDOS  
COLECTIVOS TRAMITADOS DURANTE EL  
PROCEDIMIENTO CONCURSAL**

**JULIA DORMIDO ABRIL**

*Profesora Sustituta Interina , Área de Derecho Administrativo  
Universidad de Huelva*

**ÍNDICE**

1. APROXIMACIÓN AL PROCEDIMIENTO CONCURSAL
2. LOS ASPECTOS LABORALES EN LA LEY CONCURSAL
3. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL
4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL LAUDO
5. LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA

## EXTRACTO

El arbitraje que se presenta a continuación se desarrolla en el seno de un procedimiento concursal en el que la administración concursal o la representación de los trabajadores le solicitan al Juez del Concurso la sustitución del periodo de consultas por un arbitraje para poder llegar a acuerdos más favorables a todos los intereses en juego.

Sin embargo, se producen una serie de inconvenientes durante el desarrollo de tal medio en tanto que, los plazos con los que cuentan están fuertemente constreñidos por la norma y sujetos que pueden acudir están limitados.

Se trata de una serie de previsiones legales y convencionales sobre las que no hay uniformidad y que, por ende, deben ser corregidas por el legislador y los agentes sociales de forma que se potencie el empleo del arbitraje en tales supuestos.

Palabras Clave: Arbitraje, procedimiento concursal, despido colectivo

## ABSTRACT

The arbitration that is presented below takes place in a bankruptcy proceeding in which the insolvency administration or the representation of the workers request the Contest Judge to substitute the consultation period for an arbitration in order to reach more favorable agreements to all the interests at stake.

However, there are a number of drawbacks during the development of such a medium, while the deadlines they have are strongly constrained by the rule and subjects who can attend are limited.

This is a series of legal and conventional provisions on which there is no uniformity and, therefore, should be corrected by the legislator and social agents so that the use of arbitration is enhanced in such cases.

Key Words: Arbitration, bankruptcy procedure, collective dismissal

## 1. APROXIMACIÓN AL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

El punto de partida para la aplicación del arbitraje como medio autónomo de composición de conflictos laborales en el procedimiento concursal se encuentra en el artículo 1.2 ET que define como empresario a todas las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban las prestaciones de servicios de trabajadores por cuenta ajena y que, por ende, serán aquellos sujetos que formen parte del ámbito de aplicación de la norma mercantil.

En tal sentido, la Ley Concursal se ocupa en su artículo 64 de una serie de procedimientos de carácter laboral que pueden darse en el seno de la declaración de insolvencia de las empresas, entendiéndose éste como un momento de dificultad extrema que atraviesa el deudor común, según el artículo 2 LC, y que con carácter previo a la declaración de la quiebra decide emprender una serie de medidas que tendrán una repercusión directa sobre todos los agentes implicados en el ejercicio de dicha actividad o en la prestación de esos servicios<sup>1</sup>.

El objetivo principal de dicho proceso es la salvaguarda de la actividad empresarial por lo que, se establece una regla de ponderación entre todos los intereses en juego, que no son pocos, que servirá para decidir la forma más idónea en la que se debe proceder con

<sup>1</sup>Art.2 LC.: "1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles".

la finalidad de mantener viva la empresa a través de esa reestructuración que permitirá la continuidad del empleo. En tal sentido, se busca liquidar las deudas que tenga suscritas el deudor concursal, así como mantener los contratos de trabajo vigentes.

Sobre tales cuestiones ya se había pronunciado la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT) en su Convenio n° 173 donde se encarga de definir el concepto de insolvencia de una empresa, entendiéndose como aquel consistente en un procedimiento relativo a los activos del empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores; así como otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador, por ejemplo, cuando el monto del activo del empleador sea reconocido como insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia<sup>2</sup>.

En términos muy similares, aunque con una relevancia menor para el tema que nos ocupa, se encontraría el Convenio n° 95 en el que se considera que el salario en los casos de quiebra o de insolvencia tiene preferencia en el cobro con respecto a los derechos del resto de los acreedores, según lo dispuesto en su artículo 11<sup>3</sup>. No obstante, con la reforma de la Ley Concursal estos privilegios que ostentaban los trabajadores con respecto al crédito se han visto recortados, según el artículo 84.2,1 LC<sup>4</sup>.

A nivel europeo contamos con la Directiva sobre despidos colectivos<sup>5</sup> que se ocupa, asimismo, de los despidos colectivos que se producen como resultado de una decisión judicial tras el desarrollo de un procedimiento concursal.

A nivel nacional, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 86 ter, 1, apartado 2° establece que “las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral”<sup>6</sup>.

Como consecuencia de los últimos cambios legislativos en la materia concursal es más que conocido que la vis atrattiva para conocer de las medidas laborales que se vayan a adoptar en el procedimiento puramente mercantil van a ser competencia del juez de dicha jurisdicción en lugar de corresponderle al de lo social tal y como se venía practicando<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173). Ratificado por España el 16 de mayo de 1995 con ciertas exclusiones. En su artículo 1 se define el procedimiento concursal como “aquel que se inicia contra los activos del deudor, con el fin de pagar colectivamente a sus acreedores”.

<sup>3</sup> Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95). Si bien, dicho artículo no ha sido aceptado por España cuando se ratificó dicho instrumento el 24 de junio de 1958. De tal forma se expresa en el artículo 11.1: “En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional”.

<sup>4</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “aspectos laborales de la nueva ley concursal”. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid. N° 11, 2004. Pp. 99

<sup>5</sup> Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998. DOCE de 12 de agosto.

<sup>6</sup> LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). BOE de 22 julio de 1985.

<sup>7</sup> Al respecto, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia n° 2844/2018, de 6 de julio. AS 2018\1980. En dicha resolución se aborda la incompetencia del juez de lo social con relación a la impugnación de la extinción individual de quien fue incluido en un ERE.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla la Mancha, n° 239/2018, de 19 de marzo. JUR 2018\3353.



Así lo expresa la redacción actual del artículo 57 ET en el que se señala que, cuando se trate de un procedimiento concursal en el que se pretenda aplicar una modificación sustancial, una suspensión o una extinción colectiva de los contratos de trabajo se debe de acudir a las especialidades contempladas en la citada ley concursal, concretamente, en su artículo 64.

Esta fuerza se produce en virtud del artículo 8.2 LC en el que se exige el acuerdo con los representantes de los trabajadores cuando se vayan a llevar a cabo alguna de las medidas anteriormente propuestas. Del mismo modo, se obedecerán los principios que se determinan en cualquier procedimiento en el orden social dando así uniformidad a un proceso que con carácter previo a la aprobación y entrada en vigor de la mencionada norma, se sustanciaba de forma separada<sup>8</sup>. Sin embargo, al formar actualmente parte de la misma pieza judicial se exige una cierta especialización con respecto a los operadores judiciales en el sentido de que, conocerán de aspectos muy concretos de órdenes diferentes<sup>9</sup>.

Si bien, la cuestión relativa a la competencia no resulta del todo pacífica sobre todo por dos cuestiones: La primera, es la relativa al momento en el que se declaran dichas medidas laborales con relación a la declaración de insolvencia y, la segunda, se encuentra relacionada con la posibilidad de impugnar el auto del juez del concurso en cuyo caso, se hará ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia competente.

Con relación a la primera cuestión, a su misma vez, debe tener en cuenta que si se han llevado a cabo cualquiera de las vicisitudes o extinciones mencionadas con carácter previo a que se declare el concurso, se habrá hecho ante el juez de lo social que seguirá conociendo de todos aquellos aspectos conexos que surjan con relación a estas en tanto que, ya haya recaído un pronunciamiento definitivo por su parte, según lo dispuesto en el artículo 64.1 LC. Si por el contrario no se contaba con una resolución definitiva de éste, toda la competencia recaerá sobre el juez del concurso<sup>10</sup>. Así lo afirman los artículos 2,a LRJS a favor del juez del orden mercantil para el segundo supuesto y el artículo 3,h LRJS<sup>11</sup> que determina la materia sometidas al conocimiento del juez de lo laboral, tratándose en esta ocasión de la impugnación de los laudos arbitrales dictados en sustitución de la negociación colectiva que sería el tema principal que aquí nos ocupa.

## 2. LOS ASPECTOS LABORALES EN LA LEY CONCURSAL

Como ya se ha anunciado previamente, el mencionado artículo 64 LC se encarga del despido colectivo que se va a llevar a cabo durante la tramitación de un procedimiento concursal, regulado en el artículo 51 TRET<sup>12</sup>. El precepto destaca por la ambigüedad con

<sup>8</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La competencia laboral de los jueces del concurso”. En Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 9/2009. Ed. Aranzadi. 2009.

<sup>9</sup> CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.: “El procedimiento del incidente concursal en materia laboral”. Comunicación a la Ponencia Temática II. En Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (881-895), Granada: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2006. Pp 881-895.

La autora considera que el juez de lo mercantil es un juez ordinario predeterminado por la ley y que, por ende, su actuación se encuentra dentro las garantías jurídicas establecidas en el artículo 24.2 CE que, como sabemos, se consagra como uno de nuestros derechos fundamentales.

<sup>10</sup> Al respecto, el artículo 51.1 LC: “Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.”

<sup>11</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la jurisdicción social. «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

<sup>12</sup> Es obligatorio señalar que la Ley Concursal contempla, además, la extinción de contrato del personal de alta dirección. Tal cuestión no será abordada en el presente trabajo principalmente por dos motivos: El primero, porque

la que se hace referencia a todos estos procedimientos que requieren de un desarrollo detallado o de una norma ulterior que se ocupe de los mismos<sup>13</sup>.

Así ocurre con el despido individual que, de la literatura del artículo puede desprenderse una exclusión, puesto que es una materia que, en principio, es de conocimiento del Juez de lo Social<sup>14</sup>. No obstante, éste debe de haberse tramitado con carácter previo a la iniciación de la declaración de insolvencia, dado que en el momento en el que ésta se inicie adquirirá el carácter de colectivo y por ende pasará al ámbito del juez de lo mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8,2º LC.

