



*Revista del Ministerio
de Empleo y Seguridad Social*

Derecho social
Internacional y Comunitario



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

127

2017

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Alfredo Montoya Melgar**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Nuria Paulina García Piñeiro**, Vocal Asesora del Gabinete de la Ministra.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Pilar González de Orduña Cereijo**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Lucía Ortiz Sanz**, Vocal Asesora Unidad de Apoyo de la Secretaría General Técnica.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **M^a Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaria General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

Joaquín García Murcia, Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Complutense.

Angel Blasco Pellicer, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

Cristina Gortazar Rotaeche, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

DIRECTOR

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 17-2.357

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 270-16-002-5

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

SUMARIO

EDITORIAL, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 7

I. ESTUDIOS

El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial. *José María Miranda Boto*, 19

La regulación de las obligaciones administrativas del empresario que desplace temporalmente trabajadores a España: propuestas de modificación y mejora a la luz de la Directiva 2014/67/UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Javier Gárate Castro*, 45

La negociación colectiva profesional en el ámbito del trabajo autónomo económicamente dependiente desde la perspectiva del Derecho de la competencia. *Guillermo L. Barrios Baudor*, 63

Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada. *Francisco Javier Hierro Hierro*, 95

El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 121

La adaptación del ordenamiento jurídico español a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de no discriminación. *M.ª Teresa Velasco Portero*, 145

Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria. *María José López Álvarez*, 173

Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Dolores Carrascosa Bermejo*, 195

El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal. *David Ordóñez Solís*, 227

Los Comités de Empresa Europeos dos décadas después. Una evaluación crítica. *Sergio González Begega, Holm-Detlev Köhler y Mona Aranea*, 255

II. LEGISLACIÓN

La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre los trabajadores domésticos. *Raquel Vela Díaz*, 277

III. JURISPRUDENCIA

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012-2015. *José María Miranda Boto*, 305

IV. DOCUMENTACIÓN E INFORMES

El desarrollo de la dimensión del empleo de la estrategia Europa 2020: especial referencia a la revisión intermedia, 2014-2015. *Miguel Colina Robledo*, 357

La nueva Agenda de Capacidades para Europa: una apuesta de alcance. *Elías Amor Bravo*, 419

Indicadores sociales de la OCDE. *María Prous Lora*, 435

V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

El constitucionalismo europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras. *Fernando Valdés Dal-Ré*, 463

El ordenamiento de la Unión Europea. *Pilar Mellado Prado y Santiago Sánchez González*, 470

BIBLIOGRAFÍA

Índice de artículos y estudios sobre Derecho social Internacional y Comunitario publicados en Revistas científicas en 2016. *Maravillas Espín Sáez*, 481

Journal of the Ministry of Employment and Social Security

International and Community Social Law

CONTENTS

EDITORIAL, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 7

I. STUDIES

European Union labour law in the crossroads: between legislative paralysis and judicial stimulus. *José María Miranda Boto*, 19

Regulation of administrative obligations for entrepreneurs towards posting temporary workers to Spain: proposals for amendments and improvements in the light of Directive 2014/67/EU and jurisprudence of The Court of Justice. *Javier Gárate Castro*, 45

Professional collective bargaining in the field of economically dependent self-employment from the perspective of competition law. *Guillermo L. Barrios Baudor*, 63

Social Security benefits and new types of families: decisions of the ECJ about maternity surrogacy. *Francisco Javier Hierro Hierro*, 95

Collective redundancy in EU law: contrasts and frictions with the Spanish law. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 121

The adaptation of the Spanish legal system to the European Court of Justice's case law related to discrimination. *M^a Teresa Velasco Portero*, 145

Working time and right to holidays according to the Ecj's case law.

María José López Álvarez, 173

Free movement of UE non-active citizens and their access to minimum subsistence income benefits (included healthcare): the impact of EU case-law on cases. *Dolores Carrascosa Bermejo, 195*

Temporary public employment in the light of Directive 1999/70/EC and the Spanish law. *David Ordóñez Solís, 227*

European Works Councils two decades later. A critical review.

Sergio González Begega, Holm-Detlev Köhler and Mona Aranea, 255

II. LEGISLATION

International promotion of decent jobs for domestic workers: ILO

Convention n° 189 on domestic workers. *Raquel Vela Díaz, 277*

III. CASE LAW

Review of case-law from the EU Court of Justice, 2012-2015.

José María Miranda Boto, 305

IV. DOCUMENTS AND REPORTS

The development of the employment dimension of the Europe 2020 strategy: special reference to the intermediate revision process (2014-2015). *Miguel Colina Robledo, 357*

New Skills Agenda for Europe: a far-reaching commitment.

Elías Amor Bravo, 419

OECD social indicators. *María Prous Lora, 435*

V. RECENSIONS AND REFERENCES

RECENSIONS

European constitutionalism and multilevel protection of fundamental labour rights: light and shade. Fernando Valdés Dal-Ré, *463*

Legal order of the European Union. Pilar Mellado Prado and Santiago Sánchez González, *470*

REFERENCES

List of articles and studies on International and Community Social Law published on scientific magazines in 2016. *Maravillas Espín Sáez, 481*

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*

... Algunas
veces, tragando sangre,
voy sobre Europa
como en la proa de un barco desmantelado
que hace sangre ...