Podría resumirse de esta forma que, según el artículo 86 ter, apartado 2 LOPJ el juez del concurso sólo conocerá de las cuestiones colectivas que se pretendan llevar a cabo durante tal procedimiento y que, a su vez, hayan sido solicitadas por alguno de los tres actores del mismo.

Las partes a las que se acaba de hacer referencia son: la Administración concursal, el deudor y la representación de los trabajadores. Con respecto al primero de los sujetos, no depende del deudor concursal, sino que, como sabemos, es designada por el juez para defender la masa y los intereses implicados en el procedimiento. La administración concursal se regula en los artículos 26 y ss. de la ley concursal y se trata de un órgano independiente que vela por los intereses de la masa y que, a su vez, colabora con el juez del concurso sin que represente, en ningún caso, al deudor concursal. Del mismo modo, según el artículo 44.3 LC, entre sus competencias le corresponde la adopción de las medidas necesarias para continuar la actividad profesional o empresarial en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, que serían aquellas que se dilucidan en este capítulo.

El segundo de los actores es el deudor concursal al que se hizo referencia en el primer epígrafe y que junto a la administración, suele ser la parte más activa en cuanto a la presentación de la solicitud de adopción de cualquier medida laboral ante el juez. Con respecto a éste el aspecto más interesante se puede relacionar con el tipo de empresa de que se trate, pudiendo estar configurada como: pequeña, media o gran empresa o, incluso por una red empresarial o un único centro de trabajo con un elevado número de empleados<sup>15</sup>.

---

el proceso para declararla no sigue la regla establecida para el resto de supuestos contemplados en el Estatuto de los Trabajadores por lo que, no puede hablarse de que se abra ningún periodo de consultas. El segundo y más importante motivo radica en el hecho de que no puede hablarse, en ningún caso, de una medida de carácter colectivo y que, por ende, no será de aplicación el arbitraje en este supuesto.

<sup>13</sup> Se trata de una de las características de la Ley Concursal criticada por la doctrina en tanto que, de ella se desprende la necesidad de que una norma posterior la desarrolle. Al respecto CRUZ VILLALÓN, J.: En el prólogo de MOLERO MARANÓN, M.L.: "El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal". Consejo Económico y Social, Colección Estudios, nº 198. Madrid, 2007.

<sup>14</sup> Con relación a este aspecto, Auto de la Sala Especial del TS de 27/09/2017. En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN, J.: "Despidos y suspensiones del contrato de trabajadores en las situaciones concursares". Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, 2, 509-552. El autor considera que "son excluidos del ámbito de aplicación de la ley aquellos despidos que tengan un carácter individual o plural, aun cuando la cosa justificativa de estos últimos sea igualmente una situación de insolvencia empresarial". Por ende, no pueden entenderse como competencia del juez del concurso los despidos tramitados al amparo del artículo 52, c y Disp. Adicional 16ª ET.

<sup>15</sup> Por ello, para el cómputo de los trabajadores que se van a ver afectados por esta medida se han de seguir las reglas del artículo 51.1 ET que, además, debe de interpretarse, teniendo en cuenta dos aspectos importantes: El primero, que con relación al lugar, no es determinante la empresa en sí, sino lo que constituye el propio centro de trabajo (STJUE 13/5/2015).

En segundo lugar, con relación a la extinción de los contratos de trabajo, se han de computar todos aquellos que estén vigentes a la hora de iniciar el procedimiento concursal. Así como, el periodo de 90 días que marca la ley no debe de ser entendido solamente hacia atrás en el tiempo, sino que, también, computa el tiempo determinable.

Por su parte, con respecto a la tercera parte implicada queda claro que toda acción que se emprenda contra el deudor concursal debe de ser llevada a cabo a través de la representación de los trabajadores en cualquiera de sus dos modalidades, ya sea con respecto al canal estatutario, es decir, delegados de personal o comité de empresa o bien, con relación a la vía sindical, encabezada por las secciones y delegados<sup>16</sup>.

Por tanto, el periodo de consultas será declarado por el juez del concurso y contará con un plazo no superior a 30 días naturales como regla general, o bien, a 15 para desarrollarse cuando se trate de empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores<sup>17</sup>. Cabe señalar que la norma ha establecido un principio de supletoriedad con respecto a la legislación laboral por lo que, en el propio artículo se hace alusión a las reglas que han de aplicarse con relación a la consecución de un acuerdo en tal fase de negociación y que, se encuentran reguladas en el artículo 41 ET. En concreto, dicho precepto se ocupa de la determinación de los sujetos legitimados para ejercer la representación de los trabajadores, además de lo que veremos a continuación, la posibilidad de sustituir el periodo de consultas por un arbitraje.

### 3. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La sustitución del periodo de consultas por el arbitraje es totalmente lícita en este procedimiento concursal, toda vez que el propio artículo 64.5 in fine LC así lo ha dispuesto, así como la remisión última a la normativa laboral, en concreto al artículo 41 ET, hace factible tal circunstancia.

#### 3.1. El anclaje legal

Pese a que pareciera que el legislador incorporase la previsión de sustituir el periodo de consultas por una mediación o un arbitraje por el mero hecho de integrar en la norma mercantil la dicción de los preceptos laborales, la realidad es que con ella se faculta a las partes a que acudan a tales medios. s se basa en el sometimiento a la legislación en todo lo no expuesto en la concursal.

Así pues, se ha previsto en la norma que tanto el empresario como la representación de los trabajadores acuerden en cualquier momento del procedimiento la sustitución del periodo de consultas por una mediación o un arbitraje en el ámbito de la empresa y que, a su vez, deberá desarrollarse en el mismo plazo en el que se hubiera producido la negociación. No obstante, en los respectivos convenios colectivos se puede haber establecido que llegado el momento de aplicar cualquier de estas medidas, el periodo de consultas se sustituya por un arbitraje, según lo dispuesto en el artículo 85.1 ET, cuestión que facilitaría la consecución de un acuerdo<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Doble canal de representación: En primer lugar, con relación a la representación colectiva, los delegados de personal, art. 62 ET, y comité de empresa, artículo 63 ET. En segundo, la representatividad sindical, según los artículos 6 y 7 LOLS, dependiendo si se toma como referencia el ámbito estatal o autonómico. Ley 11/1985, de 2 de agosto, Orgánica de Libertad Sindical. BOE de 8 de agosto de 1985.

<sup>17</sup> El plazo establecido en la norma mercantil para desarrollar el periodo de consultas se ha ampliado al doble de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores que daba una previsión máxima de 15 días, tal y como puede apreciarse en el artículo 40.2, en el 41.4, así como en el 47.1. Por tanto, la convergencia con respecto al periodo de referencia de la Ley Concursal se ha establecido íntegramente con lo dispuesto en el artículo 51.2 ET en relación a los despidos colectivos.

<sup>18</sup> A tal efecto, se establece en el citado precepto: “Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y , en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y

Además de esto, no puede obviarse la importancia que posee en nuestro sistema de relaciones laborales el resultado de los pactos entre los agentes sociales que, asimismo, constituyen una fuente más del mismo y que aparece así configurada a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 ET en el que se faculta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma a establecer a través de acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre las reglas para resolver los conflictos, así como acuerdos sobre materias concretas, según el mismo artículo, apartado número 3.

Es en este ámbito en el que, como sabemos, se desenvuelve el Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales<sup>19</sup> que ha previsto en su artículo 4.1, h la sustitución del periodo de consultas, a través de la decisión judicial, por la mediación y el arbitraje cuando lo solicite la administración concursal o de la representación legal de los trabajadores, en los supuestos del artículo 64.5, párrafo último, de la Ley Concursal.

Así como, fruto de la descentralización que caracteriza a nuestro Estado español, según el artículo 2 de nuestra Constitución y su propio Título VIII<sup>20</sup>, debemos recordar que en cada una de las Comunidades Autónomas se ha podido prever en el seno de los acuerdos interprofesionales celebrados en dicho ámbito territorial, la incorporación de dicha sustitución del periodo de consultas por una mediación y un arbitraje. Así sucede en Andalucía, en cuyo Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales se otorga dicha posibilidad en su artículo 4.2,b, 2º<sup>21</sup>.

### **3.2 Las partes legitimadas para solicitar el arbitraje**

El procedimiento arbitral se inicia con la solicitud al juez del concurso, según el artículo 64.5 LC, efectuada por la administración concursal o la representación legal de la empresa concursada para que se lleve a cabo cualquiera de las siguientes medidas: las modificaciones sustanciales, los traslados colectivos, la reducción de la jornada, la extinción o suspensión colectivas de los contratos<sup>22</sup>.

Los sujetos legitimados para su iniciación, por ende, han quedado reducidos exclusivamente a dos, según lo establecido en el artículo 64.5 in fine LC en cuyo caso el Juez podrá acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas.

Por su parte, el deudor queda marginado de esta posibilidad, agravándose incluso por el hecho de que la propia Ley Concursal establece en su artículo 52.1, la prohibición de que el deudor pueda suscribir un arbitraje, pues todos estos una vez iniciado el concurso quedarán sin efectos. Sin embargo, nada obsta a que la administración concursal y los representantes de los trabajadores puedan suscribirlo, en tanto que, es la propia ley la que faculta a las partes a que se traslade el acuerdo resultante del periodo de consultas a la decisión del árbitro. La voz del deudor queda silenciosa, quedando a merced de los

---

las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51...”.

<sup>19</sup> Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales. BOE de 23 de febrero de 2012.

<sup>20</sup> T. VIII CE “de la organización territorial del Estado”. BOE de 29 de diciembre de 1978.

<sup>21</sup> Resolución del 18 de julio de 2018, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se ordena la inscripción y publicación del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía.

<sup>22</sup> Teniendo en cuenta la primera particularidad en cuanto a la representación de los trabajadores en la empresa, pues si no se siguen las reglas del artículo 41.4 ET lo que puede hacer el juez del concurso es designar una comisión compuesta por un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y, a su misma vez, los representativos del sector al que pertenece la empresa concursada, según el artículo 64.2 LC.

representantes de los trabajadores o de la administración concursal la decisión del sometimiento de la controversia a un tercero<sup>23</sup>. En la norma laboral el empresario tienen un papel relevante a la hora de adoptar cualquiera de las medidas expresadas anteriormente, puesto que en las mismas es él mismo el que las inicia.