Blas de Otero (Bilbao, 1916-Madrid, 1979)
Crecida, del poemario *Ancia*
(Barcelona, Alberto Puig, 1958; Visor, 1972)

1 Si no en horas bajas, la Unión Europea atraviesa, desde los dos últimos años, momentos críticos. Varios factores heterogéneos contribuyen a complicar la situación, con el *Brexit* a la cabeza, porque el despegue del Reino Unido va a tener consecuencias nefastas para el equilibrio de la Unión, aunque todavía se esté lejos de conocer el alcance real de sus efectos para cada uno de los veintisiete y para el mismo Estado transfuga. De otro lado las oleadas de emigrantes famélicos, contenidos a duras penas en las fronteras del este europeo –un problema humano egoístamente tapado con excusas formales y con dinero dedicado antes a la contención de los necesitados que a su protección– ha agudizado el sentimiento populista en varios de los Estados miembros, decididos a saltarse a la torera los más solemnes principios de la Unión y, llegado el caso, a empequeñecer su aportación al esfuerzo conjunto caso de seguir vinculados a aquélla. Por si lo anterior fuera poco, el imprevisto éxito electoral de Donald Trump ha resucitado un problema pendiente, el de la razonable financiación de la OTAN cargando sobre la Unión costes antes asumidos con generosidad por USA, pero incompatibles con la estrategia asimismo populista del nuevo líder mundial. Como quiera que suscitar el reforzamiento de la defensa común pone de los nervios al líder ruso, las maniobras de Putin empiezan a trabajar en sentido poco favorable a la estabilidad comunitaria, demostrando que su influencia sobre los Estados miembros de la Unión en su órbita territorial, sigue siendo más fuerte de lo que podía suponerse.

Esta es la situación que cualquier curioso puede observar a poco que se esfuerce y que, casualmente, se superpone a un acontecimiento histórico residenciado a mitades de la década de los cincuenta del pasado siglo, el sexagésimo aniversario de la aprobación del Tratado de Roma, el pilar indiscutible de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea.

* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la UAM. Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado, *Of Counsel* de Roca Junyent.

Bajo el impulso franco-alemán, se intenta aprovechar la efemérides para reconstruir la normalidad, recomponiendo para ello la nueva Europa de los veintisiete. La separación del Reino Unido ha servido para que España pase a ocupar su silla, convirtiéndose en el cuarto protagonista del frente que habrán de pilotar Alemania, Francia, Italia y España, en cuanto economías más grandes del club, que ya han manifestado su decisión de relanzar la Unión en la minicumbre celebrada, en la primera semana de marzo de 2017, en la ciudad de Versalles. De allí ha salido la idea de ensayar una Unión Europea de dos o, incluso, de más velocidades, sin deterioro de la unidad, puesto que, según alguna fuente diplomática ... *«unidad no es igual a uniformidad»*, siendo así que el tren de la Unión no puede marchar a la velocidad de sus últimos vagones, metáfora que ha caído como una bomba en algunos socios de fuerza intermedia, como Polonia, dispuesta a conceder pocas facilidades bajo la batuta de su primera ministra, la ultraderechista Señora Beata Szydlo, abiertamente enfrentada a Donald Tusk, su propio representante en la presidencia del Consejo Europeo quien, en vísperas de su segura reelección para el cargo, ha fabricado una frase de calendario, más o menos en estos mismos términos ... *«si quieres ir rápido, anda solo; si quieres ir lejos, andaremos juntos»*... Tan desairada ha sido la postura de Szydlo que ha provocado una reacción, fuera de sus modos habituales, del moderado Hollande, hasta el punto de amenazar veladamente con la restricción de los fondos estructurales de los que Polonia es privilegiada destinataria, en realidad un calentón pasajero que se quedará en el cielo de las palabras, como prontamente capoteó Juncker, asegurando que los fondos europeos no han sido nunca, ni van a ser ahora, un arma de castigo.

En todo caso, del Consejo Europeo que se reunirá en Roma el 25 de marzo va a salir una Declaración de intenciones, que ha empezado a cocerse en la cumbre de Bruselas de los días 9 y 10. Se pretende acabar con la etapa del «poder blando», para pasar a una decidida ofensiva en los terrenos de la seguridad y de la defensa que garantice una Europa firme y sostenible interna y externamente, con fronteras fuertes que permitan gestionar la emigración con humanidad, sí, pero a la vez con efectividad, la misma que se quiere enfrentar al terrorismo y al crimen organizado. Se pretende poner fin a la sensación de debilidad e inseguridad para volver al sueño de una Unión ... *«orgullosa de sus valores y capaz de proteger a su gente»*, dispuesta a propiciar y a disfrutar del resurgimiento de la estabilidad y la prosperidad de sus ciudadanos. A la vez se quiere favorecer el caldo de cultivo que sirva para contestar al Reino Unido, en la próxima primavera, con la respuesta más conveniente para la Unión, sin excesivas contemplaciones, tras conocer los detalles más ocultos del proceso de desconexión, sobre todo, la cifra exacta del déficit que aquélla ha de producir en los presupuestos de la Unión, calculada ahora en unos siete mil millones de euros, y que habrán de cubrir los veintisiete conforme a su riqueza. Avanzando en la asunción de esa pesada carga, ya se maneja una tabla que sitúa en la cabeza a Alemania y en la cola a Malta y que coloca a España en el quinto lugar, con una aportación de algo menor de novecientos millones de euros, emparedada entre los Países Bajos por arriba y Suecia por abajo.

2. En tanto se libran esas escaramuzas, la crisis que viene afectando al ejecutivo y legislativo comunitarios –responsables, más el primero que el segundo, de la congelación del modelo social de la Unión–, ha hecho menor mella en el activo Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al que los Juzgados y Tribunales de los Estados miembros bombardean con prolijas cuestiones de prejudicialidad, a las que responde aquél con un alto número de sentencias, generalmente de calidad técnica estimable y, en su mayor parte, ampliatorias de los derechos de los ciudadanos comunitarios, aunque causantes a la vez de indisimulados dolores de cabeza a los Gobiernos de aquéllos, entre los cuales figura no pocas veces España, como ha ocurrido con las recientes sentencias relativas a las indemnizaciones que merecen los contratos de trabajo temporales y que ha obligado al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a crear una Comisión de Expertos

Laboralistas para desentrañar con seriedad los efectos de tales pronunciamientos en el Derecho español, antes de improvisar cualquier medida legislativa. Precisamente este número 127 de la Revista ministerial, en su *Serie de Derecho Social Internacional y Comunitario*, se destina casi en su totalidad a estudiar ámbitos significativos de las relaciones laborales y de la protección social con una misma metodología : comentar las normas comunitarias aplicables, empezando por las Directivas en vigor; comentar a partir de esas regulaciones normativas –en general sin efecto directo– su trasposición a los derechos nacionales y, entre ellos, destacadamente como es lógico al derecho propio; comentar luego las sentencias correctoras del Alto Tribunal y comentar, finalmente, el grado de cumplimiento de las mismas por los Gobiernos y por los Juzgados y Tribunales de los Estados miembros.