La diferencia que marca la norma laboral con respecto a la mercantil se sitúa en el hecho de que la primera faculta a que el empresario y los representantes de los trabajadores decidan someterse voluntariamente a un arbitraje, mientras que la segunda sólo faculta, como decimos, a la administración concursal o a la representación de los trabajadores. Pese a que con dicha medida se evitan las interferencias del deudor en el proceso, sí que es cierto que, los posibles acuerdos que se pudieran dar entre estos y los representantes de los trabajadores carecen de validez alguna, toda vez que no se permite que sea un sujeto activo en dicha fase del proceso.

El juez del concurso no puede decidir acerca de la conveniencia o no de sustituir el periodo de consultas por un arbitraje, así como tampoco puede desprenderse de la literalidad del precepto que pueda obligar a las partes a suscribir un compromiso arbitral<sup>24</sup>. En el momento en el que alguna de las partes lo solicite, automáticamente queda este mecanismo convocado<sup>25</sup>. La posición que adopta el Juez del concurso en esta fase de reduce a la de la convocatoria o apertura del periodo para que las partes se sometan al arbitraje, al igual que si se tratase de iniciar el periodo de consultas, momento, en todo caso, que se basa en el emplazamiento formal a las partes con el lugar y la hora para acordar el nombre del árbitro. En el caso de que el periodo de consultas se hubiese iniciado y que del mismo no fuese posible que resultase acuerdo alguno, puede resultar que las partes comuniquen el juez acerca de su deseo de acudir ahora a un arbitraje. En tal situación, podría afirmarse que el juez del concurso repetirá la función anteriormente realizada de convocar a las partes en fecha y tiempo, pero esta vez, para la suscripción del correspondiente compromiso arbitral.

Sin embargo, en el ASAC encontramos en el artículo 13,f una referencia al juez del concurso como persona únicamente legitimada para instar a la mediación y por remisión del artículo 19 al arbitraje. Si bien, llama la atención que el primero de los preceptos pareciera ser excluyente en el sentido de que, únicamente es el juez el que está facultado para instar el arbitraje en dicho proceso concursal. Si bien, no puede desprenderse de la literalidad del acuerdo que haya una contradicción con respecto al artículo 64 LC, puesto que en todo momento la norma mercantil asevera que hay un sujeto, el juez, que es el único competente para acceder o denegar las peticiones que las partes le formulen y que, por ende, el cauce a través del cual se inicia el arbitraje no puede ser otro que el de la autoridad judicial.

Con respecto al hecho de si bastaría con que una sola de las partes le solicitase al juez el inicio de tal mecanismo para que así se procediese cabrían ciertas dudas. No parece ser un error de literatura, sino más bien una intención del legislador la de introducir la posibilidad que aquí se expone en tanto que, las partes no tienen ninguna vinculación

---

<sup>23</sup> En sentido contrario a que no pueda negociar el deudor concursal ni en el supuesto de haber sido éste quien solicitase al juez del concurso alguna de las vicisitudes o extinción de los contratos MOLERO MARANÓN, M.L.: "El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal". Consejo Económico y Social, nº 198. Madrid. 2007. Pp. 159.

<sup>24</sup> En sentido opuesto TALÉNS VISCONTI, E.: "Las medidas laborales en el proceso concursal". Ed. Aranzadi. Navarra, 2017. Pag. 277. Que entiende que las partes deben solicitar al juez del concurso la sustitución de este periodo por el arbitraje y que éste puede aceptarlo o negarlo, debiendo motivar la desestimación.

<sup>25</sup> Dicha cuestión, como más adelante veremos, sí que puede plantear conflictos con relación a la dición otorgada a los acuerdos interprofesionales.

entre ellas, no se conocen, la administración concursal ha sido designada por el juez y, por tanto, resultará difícil que puedan cumplir con esa exigencia previa de suscripción de un compromiso previo arbitral.

Si bien, se observa que dicha literalidad se encuentra en contraposición con los acuerdos interprofesionales, tanto a nivel estatal como autonómico, pese a que el último ASAC es de una fecha coetánea a la modificación de la ley Concursal del año 2011. En tal sentido, el artículo 18 ASAC establece que las partes son las que acuerdan voluntariamente encomendar a un tercero y aceptar de antemano la solución que éste dicte sobre el conflicto suscitado<sup>26</sup>.

Este acuerdo entre las partes se hace patente con la presentación de la solicitud de arbitraje ante el Servicio Interconfederal que, según lo dispuesto en el artículo 20 del ASAC, irá acompañado del escrito que hayan formulado los sujetos legitimados en el que, además, se deberá proponer al árbitro, indicar la identidad de esos sujetos, las cuestiones concretas que se someten al mismo, el compromiso de aceptación y la tipología del conflicto que se pretende resolver entre otros aspectos.

Como puede concluirse, tales pactos son más restrictivos incluso que la propia norma mercantil que faculta a que una sola de las partes pueda instar al juez a que convoque a un periodo de consultas que, posteriormente, podrá ser sustituido por un arbitraje. Esto nos conduce a pensar que dicha vía autónoma podrá solicitarse unilateralmente y que podría plantearse dicha cuestión en los acuerdos puesto que, si no hay un consenso en el seno de la negociación, será preferible que sea un tercero ajeno e imparcial el que les dote de la misma a que se realice en vía jurisdiccional.

### 3.3. La designación del árbitro

Uno de los problemas relacionados con el escaso tiempo que tanto el Estatuto de los Trabajadores como la Ley Concursal concede al periodo de consultas se traslada a la designación del árbitro que, según las reglas establecidas en el ASAC y en el SERCLA, ha de hacerse de mutuo acuerdo.

Hay que tener en cuenta que la solicitud del mecanismo heterónimo puede ser formalizada tanto ante el SIMA como ante cualquiera de los Consejos o Servicios asimilados a nivel autonómico, como es el CARL en Andalucía, dependiendo del ámbito territorial en el que se produzca la controversia, y que desde ese momento se inicia el proceso para la designación del tercero que no tiene por qué haber sido nombrado con carácter previo por las partes.

Al respecto los artículos a señalar tanto de uno como de otro acuerdo interprofesional estatal son los 20.3 y 31. Contemplándose en el artículo 32 de nuestra norma convencional andaluza que puede darse la recusación lo que, a su vez, comportará que el laudo se deberá de dictar con mayor premura al agotar ciertos días con tales procedimientos.

---

<sup>26</sup> Con una letra muy similar el artículo 28.2 SERCLA nos indica que “el sometimiento al procedimiento arbitral en los conflictos laborales ... tendrá en todo caso carácter voluntario y, a tal efecto, requerirá el mutuo acuerdo expreso y por escrito de las partes legitimadas para ello”, así como en el artículo 30.2 se exige que el acuerdo sea adoptado expresamente por las partes.

### 3.4. El desarrollo del procedimiento arbitral

En todo caso, habría que tenerse en cuenta que se trata de asegurar la viabilidad de la futura empresa, así como del mantenimiento del empleo y que, por tanto, si las medidas anteriormente anunciadas y solicitadas por los protagonistas del concurso al juez competente para su procedimiento no se realizan, se podría dar lugar a situaciones de imposible o de muy difícil reparación. Motivo por el cual, en las primeras líneas, se hacía referencia la regla de la ponderación con relación a los intereses afectados<sup>27</sup>.

La norma mercantil no ha ampliado, en ningún caso, el plazo prestablecido por la legislación laboral para el desarrollo de las negociaciones de las vicisitudes o extinciones que se pretenden adoptar. En tal sentido el artículo 64.5 LC determina que el periodo de consultas no podrá ser superior a 30 días naturales, o a 15, cuando se trate de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores. Al tratarse de la sustitución de dicha fase por el arbitraje, éste tiene que desarrollarse cumpliendo las fechas anunciadas lo que comportará mayor celeridad y sumariedad con respecto a cualquier otro arbitraje laboral.

En los artículos 7 y 20 del Real Decreto 1483/2012<sup>28</sup> se establecen los plazos en los que se han de desarrollar cada una de las fases que componen, respectivamente, al despido colectivo y a la suspensión del contrato de trabajo, así como a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debiendo ser fijada la primera sesión en un plazo no inferior a tres días o no inferior a un día desde la entrega de la comunicación, en ambos casos<sup>29</sup>.

Tenemos que señalar que este arbitraje se puede instar por una de las partes, sin compromiso expreso previo, en cualquier momento dentro de esos treinta o quince días. Por tanto, es muy posible que las partes hayan intentado una avenencia por sí mismas y que a la vista de los escasos resultados decidan someter su decisión a un tercero. En ese caso el cómputo de los plazos no comienza desde el momento de la solicitud, sino que se inicia en el momento mismo en el que se abre el periodo de consultas.

Según el artículo 21 ASAC el trámite de audiencia a los interesados debe de producirse a efectos de que no se vulneren los principios de igualdad y de contradicción ni de que pueda producirse indefensión por lo que, desde el momento en el que se designe al árbitro, éste deberá de tener en cuenta el cumplimiento de los plazos.

Una vez que ha sido recibida la solicitud, según el apartado 5 de la mencionada norma mercantil, se procede a la apertura de un periodo de consultas, cuya duración no superará los treinta o quince días naturales, dependiendo de si la empresa cuenta con más de cincuenta trabajadores o no. Cabría señalar que en esta fase el concursado no puede actuar, salvo que medie autorización expresa por parte del juez del concurso.

Asimismo, la administración concursal y los trabajadores cuentan con el derecho de comunicación con respecto al conocimiento de que haya otros interesados que puedan

---

<sup>27</sup> A efectos de reforzar dicha posición con respecto a la administración concursal, cabría traer a colación el artículo 3.1 LC en el que se establece que están legitimados para solicitar el concurso “el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”.

<sup>28</sup> Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. BOE de 30 de octubre de 2012.