Para tan exigente análisis se necesitaba contar con un reconocido experto en el derecho comunitario, papel que ha cumplido con suficiencia previsible el profesor José María Miranda Boto, colaborador habitual de esta *Serie*, con destacadas colaboraciones personales y coordinación de esfuerzos colectivos. En su trabajo, que abre este número, se preocupa por destacar el esfuerzo continuado del TJUE por salvar las diferencias lingüísticas en que se materializan las normas comunitarias, intentando obtener interpretaciones conjuntas de las distintas versiones, para encumbrar al paso el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales, en su calidad de reconocido Tratado originario de la Unión. Se ocupa el autor de señalar las probables consecuencias del Brexit en los Reglamentos CE 883/2004 y UE 491 y 492/2001, respecto de las prestaciones vinculadas al empleo, por ejemplo el *Income Support*, las conocidas como *in-work benefits*. También se revisa la Directiva 2004/38/CE para comentar los problemas que encuentran los nacionales de terceros países comunitarios casados con nacionales de los Estados miembros. Plausible es el atrevimiento de desmitificar, a través de una valoración realista, la relevancia de la flexibilidad, respecto de la cual estos *Editoriales* siempre se han manifestado profundamente escépticos, aunque no se había tenido la audacia de compararla, como ahora ocurre, con ... *el traje nuevo del emperador* (pág. 23).

La parte final de tan enriquecida colaboración se dedica a las ya célebres sentencias de la contratación temporal en los sectores privado y público –De Diego Porras (C-596/14), Pérez López (C-16/15) y Martínez Andrés (acumulados C-184-15 y 197/15)–, a las que la doctrina española prestó desde su dictado una atención monográfica¹, correspondida asimismo en este número 127 de la *Serie*, de la mano de David Ordóñez Solís, quien no se conforma con la cita y comentario de esas últimas sentencias sino que, al analizar la Directiva 1999/70/CE –cobertura o continente del Acuerdo Marco entre el CES, la UNICE y el CEEP –y mal traspuesta al derecho español por la Ley 12/2001, de 9 de julio–, recuerda con detalle las más de treinta resoluciones destinadas a acabar con los abusos de los empleos no fijos, cuando no quedan limitados por un techo de duración o por el establecimiento de un número máximo de renovaciones admisibles.

Javier Gárate Castro se ocupa de las obligaciones administrativas del empresario que desplace temporalmente trabajadores a España, sugiriendo modificaciones bajo la vigencia de la Directiva 2014/67/UE y conforme a la doctrina del TJUE. La citada Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, ha reforzado las garantías de la Directiva 96/71/CE y ha modificado el Reglamento (UE) 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa mediante el sistema de información del mercado interior. En todo caso, la aportación del autor se centra sobre la insuficiencia de las obligaciones administrativas y también sobre la insuficiencia de los términos

¹ Por todos, el temprano librito de HUGO PRECIADO DOMENECH, *La contratación temporal tras las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016*, Bomarzo, 2017.

en que éstas se definen en la ley española 45/1999, cuya trasposición de la Directiva 96/71/CE ha quedado obsoleta tras la Directiva 2014/67/UE, necesitado pues el ordenamiento interno de una actualización inmediata.

Por su parte, Guillermo L. Barrios Baudor se mueve en la frontera del trabajo por cuenta ajena y del trabajo por cuenta propia, una raya roja tan compleja en el derecho comunitario como en los derechos nacionales, habida cuenta de los fraudes diarios que tienen lugar con los «falsos autónomos», actuantes hacia fuera como empresarios económicamente dependientes, pero en realidad dispuestos a revelarse como trabajadores dependientes en sentido jurídico, es decir, sujetos plenamente al poder de dirección de un empleador, desvestido de hecho de la condición de cliente de aquél. Con este motivo, partiendo del art. 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se desmenuza la importante S.TJUS FNV Kunsten Informatie en Media, de 4 de diciembre de 2014 (C-413/13). Pese a la regulación de la figura de los «acuerdos de interés profesional», ha de quedar claro que no se trata de una modalidad de negociación colectiva en sentido estricto y que, por la misma razón, ningún convenio colectivo puede regular las condiciones de trabajo de los empresarios autónomos económicamente dependientes, so pena de situarlos al otro lado de la frontera como trabajadores por cuenta ajena en fraude de ley, exigencia de la citada sentencia comunitaria del 4 de diciembre de 2016, para no incurrir en el derecho europeo de la competencia.

La protección social de las nuevas formas de familia es objeto de atención por Francisco Javier Hierro Hierro, quien delimita previamente la principal figura de la «maternidad subrogada», no permitida por la ley española pero sí por la portuguesa cuando sus fines sean exclusivamente altruistas, una decisión legislativa no solo variable por tanto de un país a otro, sino cambiante dentro del mismo marco nacional a través del tiempo. Se pasa revista a la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, condenatoria de la práctica, a las Directivas 92/85/CEE, 2006/54/CE y 2000/78/CE, así como a las SS.TJUE recaídas en los casos C-167/12 y C-363/12. Y en contraste con esos antecedentes, el hecho de que las sentencias del Tribunal Supremo español, de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016, hayan reconocido los beneficios prestacionales, argumentando la naturaleza de norma mínima de las Directivas comunitarias y el dato no irrelevante de que el ordenamiento español no protege únicamente la maternidad biológica, sino también la adopción y el acogimiento, lo que favorece sin duda las interpretaciones basadas en la analogía.