<sup>29</sup> Según el artículo 7.2 “a la apertura del periodo de consultas se fijará un calendario de reuniones a celebrar dentro del mismo, que respetará lo establecido en este artículo, si bien las partes podrán acordar de otra forma el número de reuniones e intervalos entre las mismas”. Así como, en el mismo artículo, apartado 3 se establece que “salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el apartado anterior, la primera reunión del periodo de consultas se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación a la que se refiere el artículo 6.1”.

constituir una unidad de empresa con la concursada, circunstancia a la que el artículo 64 se refiere cuando le otorga la posibilidad a que las partes antes citadas y facultadas para negociar puedan solicitar la participación de otras personas físicas o jurídicas que formen parte de dicha red empresarial. Tratándose de un arbitraje, si tal propuesta es aceptada por el Juez, éste deberá de darle traslado al árbitro de forma que pueda solicitar aquellos documentos o alegaciones que precise a los nuevos interesados en la fase arbitral.

En el artículo 21.1 ASAC se establece un plazo en el que el árbitro o árbitros comunicarán a las partes la resolución adoptada dentro del plazo fijado en el compromiso arbitral, notificándolo igualmente a la Secretaría del SIMA y a la autoridad laboral competente. En el mismo precepto se fija un plazo máximo de 10 días hábiles desde la designación del árbitro para aquellos casos en los que la solicitud con el correspondiente compromiso no hubiese reflejado periodo alguno, pudiendo ser este, incluso, prorrogado. Sin embargo, esto no debe ser tenido en cuenta en el supuesto objeto de estudio en el presente capítulo, puesto que la propia norma mercantil ha definido un periodo con bastante rigidez.

#### **4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL LAUDO ARBITRAL**

Con relación a la resolución que dicte el tercero imparcial se producen una serie de consecuencias que son difíciles de determinar debido a la laguna jurídica que existe con relación a algunos aspectos concretos del arbitraje. Pese a que la labor de los agentes sociales, así como la del legislador por incorporar a las relaciones laborales los medios autónomos de resolución de conflictos es enorme, no se puede pasar por alto el hecho de que aún cuentan con innumerables deficiencias.

Sin ir más lejos, con relación a la obligación que tiene el empresario de trasladar a la autoridad laboral el resultado del periodo de consultas llevado a cabo entre las partes, nada se dice acerca de si el árbitro está sujeto al mismo imperativo legal. En el caso de que se tratase de un periodo de consultas al uso, el acuerdo resultante de tales negociaciones debe ir directamente a la autoridad laboral que hubiera conocido de cualesquiera de tales medidas, según el artículo 25 del RD 1483/2012. Por tanto, teniendo en cuenta tales circunstancias quedaría por determinar si dicho laudo que se caracteriza por estar revestido de auctoritas debe o no de ser comunicado antes por la autoridad laboral competente, entendiéndose que si se hace de tal forma será simplemente por cumplir con los trámites burocráticos<sup>30</sup>.

Las cuestiones más destacables son aquellas que se relacionan con el contenido del laudo arbitral, la eficacia del mismo y los efectos que producen en el propio proceso concursal.

En cuanto al contenido, como mínimo, el laudo deberá hacerse cargo de todas aquellas cuestiones que, a su misma vez, deben ser acordadas por los sujetos implicados, administración concursal y representación de los trabajadores durante el plazo establecido para el periodo de consultas. Por tanto, en el laudo aparecerá la identidad de los trabajadores afectados, así como se regularán las indemnizaciones que deban otorgarse y que, además,

---

<sup>30</sup> El artículo 12.5 y 5 del RD 1483/2012, exige que sea el empresario el que remita a la autoridad laboral (órganos administrativos del artículo 25 de la misma norma) los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas, debiendo ser la primera la encargada de dar el correspondiente traslado a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social, en el caso de que se trate de un despido colectivo.



habrán de ajustarse a la legislación laboral, según lo dispuesto en el artículo 64.6 LC. No obstante, la propia norma faculta a las partes negociadoras a que se pacte una cantidad superior, sobre todo en el caso de que la medida adoptada sea un despido colectivo, según lo dispuesto en el artículo 51 ET, por ende, dicha potestad quedará trasladada al laudo dictado por el árbitro.

En primer lugar, aunque de forma explícita no lo diga el precepto hemos de entender que la representación de los trabajadores y de los integrantes de la administración concursal que han instado a dicho mecanismo deberá quedar reflejada en la resolución del árbitro, pues esta circunstancia puede dar lugar a una posible impugnación del laudo arbitral, acusándose a través de ella la falta de legitimación.

Sin duda, el aspecto más controvertido de este capítulo en relación con el arbitraje se centra en los efectos del laudo que, incluso, ha suscitado dudas entre la doctrina. Así, para algunos autores los efectos del laudo deberían de adquirir la consideración del propio auto judicial mientras que, para otros, simplemente deberían de ser asimilados a los acuerdos resultantes en el periodo de consultas<sup>31</sup>.

Los efectos y eficacia de este laudo van a ser las mismas que las que tendría el acuerdo que hubiesen alcanzado las partes durante la negociación colectiva, puesto que, recordemos, se trata de una sustitución de tal periodo y que en tal sentido se contempla en el artículo 85.1 TRET.

Asimismo, en el artículo 21.3 ASAC se le otorga eficacia inmediata en tanto que, se establece la efectividad desde el mismo momento en el que se dicta. De igual forma, en el art. 22 ASAC se vuelve a reiterar lo expuesto en el Estatuto con respecto a los efectos de dicha resolución con relación a los mencionados preceptos, otorgándole la misma eficacia que lo pactado en dicho periodo de consultas, añadiendo el artículo 64.6 LC a la dicción<sup>32</sup>.

Sin embargo, las medidas que se adopten por el juez del concurso a través del laudo arbitral van a alterar aquello que se hubiere pactado en el convenio colectivo sin tener en cuenta los requisitos que la propia norma laboral establece para que esta circunstancia se lleve a cabo, como puede ser la legitimación de las partes sobre todo a efectos de representación de los trabajadores.

## 5. LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Una de las cuestiones ya más que superada a través de la legislación con relación al arbitraje es el hecho de si éste puede infringir o no el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución española, derecho fundamental especialmente protegido. Situación más que comentada por la doctrina y la jurisprudencia que no han podido más que confirmar el respeto de tal mecanismo a los intereses de las partes.

Con relación a ello, la impugnación del laudo arbitral puede constituir uno de los aspectos más controvertidos en tanto que, el auto del juez del concurso solo puede ser recurrido en suplicación, tal y como queda regulado en los artículos 64.8 y 197 LC, así como el resto de recursos previstos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que,

<sup>31</sup> Al respecto. Op. Cit. TALÉNS VISCONTI. "Las Medidas...". Pp. 278.

<sup>32</sup> El SERCLA añade en su artículo 34.1 que es vinculante y que, además, tendrá ejecutividad, cuestión que conecta con el hecho de que el juez del concurso no tiene margen de discrecionalidad, según lo dispuesto en el apartado séptimo del mismo precepto mercantil, sino que se limita a suscribir el laudo arbitral e incorporarlo al auto que dicte posteriormente en el plazo de 5 días.

desde ese momento, se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales. Es a partir de este momento cuando el conocimiento de los aspectos laborales que, al inicio, se le habían otorgado al juez del concurso para su conocimiento vuelven al orden de lo social, pero en una segunda instancia.

Son diversas las normas que se ocupan de esclarecer tal cuestión, ocupándose el artículo 75.2 LOPJ que atribuye competencias a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia para el conocimiento de recurso de suplicación, siendo dos los órdenes judiciales competentes<sup>33</sup>. Palabras que suscribe el artículo 7,d LRJS que, a su vez, conecta con el artículo 75.2 LC que dispone que “la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia conocerá de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia”<sup>34</sup>.

Si bien, teniendo en cuenta la literalidad de la norma la duda queda abierta con respecto a una serie de cuestiones como son: De un lado, qué sucede cuando se producen en el laudo una serie de defectos de forma como, por ejemplo, que las partes legitimadas para solicitarlo no tuvieran tal consideración. De otro, qué sucede con relación al contenido, si existe algún vicio o si el mismo se excede de las cuestiones que tenían que ser objeto de su conocimiento<sup>35</sup>.

En todo caso, habiendo quedado determinado ya el orden competente para conocer del recurso contra los laudos arbitrales y teniendo en cuenta que los efectos que estos producen, tal y como se dejó apuntado en el epígrafe anterior, son los mismos que los del acuerdo resultante de la negociación colectiva o periodo de consultas, sólo queda aplicar los preceptos oportunos.

En un primer término, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en su artículo 65.4 y, a continuación, en el artículo 22.3 ASAC y en el resto de acuerdos interprofesionales autonómicos se da respuesta a la cuestión del contenido del laudo, es decir, cuando el fundamento de la impugnación se base en el exceso del arbitraje porque éste resuelva aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, o bien, porque se trate de un vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas. El plazo que tienen las partes para recurrir el mismo es de 30 días que, además, señala la norma como hábiles.

---

<sup>33</sup> De esta forma el artículo 75.2 LC dispone que “la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia conocerá de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia”.

<sup>34</sup> Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 197.8 LC, la sentencia que resuelva el incidente concursal laboral es una solución de contenido laboral que, además, es recurrible en suplicación tal y como acabamos de señalar. Se trata de un recurso extraordinario de revisión paradigmático en la jurisdicción social al que el mismo artículo no le reconoce efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso. Dicha cuestión, sin duda, va a ser determinante en la eficacia de la sentencia que en su día dictare la sala del TSJ correspondiente. Así lo expresa y afirma CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: “El procedimiento del incidente concursal en materia laboral”. Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Granada, 2006. p 881-895.

<sup>35</sup> En el artículo 64.7 LC se determina que las circunstancias por las cuales no procederá el juez a adoptar las medidas propuestas se basan en la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Si bien, según lo establecido en el artículo 191.2 LRJS no todas las materias laborales sobre las que se decidan en el proceso laboral son objeto de ser recurridas en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, puesto que algunas de estas están expresamente excluidas cuando no tengan la consideración de colectivas<sup>36</sup>. Si bien, si no se dan ninguna especialidad y todas pueden ser encuadradas entre las vicisitudes o extinciones expuestas al inicio del presente capítulo, será de aplicación en su integridad el artículo 191.4 LRJS que otorga la facultad a las partes de interponer el correspondiente recurso contra los autos y sentencias dictados por los Juzgados de lo Mercantil, debiendo consignarse expresamente y por separado, los hechos que se estimen probados.

El objeto del recurso de suplicación deberá basarse en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 193, tales como: en primer lugar, reponer los autos al estado en el que se contratan en el momento de cometer la infracción de normas o garantías del procedimiento que hayan producido la indefensión. En segundo, revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, o bien, examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

El plazo que tendrá cualquiera de las partes es de cinco días para manifestar su intención de recurrir desde el momento en el que se practique la notificación de la sentencia, según el artículo 194 LRJS, debiendo materializarse el mismo dentro de los diez días siguientes a que el secretario judicial ponga el auto a disposición de la representación de la parte recurrente<sup>37</sup>. Del mismo modo, se le dará traslado del auto y de la impugnación a las otras partes en el plazo de dos días para que formalicen la contestación en un plazo de cinco, según el artículo 197.1 LRJS.

Los efectos que puede producir la sentencia con respecto a la estimación del recurso se fundamentan en la anulación o revocación de la sentencia recurrida, mientras que, la desestimación determinará la confirmación de la resolución recurrida en los términos señalados en el artículo 201.1 y 202 LRJS.

Con respecto al primero de los supuestos, el de la estimación, dependerá del motivo por el que se acudió a la segunda instancia, de esta forma: En primer lugar, si se trataba de una revocación debida a una infracción de normas o garantías del procedimiento, no será preciso entrar en el fondo del asunto y se repondrán los autos al estado en el que se encontraban en el momento en el que cualquier de estas se produjo.

En segundo lugar, si se trataba de una infracción de la norma reguladora, la Sala deberá resolver según lo que se hubiese planteado en el recurso en la medida que fuera

---

<sup>36</sup> Art. 191.2, e: 2. “No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias: ... Procesos de movilidad geográfica distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores; en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del artículo 41 del referido Estatuto; y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación; y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.”

<sup>37</sup> Artículo 195 LRJS. Interposición del recurso: 1. “Si la resolución fuera recurrible en suplicación y la parte hubiera anunciado el recurso en tiempo y forma y cumplido las demás prevenciones establecidas en esta Ley, el secretario judicial tendrá por anunciado el recurso y acordará poner los autos a disposición del letrado o graduado social colegiado designado por la parte recurrente, por el orden de anuncio, en la forma dispuesta en el apartado 1 del artículo 48, para que interponga el recurso, dentro de los diez días siguientes a que se notifique la puesta a disposición, debiendo sustituirse el traslado material de las actuaciones por la entrega de soporte informático o mediante acceso telemático, si se dispusiera de los medios necesarios para ello. Este plazo correrá cualquiera que sea el momento en que el letrado o el graduado social colegiado examinara o recogiera los autos.”

posible, declarándose la nulidad total o parcial si se declarase la imposibilidad. En este caso se deberá reponer lo actuado al momento de dictar sentencia<sup>38</sup>.

El tercero de los supuestos que se puede plantear se relaciona con la resolución de fondo, los extremos no resueltos por la misma, así como sobre las alegaciones aducidas en los escritos de impugnación, la resolución del recurso se pronunciará sobre estos.

## 6. CONCLUSIONES

A modo de resumen de lo expuesto cabría señalar una serie de cuestiones como: En primer lugar, la discrepancia que existe entre la legislación y los acuerdos profesionales con relación a los sujetos legitimados para acudir al arbitraje, así como la posibilidad de que sea una de las partes la que lo inste de forma exclusiva. En tal sentido, sería conveniente que los agentes sociales, al efecto de otorgar un mayor protagonismo a tal medio heterónimo, ampliasen los supuesto ya contemplados tanto en el ASAC como en el SERCLA.

El segundo de los problemas con los que se topa el arbitraje está relacionado con los plazos tan constreñidos que le marca la legislación en cuanto a la solución de las discrepancias y que, en todo caso, deberían de iniciarse cuando de forma efectiva se presente el compromiso arbitral ante el SIMA o en Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y no desde el día en el que se celebra la primera reunión en el ámbito del periodo de consultas, puesto que esto conduce a que el árbitro tenga menos días para poder realizar el procedimiento arbitral con las garantías que los propios acuerdos exigen.

Por último, no parece que quede claro del propio artículo 64 LC qué es lo que sucede con dicho laudo arbitral, es decir, si cabe la posibilidad de que se impugne, como se ha expuesto, de forma independiente y en un orden jurisdiccional independiente del mercantil o si cabría el rechazo del mismo por parte del Juez del concurso. Por tanto, se trata de una cuestión que, como se aprecia de la simple lectura, merece un desarrollo posterior.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

CAVAS MARTÍNEZ, F.: *“La competencia laboral de los jueces del concurso”*. En Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 9/2009. Ed. Aranzadi. 2009.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: *“El procedimiento del incidente concursal en materia laboral”*. Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas.

---

<sup>38</sup> Art. 202.2 LRJS: *“Si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal”*.

XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Granada, 2006. p 881-895.

COSTA REYES, A.: *“Los trabajadores en el proceso concursal”*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2007.

CRUZ VILLALÓN, J.: En el prólogo de MOLERO MARANÓN, M.L.: *“El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal”*. Consejo Económico y Social, Colección Estudios, nº 198. Madrid, 2007.

——— *“Balance y valoración de los sistemas autónomos de resolución de los conflictos colectivos laborales”*. II Congreso Universitario. Diálogo Social y Solución Autónoma de Conflictos Laborales. Fundación Sima. Ed. Bomarzo. Albacete, 2018.

——— *“Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”*. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, 2, 2003. Pp. 509-552.

MOLERO MARANÓN, M.L.: *“El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal”*. Consejo Económico y Social, nº 198. Madrid. 2007.

ORELLANA CANO, N.: *“Los expedientes de regulación de empleo en la Ley Concursal”*. Temas Laborales, nº 99/2009. Pp. 155-203. 2009.

TALÉNS VISCONTI, E.: *“Las medidas laborales en el proceso concursal”*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2017.

——— *“El procedimiento de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador: puntos críticos”*.

# **EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

GONZALO NARVÁEZ TURCI

*Director y tutor de tesis: Dr. D. Francisco Lozano Lares*

*Universidad de Málaga*

## ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL TELETRABAJO EN LA UNIÓN EUROPA
3. EL TELETRABAJO EN ESPAÑA
4. EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y SU REPERCUSIÓN EN LA REGULACIÓN NACIONAL DEL TELETRABAJO
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías han hecho posible el desarrollo de la era de la comunicación y de la información, propiciando asimismo que las organizaciones cambien el modo de organizar el trabajo de sus empleados. La economía a escala global necesita unos altos niveles de tecnología para poder operar, permitiendo que las empresas puedan desarrollar su actividad económica desde prácticamente cualquier parte del mundo. De este modo, el teletrabajo se ha convertido en una fórmula de trabajo a distancia muy demandada por muchas de las empresas que operan tanto a escala global como a nivel nacional o local, ya que les confiere una flexibilidad muy elevada en cuanto al emplazamiento en el que sus trabajadores han de desarrollar sus jornadas de trabajo.

Las nuevas tecnologías de la información también han permitido a las organizaciones una reducción significativa del coste inmobiliario que supone tener un centro de trabajo físico, pueden propiciar una mejor conciliación familiar y laboral de sus trabajadores<sup>1</sup> y posibilitan la reducción de las emisiones contaminantes a la atmosfera<sup>2</sup>, contribuyendo así a una mejora de la salud laboral<sup>3</sup>.

El origen de esta revolución tecnológica puede situarse a comienzos de la década de 1970, coincidiendo con los problemas que originaron la crisis del petróleo que resultó de la guerra del Yon Kippur, que hizo subir de forma desorbitada el precio del crudo por parte de los países exportadores de petróleo, incrementándose así significativamente el precio de los desplazamientos.

En un principio, las transformaciones organizativas que el cambio tecnológico llevaba aparejadas no fueron acogidas con buenos ojos por los gerentes de las empresas, que no veían necesario cambiar el modelo de trabajo que se venía realizando hasta entonces, puesto que implicaba, entre otras consecuencias, un difícil seguimiento de los trabajadores que no se encontraban en los centros de trabajo<sup>4</sup>.

El término de “teletrabajo” fue introducido por J. Nilles<sup>5</sup> a mediados de la década de 1970. El origen etimológico de la palabra proviene del griego, siendo la suma del prefijo “tele”, que a su vez es una derivación de “telos”, que significa “a distancia”, y del verbo trabajar.

Puede afirmarse, en cualquier caso, que el concepto comúnmente aceptado de teletrabajo se deduce de la definición de “trabajo a domicilio” efectuada en el Convenio nº 177 de la Organización Internacional del Trabajo, de 20 de junio de 1996, norma no ratificada por España, donde aquél aparece descrito como “el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las

---

<sup>1</sup> Madsen, S. *The effects of home-based teleworking on work-family conflict*. Human Resource Development Quarterly, 2003. vol. 14 no 1, pp. 35-38.

<sup>2</sup> Handy, S. y Mokhtarian, P. *The future of telecommuting*. Futures, 1996. vol. 28, pp. 227-240.

<sup>3</sup> Montreuil, S. y Lippel, K. *Telework and occupational health: a Québec empirical study and regulations implications*. 2003. Safety Science, vol. 41, pp. 339-358.

<sup>4</sup> Huws, U., Korte, W. y Robinson, S. (1990): *Telework: Towards the Elusive Office*. Chichester: John Wiley & Sons.

<sup>5</sup> Nilles, J. *Telecommunications and organizational decentralization*. IEEE Transactions on Communication, 1975. vol. 23, pp. 1142-1147.

especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello<sup>6</sup>.

## 2. EL TELETRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA

Desde una perspectiva jurídico-laboral el teletrabajo ofrece un panorama absolutamente irregular en todo el territorio de la Unión Europea, puesto que cada Estado miembro tiene su propia regulación, lo que se debe principalmente al hecho de no existir una regulación comunitaria que dé uniformidad a las diversas normativas laborales nacionales, dictadas conforme a la interpretación que cada Estado miembro ha dado al Acuerdo Marco Europeo del Teletrabajo (AMET)<sup>7</sup>.