Yolanda Maneiro Vázquez trata el régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo, a partir de la Directiva 98/59/CE y de las SS.TJUE de 30 de abril (C-80/14), 13 de mayo (C-182/13), 9 de julio (C-229/14) y 11 de noviembre (C-C-422/14), todas ellas de 1985, sirviendo de fuentes de localización de numerosos contrastes y fricciones del mismo con su régimen legal vigente en el ordenamiento español, en referencias al art. 51 ET y a las dos últimas sentencias referidas a España, casos Balcaya y Pujante. Esos contrastes y fricciones afectan singularmente al concepto de trabajador –lógicamente no en términos generales, sino a los simples efectos del despido colectivo, haciendo irrelevantes algunas de las exclusiones declarativas y constitutivas de nuestro derecho–, al concepto de centro de trabajo, no siempre equiparable a estos afectos al concepto unitario de empresa e, incluso, al concepto de despido, entendido en su máxima amplitud de ruptura del contrato sin concurrencia de la voluntad del trabajador para la determinación del umbral del despido colectivo respecto del individual. Sintomático de estos desajustes es que la S.TS de 17 de octubre de 2016 reconoce que el art. 51 ET no realizó correctamente la trasposición de la Directiva comunitaria.

El estudio de M^a. Teresa Velasco Portero se centra en la adaptación del ordenamiento español a la doctrina del TJUE en materia de no discriminación, analizando las Directivas comunitarias 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE. Las aplicaciones discriminatorias objeto de mayor interés son las que atañen a la edad máxima de las personas para el acceso a ciertos empleos de riesgo (policías, bomberos, por ejemplo), también a las condiciones de trabajo en función de la edad y a la licitud de establecer la extinción del vínculo por el cumplimiento de una edad determinada, aspecto este último en el que el ordenamiento español ha fijado reglas más drásticas de prohibición, desde la Ley 3/2012, que las contenidas en la normativa comunitaria. A ese análisis sigue, con cierta extensión, la posible aplicación a la enfermedad, o a enfermedades de cierta duración, el régimen más protector de la discapacidad, lo que se vincula a la evolución habida, desde la S.TS de 29 de enero de 2001 y la S.TC 62/08, hasta las SS.TJUE de 11 de abril de 2013 (caso HK Danmarck), 18 de diciembre de 2014 (Caso 354/13) y 1 de diciembre de 2016 (Caso 395/15).

Por su parte, María José López Álvarez se enfrenta al prolijo tema del tiempo de trabajo, y de las vacaciones, en la doctrina comunitaria, a la sombra de la Directiva 2003/88/CE. También en este caso se contrasta dicho régimen con el español, resultando de ello que el concepto de tiempo de trabajo –como todo periodo de puesta a disposición del empleador en el centro de trabajo– resulta mucho más amplio que el concepto que se desprende del art. 34.5 ET, aún más tras la S.TJUE de 10 de septiembre de 2015 (Caso Tyco), cuya doctrina enseña que si el trabajador no tiene centro de trabajo, la puesta a disposición del empleador ha de definirse en relación con la falta de libertad del trabajador para disponer o gestionar su propio tiempo. Pero es en el ámbito de las vacaciones anuales retribuidas en el que de manera más clara se comprueba la necesidad de completar la legalidad española, y la interpretación que de ella realizan los tribunales, de lo que se ha tenido una experiencia reciente con la S.TJUE de 22 de mayo de 2014 (Caso C-539/12, Lock), aunque por razones cronológicas la autora no cita la importante S.TS de 25 de enero de 2017 (R^o Cas. 96/16), obligando a las empresas cuyos trabajadores obtengan comisiones por ventas o ingresos semejantes, a satisfacerse las igualmente en los periodos vacacionales, pero admitiendo en cambio amplios márgenes a la autonomía colectiva para regular el sistema de cálculo de las comisiones, incluso para modificar *in peius* un sistema precedente de cálculo más beneficioso que no incluyera la extensión del beneficio al tiempo vacacional.

Finalmente, Dolores Carrascosa Bermejo acomete el asunto de la libre circulación de los ciudadanos comunitarios inactivos, respecto de su acceso a las prestaciones no contributivas, asistencia sanitaria incluida, reguladas por las Directivas 2004/38/CE y 2014/54/CE, así como por los Reglamentos de coordinación CE/883/2004 y 987/2009. El trabajo profundiza en la diferencia entre la residencia temporal legal y la residencia habitual y, con revisión de la doctrina de las SS.TJUE Brey (C-140/12), Dano (C-333/13), Alimanovic (C-67/14), García Nieto (C-299-14) y Comisión contra el Reino Unido (C-308/14) –que aceptan el parámetro de la residencia legal– concluye afirmando la ruptura de la solidaridad deseable, proyectándola a los supuestos de los ciudadanos inactivos que entran en España y aquellos otros que salen del territorio nacional para desplazarse a otros Estados miembros.

3. Este número 127 de la serie incluye, además de las Secciones fijas de Legislación, Jurisprudencia, Documentación e Informes, Recensiones y Bibliografía, un estudio firmado conjuntamente por Sergio González Begega, Holm-Detlev Köhler y Mona Aranea, sobre la evaluación crítica que merecen los Comités de Empresa Europeos –calificados como la «arena de diálogo social más desarrollada dentro del sistema europeo multi-nivel de relaciones laborales»– tras dos décadas de funcionamiento. Bajo las sucesivas Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE, los autores delimitan cuatro etapas, que denominan 1^a) experimental de pioneros (1983-1994), 2^a) de desarrollo del art. 13 de la Directiva 84/45/CE (1994-1996), 3^a) de voluntarismo regulador

conforme al art. 6 de la Directiva 94/45/CE (1996-2009) y 4ª) de voluntarismo revisado, traído por la Directiva (2009/38/CE). En síntesis, consideran que el carácter voluntarista de la regulación comunitaria es el principal factor explicativo de la actual parálisis de los Comités, y ello pese al incremento de las tendencias de transnacionalización de empresas y sectores en la Unión.