El AMET fue elaborado en el año 2002 y es destacable que desde entonces no haya sido objeto de actualización, aun a pesar de ocuparse de una realidad social que se encuentra constantemente cambiando. En dicho acuerdo se define el teletrabajo como una “forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral, en la que un trabajo que también habría podido realizarse en los locales del empresario se ejecuta habitualmente fuera de esos locales”<sup>8</sup>.

No debemos olvidar que fue un acuerdo que firmaron los distintos agentes sociales a fin de garantizar que el teletrabajo diera lugar a empleos estables y que se desarrollasen de forma decente para quienes lo ejecutasen como trabajadores por cuenta ajena, estableciendo así un marco de seguridad al respecto. La idea era que sirviera de marco a escala europea, generalizando las condiciones de realización del teletrabajo y compaginándolas con la seguridad y las necesidades tanto de los trabajadores como de los empresarios.

En cuanto a los instrumentos a tener en cuenta respecto al tratamiento que la Unión Europea da al teletrabajo, nos encontramos, por un lado, con la Estrategia Europea para el Crecimiento 2020, y, por otro lado, con el Acuerdo Marco Europeo del Teletrabajo. El primero se trata de un mero instrumento programático que tiene como finalidad establecer unas pautas y unos objetivos que deben ser alcanzados a nivel europeo para el año 2020. El segundo, sin embargo, es un instrumento jurídico elaborado en el año 2002 conforme a los procedimientos de negociación colectiva previstos en los artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En la Estrategia para el Crecimiento 2020 se fijan una serie de objetivos relativos a materias como la educación, la integración, el empleo, el clima y la energía, teniendo en cuenta que cada uno de los estados miembros de la Unión Europea se ha fijado sus propios objetivos. En cuanto a los objetivos comunes y más representativos en relación con el empleo destacan:

- El intento de aumentar las oportunidades para las personas jóvenes a fin de encontrar un trabajo digno, apoyar a los jóvenes estudiantes mediante becas

<sup>6</sup> “A menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales” (art. 1 del Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (nº 177), como puede verse *on line* en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312322](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322)).

<sup>7</sup> Sierra Benítez, E. *El estado actual del teletrabajo en la Unión Europea*. 2013, [en línea]. Disponible en: [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

<sup>8</sup> EUR- Lex- Europa: *EU Acuerdo Marco Sobre Teletrabajo*. 2005. [en línea]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=URISERV%3Ac10131>.



destinadas a que se desplacen a otros países, crear un clima económico que permita la creación de nuevos empleos, así como revisar la normativa de la Unión Europea sobre políticas de empleo.

- La elaboración de un plan contra la exclusión social y la pobreza.
- El impulso de aquellas reformas del mercado laboral que persiga la obtención de las calificaciones correctas para nuevos futuros puestos de trabajo.

En cuanto al teletrabajo, la Estrategia Europea de Crecimiento 2020 debería ser un medio para alcanzar empleos de calidad gracias a la experiencia adquirida por el trabajador en otros países. En cuanto a la nueva calificación de empleos tiene por objeto la creación de puestos de trabajo para el setenta y cinco por ciento de personas de entre 20 y 64 años.

En lo que respecta al Acuerdo Marco Europeo del Teletrabajo, hay que tener en cuenta que, si bien trató de establecer un marco jurídico general para todos los países de la Unión Europea, su puesta en marcha en cada Estado miembro, sin embargo, no fue realizada mediante un Directiva europea, sino a través del dialogo social, de modo que los interlocutores sociales de cada país garantizaran el cumplimiento de lo dispuesto en el acuerdo. De ese modo, en función de las peculiaridades de cada Estado miembro, el AMET se puso en marcha mediante distintos instrumentos: a través de acuerdos entre distintas organizaciones internacionales, mediante reformas realizadas en los distintos códigos laborales o bien siguiendo determinadas directrices.

Debido a ello, cada estado miembro de la Unión Europea tiene una regulación del teletrabajo distinta en su forma de aplicarse o en las condiciones de ejecución.

En la quinta Encuesta europea sobre las condiciones de trabajo, llevada a cabo en el seno de Eurofound entre los meses de enero y junio de 2010, se afirma que el carácter voluntario de lo dispuesto en el AMET ha contribuido a la escasa atención prestada por los Estados miembros de la Unión, ya sea por el poco interés que pudieran tener en el asunto en cuestión, por la poca o nula representatividad o capacidad de los interlocutores sociales implicados, o por el escaso número de acuerdos colectivos alcanzados<sup>9</sup>.

Para un sector de la doctrina española, la Unión Europea necesita una propuesta de Directiva que garantice las condiciones laborales de los teletrabajadores. Para ello es necesario que se establezca un diálogo a nivel europeo llevado a cabo de acuerdo con los mecanismos de refuerzo del propio AMET que tenga como objetivo exigir su aplicación mediante una directiva<sup>10</sup>.

### 3. EL TELETRABAJO EN ESPAÑA

En lo que respecta a España, fue a comienzos de la década de 1990 cuando el teletrabajo comenzó a regularse, en un momento en el que el empleo a través de internet no se había extendido y teniendo como referente la Directiva 90/270/CEE, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (quinta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), en la que se obligaba a

<sup>9</sup> Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A. Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. Fundación para la prevención de riesgos laborales, 2016, pp. 21 ISBN: 978-84-617-6144-9, pp. 21, 2016.

<sup>10</sup> Sierra Benítez, E. "El estado actual del teletrabajo en la Unión Europea" 2013, [en línea]. Disponible en: [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

las empresas a respetar la vida privada de los trabajadores, al tiempo que posibilitaba la utilización de sistemas que permitían ser monitorizarlos a distancia.

Tras la reforma efectuada por Ley 3/2012, de 7 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores de 1995, donde podía encuadrarse el teletrabajo, cambió de denominación, y lo que antes se llamaba “contrato de trabajo a domicilio” pasó a llamarse “trabajo a distancia”, teniendo tal consideración “aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”<sup>11</sup>.

A día de hoy, el teletrabajo sigue estando regulado en el art. 13 del vigente Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, (en adelante ET), que ha mantenido la redacción conferida el año 2012, en la que, aun a pesar de no incluir en ninguno de sus apartados una definición explícita del teletrabajo, si incluye esta fórmula de prestación de servicios al indicarse que el trabajo a distancia será aquel que se realice, de manera preponderante, bien “en el domicilio del trabajador” o “en el lugar libremente elegido por éste”. De ese modo, al no haber “desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”<sup>12</sup>, se deja planteado el problema del control por parte del empresario de las horas de trabajo.

En lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados del trabajo a distancia, el estatuto de los trabajadores, en su art. 13 establece que:

- 1) “Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.
- 2) El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.4 para la copia básica del contrato de trabajo.
- 3) Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

- 4) Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en

---

<sup>11</sup> España. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín oficial del estado, 29 de marzo de 1995, páginas 9654 a 9688. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7730>

<sup>12</sup> España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín oficial del estado, 24 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

- 5) Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en esta ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa<sup>13</sup>.

El ordenamiento jurídico español ha incluido así muchas de las obligaciones y derechos del AMET en lo relativo a la prestación de servicios de los teletrabajadores, equiparándolos a quienes realicen la prestación de servicios directamente desde el centro de trabajo: su carácter voluntario, el principio de igualdad, el derecho a la promoción y a la formación profesional, el derecho al libre ejercicio de derechos colectivos, así como estar bajo la protección de la empresa en lo que respecta a la seguridad y salud.

Aun a pesar de existir algunas recomendaciones que han sido bien acogidas por nuestro ordenamiento jurídico, existen otras que no, entre las que se encuentran, en primer lugar, el carácter reversible de la prestación de servicios, puesto que el art. 13 ET establece el carácter voluntario de la prestación de servicios, pero en ningún momento menciona el carácter reversible de los trabajos que se realicen a distancia<sup>14</sup>.

En segundo lugar, el art. 13 ET hace una remisión genérica a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pero no se dedica a matizar las peculiaridades de las obligaciones del empresario en cuanto a la salud y seguridad laboral de los teletrabajadores.

En tercer lugar, el art. 13 ET tampoco concreta la obligación empresarial de respetar algunos de los derechos fundamentales inespecíficos de los teletrabajadores, como la intimidad, la vida privada del teletrabajador o la protección de datos de carácter personal, ni tampoco se ocupa de regular cuestiones como la puesta a disposición del teletrabajador de cuanto material pudiera necesitar para el buen desarrollo de tu actividad laboral. En cualquier caso, esas carecían podrían ser suplidas aplicando otras normas del ordenamiento laboral, entre ellas las que desarrollan la buena fe contractual o el derecho a la intimidad<sup>15</sup>.

#### **4. EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y SU REPERCUSIÓN EN LA REGULACIÓN NACIONAL DEL TELETRABAJO.**

En la Jurisprudencia del TJUE no cabe apreciar realmente una referencia expresa ni al trabajo a domicilio ni, más concretamente, al teletrabajo. Sin embargo, recientemente ha sido dictaminada una sentencia que de forma indirecta va a afectar al marco normativo que envuelve al trabajo a domicilio y al teletrabajo.

---

<sup>13</sup> España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>.

<sup>14</sup> Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P. Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español. Navarra (España) en Mella Méndez, L. (Editora), Trabajo a distancia y teletrabajo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 45.

<sup>15</sup> Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P. Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español. Navarra (España) en Mella Méndez, L. (Editora), Trabajo a distancia y teletrabajo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 46.

Se trata de una sentencia que se pronuncia sobre una decisión del Tribunal Laboral Superior de Bruselas en la que se resuelve un procedimiento entre la ciudad de Nivelles (Bélgica), que actúa como parte demandada, y Rudy Matzak, que es el demandante.

Por lo que se deduce de los antecedentes de hecho, el cuerpo de protección contra incendios del municipio de Nivelles está constituido por bomberos voluntarios y bomberos profesionales. Los bomberos voluntarios participan en intervenciones de prevención y protección contra incendios, y entre las funciones que deben llevar a cabo está la de garantizar las guardias que deben cubrir, bien a domicilio o permaneciendo en el parque de bomberos en función del calendario previamente establecido.

El señor Matzak, en adelante el demandante, comenzó a prestar su fuerza de trabajo al municipio de Nivelles el día 1 de agosto de 1980, adquiriendo la condición de bombero voluntario al transcurso de un año de haber comenzado a prestar sus servicios. Por otra parte, el desarrolla una actividad laboral en una empresa privada.

El demandante interpuso una demanda el día 16 de diciembre de 2009 contra el ayuntamiento de Nivelles, en el que solicitaba una indemnización por daños y perjuicios debido a no haber sido remunerado su trabajo durante los años que había estado al servicio del cuerpo de bomberos como bombero voluntario, concretamente aquellos servicios correspondientes a las guardias domiciliarias.

El día 22 de marzo de 2012, el Tribunal Laboral de Nivelles, mediante sentencia, estimó gran parte de la demanda efectuada por el demandante por lo que el Ayuntamiento de Nivelles, interpondría un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Laboral Superior de Bruselas.

El 14 de septiembre de 2015, el órgano competente estima en parte el recurso de apelación. En cuanto a lo relativo de la retribución objeto de reclamación por aquellos servicios prestados que el demandante reclama al considerarse tiempo de trabajo, el órgano jurisdiccional se pregunta si dichos servicios pueden ser considerados como tal o si se pueden considerar comprometidos en cuanto a la definición de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Debido a ello, el Tribunal Laboral Superior de Bruselas decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales, a fin de poder resolver de la mejor forma posible. Las cuestiones que plantea son:

- 1) ¿Debe interpretarse el artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la Directiva 2003/88 [...] en el sentido de que faculta a los Estados miembros para excluir determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios de la aplicación de las disposiciones por las que se transpone dicha Directiva, incluida la que define el tiempo de trabajo y el período de descanso?.
- 2) En la medida en que la Directiva 2003/88 [...] sólo establece disposiciones mínimas, ¿debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el legislador nacional mantenga o adopte definiciones menos estrictas del concepto de tiempo de trabajo?.
- 3) A la luz del artículo 153 TFUE, apartado 5, y de los objetivos de la Directiva 2003/88 [...], ¿debe interpretarse el artículo 2 de dicha Directiva, en la medida

en que define los principales conceptos que en ella se utilizan y, en particular, el de tiempo de trabajo y período de descanso, en el sentido de que no es aplicable al concepto de tiempo de trabajo que debe tomarse en cuenta para establecer la retribución en caso de guardia domiciliaria?.

- 4) *¿Se opone la Directiva 2003/88 [...] a que el período de guardia domiciliaria se considere tiempo de trabajo cuando, aunque la guardia se desarrolle en el domicilio del trabajador; las obligaciones que recaen sobre él durante la guardia (como la obligación de responder a las llamadas del empresario en un plazo de ocho minutos) limitan significativamente la posibilidad de realizar otras actividades?»<sup>16</sup>.*

En cuanto a las consideraciones preliminares, es necesario recalcar que el municipio de Nivelles, así como la Comisión Europea, alegaban que las cuestiones objeto de denuncia eran inadmisibles en lo referente al concepto de retribución. La razón que esgrimían era que, en virtud de lo dispuesto en el art. 153.5 del TFUE, la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, adoptada conforme a lo dispuesto en el art. 153.2 TFUE, no resultaba aplicable a las cuestiones relativas a las retribuciones de aquellos trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación. Debido a que la cuestión principal del litigio era resolver una cuestión de retribuciones al denunciante en concepto de guardias domiciliarias realizadas como bombero voluntario, parecería evidente la inaplicación de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003.

Conviene destacar que esta Directiva se limita a regular algunas cuestiones relativas al tiempo de trabajo para garantizar de ese modo la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como al supuesto relativo a las vacaciones retribuidas anualmente, que aparece regulado en su art. 7.1.

El abogado general señaló en sus conclusiones que lo que deseaba el órgano jurisdiccional nacional era una aclaración de la interpretación de los artículos 2 y 17 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, lo que consideraba como clave para poder resolver de la mejor manera posible el litigio entre las partes. Y ello aun a pesar de tratarse de un litigio “in fine”, en el que se hace referencia a cuestiones que no se corresponden al *petitum* de la demanda, ya que es al órgano jurisdiccional nacional el que debe pronunciarse y no el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por su parte, Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, es de aplicación a las actividades de los bomberos, sin importar qué tipo de actividades propias de la profesión se lleven a cabo, ya sea apagar un incendio o socorrer a una persona. La cuestión es que se realizan de forma habitual, conforme al contrato inter-partes.

La condición del demandante, el Sr. Matzak, como trabajador del cuerpo de bomberos, no puede ser objeto de interpretaciones variables basándose en los derechos de la nación, sino que ha de tener un alcance autónomo más propio del derecho de la Unión Europea. La jurisprudencia sobre la materia en numerosas ocasiones ha considerado al trabajador como una persona que lleva a cabo tareas efectivas y reales, excluyendo aquellas que son realizadas de forma tan esporádica y de forma tan insignificante que no es necesario denominar a esa persona como trabajador. La cuestión estriba en la duración en el tiempo que una persona lleva a cabo una labor bajo la dirección de otra y en el beneficio de esta a cambio de una compensación económica por los servicios prestados.

---

<sup>16</sup> Tribunal Superior de Justicia Europea. Caso Rudy Matzak contra Ville de Nivelles. 21 de febrero de 2018.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisaba que la relación laboral tenía una naturaleza jurídica en relación con el derecho nacional que hacía imposible que de ella se derivasen consecuencias cuando se tratase de un trabajador voluntario. De ello se deducía que al denunciante no se le podía considerar como bombero profesional y, por tanto, no se le podía otorgar la condición de trabajador en base al derecho nacional.

Pero según lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, el denunciante debía tener la condición de trabajador en función de la información que el TJUE disponía, al ser un miembro de los servicios de protección contra incendios y estar bajo la dirección de otro para realizar tareas reales.

Analizando con más detalle las cuestiones prejudiciales planteadas, en la primera de ellas el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si el artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, debía interpretarse “en el sentido de que los Estados miembros pueden establecer excepciones, con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de esta Directiva, incluido su artículo 2, que define, en particular, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso»<sup>17</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había venido pronunciándose al respecto indicando que el art. 2 de la Directiva 2003/88 CE, de 4 de noviembre de 2003, era una de las disposiciones de esta que no admitía excepciones, a diferencia de lo que sucede con otros preceptos de esta Directiva, como sus “artículos 3, 4, 5, 8 y 16 en relación con los servicios a los que hace referencia, entre ellos los servicios de bomberos”<sup>18</sup>, en los que cada Estado miembro podrá realizar excepciones, tal como se deduce de lo dispuesto en el art. 17.3 de dicha Directiva.

Hay que tener en cuenta además que el propio Abogado General indicó en sus conclusiones que no había margen alguno para adoptar “una interpretación extensiva” del artículo 17 de la Directiva 2003/88 CE, de 4 de noviembre de 2003, por lo que no podían introducir más excepciones que las expresamente autorizadas.

La jurisprudencia del TJUE parece clara, pues, a la hora de indicar que las excepciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo deben ser interpretadas de forma restrictiva, admitiéndose tan solo aquéllas que limiten su alcance “a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que dichas excepciones permiten proteger”<sup>19</sup>. Por tanto, ningún estado miembro de la Unión Europea podrá establecer excepciones relacionadas con algunas categorías de los cuerpos de bomberos contratados para la lucha y prevención contra incendios.

Por lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial, en ella se busca respuesta a si el art. 15 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, ha de interpretarse en el sentido de que los Estados miembros de la Unión Europea pueden adoptar o mantener la definición del “tiempo de trabajo” de una forma menos restrictiva que el art. 2 de dicha Directiva.

El art. 15 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, posibilita a los Estados miembros de la Unión Europea la facultad de introducir disposiciones legislativas, administrativas o reglamentarias, así como aplicarlas, que sean más favorables para la

<sup>17</sup> Tribunal Superior de Justicia Europea. Caso Rudy Matzak contra Ville de Nivelles. 21 de febrero de 2018.

<sup>18</sup> Tribunal Superior de Justicia Europea. Caso Rudy Matzak contra Ville de Nivelles. 21 de febrero de 2018.

<sup>19</sup> Tribunal Superior de Justicia Europea. Caso Rudy Matzak contra Ville de Nivelles. 21 de febrero de 2018.

protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. Aunque estas disposiciones, debido a su objeto y función, están en los arts. 2 y 3 de la Directiva, su art. primero no va dirigida al tiempo mínimo de descanso ni a aquellos aspectos propios de la ordenación de los tiempos de trabajo de los trabajadores, sino a definir los conceptos necesarios para delimitar y especificar el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003.

El abogado general, en sus conclusiones, afirmaba que la Directiva tiene el objeto de garantizar una protección mínima, en su ámbito de aplicación y para todos los trabajadores de la unión europea, por lo que no puede darse una interpretación variable al art. 2 de dicha Directiva.

Es necesario precisar que los Estados miembros de la Unión Europea no tienen potestad para modificar o alterar la definición de “tiempo de trabajo”, pero si la posibilidad de establecer unos periodos de descanso y duración de jornada de trabajo mas favorables que los establecidos en la Directiva.

En la tercera cuestión prejudicial, el Órgano jurisdiccional remitente se preguntaba si el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, debía ser interpretado en el sentido de que se les obliga a los estados miembros de la Unión Europea a establecer la retribución en los periodos de guardia domiciliaria, en base a la calificación de los mismos y de los periodos de tiempo de descanso y tiempo de trabajo.

Así pues, aun a pesar de que los Estados tengan la posibilidad de establecer una retribución para los trabajadores integrados en el ámbito de aplicación de la Directiva en cuestión, su art. 2 establece que no están obligados a hacerlo. Por lo tanto, cada Estado miembro puede establecer que la retribución de cualquier trabajador durante el tiempo de trabajo no sea la misma que la del periodo de descanso, hasta tal punto de que incluso pueden determinar la posibilidad de no retribuir los periodos de descanso.