La *Sección legislativa* corre, en este caso, a cargo de Raquel Vela Díaz, partiendo del Convenio n.º 189 de la OIT, junto a la Recomendación 201, y sus conexiones con los Convenios ns. 138 y 182, e incluso con el n.º 102, de norma mínima en materia de seguridad social, a fin de promocionar el trabajo decente de las personas empleadas en el hogar, o trabajadores domésticos. Una actividad «productiva en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en la que los derechos se protegen, sobre todo con remuneración adecuada y protección social», como fue definida por la misma OIT a partir de 1999 –y ampliada a la intervención de los trabajadores en las decisiones que les afectan, en el año 2000– y cuya aplicación en esos términos constituye una rigurosa excepción en el ámbito de referencia. De manera que, como es bien conocido y criticado, se asiste a un claro distanciamiento entre la preocupación de la OIT por imponer reglas convenientes a favor de los trabajadores domésticos –con reformulación constante de las mismas, por ejemplo en el 2008– y la cruda realidad plagada de abusos y fraudes como en pocos otros sectores laborales, con prestación de horas de trabajo excesivas y descontroladas, a cambio de salarios de hambre y de protección social prácticamente inexistente, incluso en países desarrollados.

La *Sección jurisprudencial*, realizada como habitualmente, por José Mª Miranda, resume y comenta críticamente en este número las principales decisiones del TJUE entre los años 2012 y 2015, referidas a cinco epígrafes principales: la libre prestación de servicios, la seguridad social de las personas que se desplazan por el interior de la Unión, la igualdad y la no discriminación y las relaciones laborales y de empleo, con una vuelta de tuerca a las –de momento inquietantes para los Gobiernos– sentencias sobre las diversas modalidades del trabajo temporal, particularmente el trabajo prestado interinamente en los sectores público y privado.

Sigue a las anteriores secciones habituales la también ordinaria *Sección de Documentación e Informes* que, en esta ocasión, agrupa tres desarrollos debidos a Miguel Colina Robledo, Elías Amor Bravo y María Prous Lora. El primero de ellos es el siempre extenso comentario de Miguel Colina, ahora a la dimensión del empleo en la estrategia Europa 2020, con especial referencia a la que denomina revisión intermedia, situada en los años 2014-2015, a través de la actividad de la Comisión Europea, del Consejo en su formación de Ministros de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores (EPSSCO), de los Comités de Empleo y Protección Social, y del propio Consejo Europeo, suponiendo de este modo una continuación del análisis publicado en el anterior n.º 122 de la misma Serie. Por su parte, Elías Amor Bravo se ocupa de la nueva Agenda de Capacidades para Europa, lo que puede interpretarse como un impulso dado a las políticas europeas en materia de cualificaciones, con el objetivo de mejorar la empleabilidad de los trabajadores y el crecimiento económico. En definitiva, la denominada Nueva Agenda es una estrategia coordinada e integrada de diversas políticas que, intensificando la integración de todas ellas, pretende aumentar su eficacia y su eficiencia. Por último, María Prous Lora ha acometido la exposición de los Indicadores Sociales de la OCDE, contenidos en la renovada edición del informe bianual de la Organización, presentado con el ambicioso título de «Panorama de la sociedad 2016», en realidad, y como en ocasiones anteriores, una recopilación de los datos cuantitativos sobre el bienestar social y sus principales tendencias en los treinta y cinco países miembros de esta Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, datos sobre los que existe desde luego, por su interés indiscutible, una creciente demanda.

La Sección dedicada a *Recensiones y Bibliografía* da cuenta de dos importantes nuevos libros sobre el Derecho social internacional y comunitario. En primer lugar, Teresa Perea Montes resume la brillante construcción que el catedrático y magistrado del Tribunal Constitucional, Don Fernando Valdés Dal-Ré, realiza bajo el título de «Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales fundamentales», contraponiendo sus luces y sus sombras. Un estudio cuyo origen fue el discurso de investidura del autor como Doctor honoris causa por la Universidad de Valladolid, en la que durante muchos años prestó servicios docentes y dirigió la investigación de cuantos profesores se consideran actualmente sus discípulos. En segundo lugar, Paula de la Villa de la Serna da cuenta pormenorizada de un interesante libro escrito por la colaboración de Pilar Mellado Prado y de Santiago Sánchez González, obra de gran claridad, sencillez y utilidad para refrescar la situación orgánica y funcional de los entresijos de la Unión Europea. Finalmente, Maravillas Espín Sáez recopila los artículos y estudios, sobre el objeto de esta Serie, publicados en revistas científicas de la especialidad durante al año 2016.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial

European Union labour law in the crossroads: between legislative paralysis and judicial stimulus

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

EL PANORAMA SIN HORIZONTE

Si Cassandra hubiera vivido en nuestros días, probablemente tendría un blog sobre la Unión Europea y los avatares de su ordenamiento jurídico. Y a medida que los hechos pronosticados sucediesen, vería un coro griego a su alrededor lamentándose del deterioro que se había producido. El *Brexit*, súbitamente, ha puesto de manifiesto que hay fracturas en el modelo social cohesionado al que se aspira. ¿A quién pudo sorprender esta aseveración, si bastaba con contemplar la línea jurisprudencial a propósito de determinadas prestaciones para constatar que la grieta ya estaba ahí?

El 9 de diciembre de 2016, el presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, participó en los actos de conmemoración del 25 aniversario del Tratado de Maastricht. En su discurso, irónicamente señaló que de dicho Tratado sólo quedaban dos supervivientes: el euro y

él mismo. La *Europa social de dos velocidades*, engendrada en ese Tratado, desapareció ciertamente, tras el inmediato Tratado de Amsterdam. ¿Qué queda hoy de ella? ¿Hemos llegado al momento de la *Europa social con marcha atrás*?

El propósito de este trabajo es poner de manifiesto el *impasse* en el que se encuentra en este momento el modelo social de la Unión Europea. Con este objetivo, se examinará la actual parálisis en la creación normativa y se considerará el *Brexit* como un amago de retroceso social. El escaso papel del Parlamento Europeo también será puesto de manifiesto. En ese lánguido escenario, la atención pasará a continuación al Tribunal de Justicia, con dos puntos de vista complementarios. En primer lugar, se abordará su rol en estos momentos, para a continuación hacer un breve *estudio de caso*, las conocidas sentencias de septiembre de 2016 y su impacto, todavía no definitivo, en la doctrina judicial española.