Por tanto, el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, debe ser interpretado en el sentido de que no impone a los Estados miembros de la Unión Europea el establecimiento de la misma retribución para aquellas jornadas de guardia domiciliaria en función de la calificación de estos periodos bien como tiempo de descanso o como tiempo de trabajo.

En cuanto a la cuarta cuestión prejudicial, el Órgano jurisdiccional también busca respuesta a la cuestión de si el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, tiene que ser interpretado en el sentido de considerar como tiempo de trabajo las guardias domiciliarias de un trabajador que tiene la obligación impuesta por su empresario de responder sus convocatorias en un plazo máximo de 8 minutos, cuestión que limita sobremanera la posibilidad de ejercer otras funciones.

El TJUE ha concretado al respecto que los conceptos de “periodo de descanso” y “tiempo de trabajo” son excluyentes entre si. Por tanto, las guardias realizadas por un trabajador deben calificarse por su empresario en función de las actividades que realizan, calificándolas como tiempo de descanso o como tiempo de trabajo. Hay que tener en cuenta que el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, no especifica el grado de desempeño que debe tener un trabajador a tal efecto.

Asimismo, es preciso puntualizar que la presencia de un trabajador en el lugar donde se desarrolla el trabajo y su disponibilidad en periodos de guardia, debe ser considerado como parte del ejercicio de sus funciones.

El objetivo de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. Por tanto, si se excluyera el tiempo de trabajo como concepto durante una guardia de trabajo, se pondría en peligro la eficacia de la propia Directiva.

En la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se reconoce que la calificación del tiempo de trabajo viene determinada por la obligación de encontrarse de forma física en los lugares que el empresario ha determinado para poder realizar el trabajo de forma inminente en caso de necesidad. Por lo tanto, el hecho de que un trabajador haya sido condicionado a la hora de elegir su domicilio debido a la imposición por parte del empleador de la obligación de responder a las guardias en un periodo de tiempo máximo de 8 minutos, deberá ser considerado como parte de las funciones propias del puesto de trabajo.

Cosa distinta es que esa guardia se lleve a cabo en base al sistema de guardia localizada, que se trata de una forma de guardia en la que el trabajador debe permanecer disponible, pero sin necesidad de estar presente en el lugar donde se efectúa el trabajo, lo que permite al trabajador poder administrar mejor su tiempo por no tener tantas limitaciones derivadas de las exigencias del puesto de trabajo.

En cuanto a la cuestión principal, en base a la información puesta a disposición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano jurisdiccional que se la remitió deberá comprobar que el demandante estaba localizable durante los periodos en los que se encontraba de guardia. También debería comprobarse si el trabajador acudía físicamente a las convocatorias en el plazo de máximo de ocho minutos impuesto por su empresario, y ello teniendo en cuenta que el lugar donde el demandante efectuaba su trabajo era su domicilio y no un lugar específico puesto a disposición de su empresario para el ejercicio de sus funciones.

Según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto el concepto de tiempo de trabajo como el de periodo de descanso han de ser definidos en base a características objetivas y con la finalidad básica que tiene la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, que no es otra que la de mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores.

Es por ello que la obligación impuesta al denunciante por parte de su empresario de estar a su disposición y en su puesto de trabajo en un plazo máximo de ocho minutos limita sobremanera la posibilidad de dedicarse a cuestiones sociales y personales. A diferencia de la situación de cualquier otro trabajador que, encontrándose en periodo de guardia, solo debe estar localizable en caso de urgencia simplemente.

En definitiva, la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial consiste en que los tiempos de guardia que un trabajador pasa en su domicilio por tener que encontrarse a disposición de las llamadas de su empresario en el plazo de ocho minutos, debe ser considerado como tiempo de trabajo, al restringirse de forma sumamente notable la posibilidad de llevar a cabo otras funciones.

Por su interés, reproducimos textualmente la declaración final del TJUE:

- 1) “El artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones,



con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de esta Directiva, incluido su artículo 2, que define, en particular, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso».

- 2) El artículo 15 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de «tiempo de trabajo» menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de esta Directiva.
- 3) El artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no obliga a los Estados miembros a determinar la retribución de periodos de guardia domiciliaria como los controvertidos en el litigio principal en función de la calificación de estos periodos como «tiempo de trabajo» y «periodos de descanso».
- 4) *El artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo»*<sup>20</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Esta Sentencia del TJUE sienta precedente, a nuestro entender, para un cambio en la interpretación de los conceptos de tiempo de trabajo, lugar de trabajo y tiempo de descanso que el propio TJUE venía ofreciendo hasta ahora. Al mismo tiempo, el TJUE hace que se refuerce su doctrina en cuanto a lo que ha de entenderse como relación laboral y en relación al propio concepto de trabajo.

Por otra parte, también deja claro el TJUE que las retribuciones económicas a los trabajadores por las guardias realizadas, deberán ser realizadas de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de cada Estado miembro de la Unión Europea.

Lo novedoso de la sentencia es la consideración que hace el TJUE en lo relativo a la consideración como tiempo de trabajo de aquellas guardias que se realicen en la vivienda del trabajador, ya que anteriormente solo tenían la consideración de tiempo de trabajo las que se realizasen en el lugar de trabajo.

La sentencia especifica muy concretamente que la situación del demandante, al tener un tiempo de respuesta a las llamadas de su empleador de tan solo 8 minutos, es claramente insuficiente para la realización de cualquier otra actividad o simplemente para tener tiempo libre, condicionando incluso el lugar de residencia, puesto que el trabajador se ve en la necesidad de vivir considerablemente cerca del lugar de trabajo. De ese modo, se abre la puerta para el análisis de otros posibles casos de guardias de trabajo, ya que el TJUE deja en el aire los límites temporales relativos a la disponibilidad y el tiempo de respuesta de los trabajadores a las llamadas de sus empleadores cuando estén en situación de guardia de trabajo.

---

<sup>20</sup> Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Siguiendo el hilo de lo anterior, si bien es cierto que en la Jurisprudencia del TJUE no hay referencia expresa al trabajo a distancia ni al teletrabajo, no cabe descartar que esta sentencia pueda servir como base para el establecimiento de un nuevo marco normativo relativo al trabajo a distancia, en general, y al teletrabajo en particular, puesto que se torna evidente la necesidad de diferenciar con precisión en este tipo de relaciones laborales realizadas fuera del centro de trabajo lo que ha de ser considerado como tiempo de trabajo y lo que debe computarse como tiempo de descanso.

En el ordenamiento jurídico español, el trabajo a domicilio es regulado, como hemos visto, en el art. 13 ET, que lo define como “aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste”<sup>21</sup>, sin llegar a especificar cuestiones tan sumamente importantes como las relativas al tiempo de trabajo, al tiempo de respuesta del trabajador en caso de encontrarse de guardia, o a la delimitación de qué se considera tiempo de trabajo y tiempo de descanso, lo que resulta crucial para cualquier trabajador a distancia y, por ende, para una categoría específica de estos como son los teletrabajadores. Por otro lado, también es importantísimo determinar cuánto tiempo tiene que estar el trabajador a distancia al servicio de su empleador y como se distribuye el mismo.

Estas cuestiones demuestran la necesidad de ampliar el significado y las especificaciones de los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso para un trabajador que efectúa su jornada laboral en su vivienda o un lugar escogido por este, siempre con la aceptación de su empleador.

Hay que tener en cuenta además que existen otras formas de trabajo a distancia y teletrabajo que el AMET no se ha detenido a analizar, dado que se centra principalmente en cuestiones relativas a la movilidad de los trabajadores para efectuar su actividad profesional en cualquier país miembro de la Unión europea. El factor tecnológico también ha sido determinante, sin duda, para que pueda llevarse a cabo este tipo de trabajo a distancia, pero centrarse solo en lo tecnológico y en la libre circulación de trabajadores no es suficiente. Es necesario además, a nuestro entender, el establecimiento de un nuevo marco jurídico que especifique las condiciones de ejecución del trabajo que se realice en el lugar libremente elegido por el trabajador, ya sea o no su domicilio, para evitar auténticas situaciones como las que aquí hemos venido comentando en las que pueden quedar difuminadas tanto la necesidad vital del trabajador a distancia de disponer de un período de tiempo de descanso adecuado, como su derecho a la intimidad, a la privacidad y a muchos otros de sus derechos laborales inespecíficos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

España. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín oficial del estado, 29 de marzo de 1995, páginas 9654 a 9688. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7730>.

---

<sup>21</sup> España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>.

España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>.

EUR- Lex- Europa: EU Acuerdo Marco Sobre Teletrabajo. 2005 [en línea]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=URISERV%3Ac10131>.

HANDY, S. Y MOKHTARIAN, P. The future of telecommuting. *Futures*, 1996. vol. 28, pp. 227-240.

HUWS, U., KORTE, W. Y ROBINSON, S. (1990): *Telework: Towards the Elusive Office*. Chichester: John Wiley & Sons.

LOUSADA AROCHENA, J. F. Y RON LATAS, R. P. Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español. Navarra (España) en Mella Méndez, L. (Editora), *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 45 y p. 46.

LUQUE PARRA, M. Y GINÉS I FABRELLAS, A. *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*. Fundación para la prevención de riesgos laborales, 2016, pp. 21 ISBN: 978-84-617-6144-9, pp. 21, 2016.

MADSEN, S. The effects of home-based teleworking on work-family conflict. *Human Resource Development Quarterly*, 2003. vol. 14 no 1, pp. 35-38.

MONTREUIL, S. Y LIPPEL, K. Telework and occupational health: a Québec empirical study and regulations implications. 2003. *Safety Science*, vol. 41, pp. 339-358.

NILLES, J. Telecommunications and organizational decentralization. *IEEE Transactions on Communication*, 1975. Vol. 23, pp. 1142-1147.

OIT, La Conferencia de la OIT adopta el primer Convenio sobre el trabajo a domicilio, Comunicado de prensa, de 20 de junio de 1996, Ginebra, 1996. Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312322](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322).

SIERRA BENÍTEZ, E. “El estado actual del teletrabajo en la Unión Europea” 2013, [en línea]. Disponible en: [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EUROPEA. Caso Rudy Matzak contra Ville de Nivelles. 21 de febrero de 2018.