EL BREXIT (Y SU EVITACIÓN) COMO SÍNTOMA DE RETROCESO SOCIAL

Resulta difícil valorar en este momento qué podría haber acarreado consecuencias más catastróficas para la Unión Europea, si la per-

* Universidad de Santiago de Compostela. Este artículo se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER) *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y concedido a un equipo encabezado desde la Universidad de Santiago de Compostela.

manencia del Reino Unido en ella o su partida. Correspondió a David Cameron, alcanzado por un *hubris* propio de la más elaborada tragedia griega, iniciar el proceso, con una carta en la que reclamaba una modificación del status del Reino Unido dentro de la Unión, conforme a las promesas recogidas en su manifiesto electoral.

En el primer Consejo Europeo celebrado tras el envío de la carta, a finales de 2015, las Conclusiones¹ recogieron la discusión política sobre la cuestión, sin entrar en profundidades, y el deseo de encontrar soluciones mutuamente satisfactorias en un subsiguiente Consejo Europeo, que se celebraría en febrero de 2016. El 2 de febrero, Donald Tusk hizo pública la respuesta de las instituciones europeas a las peticiones británicas, sentando las bases para las negociaciones que se desarrollarían pocas semanas después. Era una variada colección de documentos², que incluía una carta «política» de contestación al Primer Ministro británico y varios borradores de declaraciones de los Jefes de Estado y de Gobierno, del Consejo Europeo y de la Comisión Europea sobre los puntos que debían ser tratados en la negociación.

En lo que ahora concierne, el aspecto laboral, la sección D de la propuesta de Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el Consejo Europeo abordaba la propuesta relativa a la libre circulación de trabajadores, «tomando nota» de las preocupaciones británicas. A continuación, recogía una importante dosis de literatura sobre la actual regulación de la libre circulación, señalando que ya existe una capacidad de los Estados de limitar la concesión de determinadas prestaciones. Aunque no se hiciera referencia expresa a ellos, los casos *Dano*³ y *Alimanovic*⁴ (y también *Co-*

*misión contra Reino Unido*⁵ y *Pérez Nieto*⁶, entonces en tramitación) estaban perfectamente sintetizados en la exposición.

A la hora de proponer cambios en el ordenamiento de la UE, la propuesta tomaba nota de la petición británica para futuras adhesiones. Habida cuenta de los Estados que podrían adherirse en el futuro, las palabras «Turquía» y «Ucrania» estaban escritas en tinta invisible en las líneas de las Conclusiones. En lo que concernía al Derecho derivado, se recogían propuestas más concretas. En primer lugar, se avanzaba una reforma del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre coordinación de los regímenes de Seguridad social, para introducir la posibilidad de modular las prestaciones familiares en función del nivel de renta del país al que se exportan. Primera medida, por lo tanto, de notable asimetría, puesto que sólo favorecería a los países de más alta renta, que captan la mano de obra proveniente de los países menos afortunados. Se trataría de una ruptura de la solidaridad esencial que ha encarnado el principio de libre circulación de trabajadores desde sus orígenes.

En segundo lugar, la reforma afectaría al Reglamento (UE) n° 492/2011, a propósito de los «in-work benefits». En el argot europeo, esta figura se traducía de forma habitual al castellano oficialmente como «prestaciones vinculadas al empleo». Se trata, a grandes rasgos, de prestaciones públicas destinadas a complementar los ingresos salariales de las personas con rentas bajas, que atienden a diversas situaciones⁷. La propuesta sugería la creación de un mecanismo de alerta y salvaguarda ante situaciones de acceso masivo a

¹ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-28-2015-INIT/es/pdf> [consultado el 21 de diciembre de 2016].

² <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-leases/2016/02/02-letter-tusk-proposal-new-settlement-uk/> [consultado el 21 de diciembre de 2016].

³ Sentencia de 11 de noviembre de 2014, *Elisabeta Dano, Florin Dano y Jobcenter Leipzig*, asunto C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358.

⁴ Sentencia de 15 de septiembre de 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln y Nazifa Alimanovic, Sonita Alimanovic, Valentina*

Alimanovic, Valentino Alimanovic, asunto C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597.

⁵ Sentencia de 14 de junio de 2016, Comisión Europea contra Reino Unido, asunto C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436.

⁶ Sentencia de 25 de febrero de 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen* contra *Jovanna García-Nieto, Joel Peña Cuevas, Jovanlis Peña García, Joel Luis Peña Cruz*, asunto C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114.

⁷ Un ejemplo es el *Income Support* («apoyo de ingresos»): <https://www.gov.uk/income-support/overview> [consultado el 21 de diciembre de 2016].

este tipo de prestaciones por parte de trabajadores procedentes de otros Estados miembros, «de excepcional magnitud durante un extenso periodo de tiempo». Seguía a continuación un esbozo básico del mecanismo, detallando la participación en él de las distintas instituciones de la UE. Esta medida, en el fondo, habría dado lugar a una segmentación interna del mercado de trabajo británico creando una nueva aberración, los *trabajadores pobres de primera* y los *de segunda*, que verían así negado su acceso a estas prestaciones que son las que permiten algo parecido a una existencia digna en las condiciones salariales indicadas.

De entre los restantes documentos, los más relevantes en materia social eran los borradores de declaraciones de la Comisión Europea sobre las cuestiones apuntadas por Cameron en su carta. En primer lugar, se avanzaba una reforma de la Directiva 2004/38/CE a propósito de los miembros de la familia, en especial de los nacionales de terceros Estados desposados con nacionales de Estados miembros, y también para aclarar la noción de amenaza para la seguridad pública que puede restringir la libre circulación. En el otro borrador, la Comisión anunciaba una propuesta de reforma del Reglamento (UE) n° 491/2011 en el sentido indicado por la Declaración y adelantaba ya que, a su juicio, concurrían en el Reino Unido las condiciones necesarias para activar el proyectado mecanismo.

El Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016 fue el escenario para el cierre del trato. Sus voluminosas Conclusiones⁸ seguían la estructura de lo presentado por Donald Tusk, además de ocuparse de la crisis de los refugiados y la guerra de Siria y los problemas de Libia. Todo lo propuesto, eso sí, estaba condicionado a la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea. Merece la pena señalar la insistencia del texto en recalcar que todo se hace «de conformidad con los Tratados». El

entuerto buscaba solucionarse sin reformar el Derecho originario, escenario que podría crear una coyuntura difícil en algunos Estados miembros, donde la ciudadanía o los Parlamentos podrían no mostrarse tan comprensivos con las demandas británicas. Sí que había una mención, en lo concerniente a la integración del Reino Unido, a una futura reforma, pero que queda remitida *ad calendas graecas*.

En lo que se refería a la modificación del Reglamento (CE) n° 883/2004 a propósito de las prestaciones familiares, las negociaciones trajeron bastantes matices a lo propuesto por Tusk. En primer lugar, el mecanismo de indexación sólo habría sido de aplicación a nuevas peticiones formuladas por trabajadores de la UE en el Estado miembro de acogida. No habría tenido, por lo tanto, carácter retroactivo. En segundo lugar, la regla se introducirá con carácter general a partir del 1 de enero de 2020 y podrá afectar también a las prestaciones existentes. De acuerdo con la Comisión, para realizar esta indexación se tendrá en cuenta «el nivel de vida y el nivel de las prestaciones por hijo aplicables en dicho Estado Miembro».

El principio clásico sobre las cláusulas de residencia, recogido con carácter general en el artículo 7 del Reglamento (CE) n° 883/2004, habría sufrido así un poderoso embate. Tanto es así que constaba en el texto que «no es intención de la Comisión proponer que el futuro sistema de indexación facultativa de las prestaciones por hijo se haga extensivo a otras prestaciones exportables, como las pensiones de jubilación». El valor jurídico de esta afirmación era, claramente, inexistente y no era más que un lavado de conciencia ante el atentado contra la tradición comunitaria que se pretendía perpetrar.

La modificación del Reglamento (UE) n° 492/2011 a propósito de los «in-work benefits» (que quedaron traducidos como «prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional») respetaba casi

⁸ Disponible en castellano en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2016-INIT/es/pdf> [consultado el 21 de diciembre de 2016].

íntegramente lo contenido en la propuesta de Tusk. En síntesis, activado el mecanismo diseñado, el Consejo habría podido autorizar al Estado miembro a «a limitar el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional de los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez, durante un periodo total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo. La limitación debería ser gradual, pasando de una exclusión inicial completa a un acceso progresivo a estas prestaciones para tener en cuenta la relación cada vez más sólida del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro de acogida. La autorización tendría una duración limitada y se aplicaría durante un periodo de 7 años a los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez». La Comisión, por último, declaraba su plena conformidad con todo lo recogido en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno y anunciaba la puesta en marcha de las propuestas legislativas oportunas.

Si el referéndum hubiera dado un resultado positivo a la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, la dimensión social de ésta habría quedado dañada. La caja de Pandora había sido abierta y los límites políticos al deterioro del modelo social explorados por primera vez. Ya no se trataba de no legislar, en el marco de apatía que se explorará en el próximo epígrafe. Se hablaba de un retroceso inaudito en los más de 60 años de trayectoria de la política social de la UE. Queda ahora negociar los aspectos sociales del *Brexit*, un escenario al que nadie consideró enfrentarse. Los acuerdos bilaterales en materia de Seguridad social, las restricciones a la libre circulación, los límites a las prestaciones transnacionales de servicios... son asuntos de elevada dificultad técnica que deberán ser acometidos con cautela y rigor.

LA PARÁLISIS LEGISLATIVA DE LA ÚLTIMA DÉCADA

El balance de la puesta en práctica de lo dispuesto en los Tratados en los últimos años

debe arrojar, sin remedio, un triste resultado. Toda esta actividad vino enmarcada por determinados documentos esenciales: el *Informe Kok I*⁹, el Libro Verde de la Comisión «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»¹⁰ y la Comunicación de la Comisión «Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad»¹¹. Con ellos se dio carta de naturaleza a la flexiguridad, que apareció posteriormente reforzada en el diseño de la Estrategia Europa 2020¹², sucesora de Lisboa y que fue a su vez sucedida por la puesta en práctica del diseño del *Semestre Europeo*¹³, auténtica reinterpretación de lo dicho en los Tratados para la coordinación en materia de empleo.

⁹ El documento tenía por título oficial «*Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe*» y fue publicado en noviembre de 2003. Comentado en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Gobernanza y política de empleo», *Relaciones Laborales*, 5, 2005, pp.55 y ss.

¹⁰ COM(2006) 708 final de 22 de noviembre. Sobre él, F. VALDÉS DAL-RÉ, «El debate europeo sobre la «modernización del Derecho del Trabajo» y las relaciones laborales triangulares», *Relaciones Laborales*, 3, 2009, p.39: «El declarado objetivo se asienta sobre una doble y combinada premisa, que cumple la muy relevante función de delimitar desde un principio y sin ambigüedades o equívocos el entorno ideológico en el que se mueve y desde el que se ha elaborado el Libro Verde. La primera premisa es la configuración del ordenamiento laboral (...) como un mero instrumento puesto al servicio exclusivo del buen funcionamiento del orden económico; esto es, del mercado. La consecuencia principal de semejante concepción es la privación al derecho del trabajo (a sus principios, a sus instituciones, a sus reglas y a sus técnicas de regulación) de una lógica propia y diferenciada de la que definen los entornos macroeconómicos; o, al menos, de una lógica mestiza, que también procura atender objetivos de carácter social. La segunda premisa que sostiene la finalidad que se confiesa perseguir con la consulta promovida por y desde el Libro Verde traduce una negativa valoración sobre la eficacia del derecho del trabajo al crecimiento económico y, más en general, al desarrollo dinámico y sostenido de la economía de mercado».

¹¹ COM (2007) 359 final de 4 de julio.

¹² Plasmada en la Comunicación «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo.

¹³ P. DE LA VILLA DE LA SERNA, «Conclusiones del Consejo sobre la gobernanza de la Estrategia Europea de Empleo en el contexto de Europa 2020 y el semestre europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 92, 2011.

Relevante en esta serie programática fue el denominado *Paquete de Empleo*¹⁴, auténtica hoja de ruta de la Comisión, con la que se pretendía «complementar las prioridades en materia de empleo del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento con orientaciones de actuación a medio plazo en función de los objetivos de empleo de la Estrategia Europa 2020»¹⁵. Verdadero principio rector¹⁶ o noción que perdió la «guridad» con el paso del tiempo¹⁷, es difícil localizar la auténtica traducción normativa de la flexiguridad en la actividad legislativa europea, encarnándose con preferencia en consignas desreguladoras lanzadas por la Comisión o el Consejo Europeo.

Valorando su impacto real en el ordenamiento de la Unión Europea, la flexiguridad no se distingue en gran medida del traje nuevo del Emperador. Numerosos símiles literarios podrían emplearse para intentar sintetizar sus resultados, pero es que la verdadera dificultad para ello consiste en encontrarlos. Desde una extrema parodia de Verlaine sobre la conveniencia de retorcerle el cuello a la flexiguridad a un planto en el estilo de Jorge Manrique equiparando esta idea con la veracidad de las eras, todo parece indicar que esta idea fue el cometa que cruzó el firmamento europeo, anunciando grandes acontecimientos y

que, como todos los cometas, se desvaneció sin producir nada de lo pronosticado.

En efecto, cabría esperar una plétora de innovaciones normativas en estos años, animadas por ese nuevo fuego sagrado. Pero lo cierto es que la última década fue un tiempo de ajustes y reformas casi cosméticas. Son ejemplos preclaros la Directiva 2006/54/CE 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); la Directiva 2009/38/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (versión refundida)¹⁸; la Directiva 2010/18/UE, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, y se deroga la Directiva 96/34/CE¹⁹; y la Directiva 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE²⁰.

En este mismo grupo deben incluirse la fracasada reforma de la Directiva sobre tiempo de trabajo, la propuesta de modificación de la Directiva 92/85/CEE sobre la protección de la mu-

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones, «Hacia una recuperación generadora de empleo», COM (2012) 173 final de 18 de abril.

¹⁵ Extensamente, N. M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, «La coordinación de las políticas sociales y de empleo en el vórtice de la gobernanza económica europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 2015, pp. 949-984.

¹⁶ Al respecto, M. A. BALLESTER PASTOR, «La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales», *Ponencia al XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17 de mayo de 2012: «Ha ido incrementando su sugestión hipnótica, hasta el punto de que pese a las muchas divergencias en cuanto a su alcance, sigue siendo actualmente el eje fundamental del pretendido modelo europeo».

¹⁷ En este sentido, S. LAULOM, «De la flexicurité à de nouvelles flexibilités», en VV.AA., *Quel Droit Social dans une Europe en crise*, Larcier, Bruselas, 2012, p.352.

¹⁸ Sobre ella, R. GÓMEZ GORDILLO, «La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria», *Relaciones Laborales*, 13, 2010: «El esfuerzo normativo realizado no se corresponde con los objetivos previsible, afirmación que pone en duda la vigencia del principio de efecto útil de las normas comunitarias. La reforma se queda muy lejos de los objetivos enunciados en la Exposición de motivos y, particularmente, es dudoso que sirva para dar efectividad a los derechos de información y consulta transnacional, para incrementar la proporción de comités de empresa europeos existentes, para resolver los problemas observados en la aplicación del texto originario, para poner remedio a la inseguridad jurídica derivada de alguna de sus disposiciones u omisiones».

¹⁹ Al respecto, J. CABEZA PEREIRO, «El contenido del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental», *Actualidad Laboral*, 4, 2012.

²⁰ Vid. J. GARCÍA MURCIA, «Cuatro normas de trabajo (asalariado y autónomo) en el intervalo de la reforma laboral», *Derecho de los Negocios*, 241, 2010.

jer embarazada o el aun no abandonado intento de perfeccionar la Directiva 96/71/CE sobre desplazamientos de trabajadores, sobre el que se volverá más tarde. Concluyendo, el ejemplo supremo de esta actividad de revisión fue la puesta al día del Reglamento de libre circulación, ahora Reglamento (UE) n.º 492/2011, que supuso el fin de la vigencia del clásico Reglamento (CEE) n.º 1612/68. El nuevo Reglamento no aportó en realidad nada novedoso al acervo social de la Unión Europea²¹. Revistió, eso sí, de ropajes actuales a una institución de feliz trayectoria, engalanándola para el futuro. Un futuro, por otra parte, en el que los problemas vendrían de la mano de los Estados, que de pronto parecieron recelar de los logros conseguidos a través de Schengen, y que daban preocupantes indicios de desear recuperar, en cierta manera, el control de sus fronteras. El acuerdo anti-Brexit simbolizaba de forma prístina esta situación. Fácilmente pueden considerarse como complementarias de esta reforma, la Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión, y la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

En contraste, en el saldo de la auténtica creación legislativa, pueden distinguirse tres grupos de actos. En primer lugar, a medio camino entre la innovación y la actualización, es obligado mencionar por su trascendencia la consecución de la reforma de los Reglamentos en materia de Seguridad Social²². Este largo

proceso, que traía origen en la década de 1990, culminó finalmente con la aprobación del Reglamento (CE) n.º 987/2009 y la entrada en vigor, el 1 de mayo de 2010, del nuevo tándem formado por éste, como Reglamento de aplicación, y por el Reglamento (CE) n.º 883/2004, como Reglamento de base. Técnicamente, la superación del Reglamento de 1971 y sus incontables modificaciones supuso un notable triunfo, diluido en cierta medida por los largos periodos transitorios que articulaban el paso de uno a otro sistema.

No obstante, la reforma del Reglamento planteada por la Comisión Europea en diciembre de 2016²³, dentro del paquete de movilidad laboral, pareció recoger las previsiones más pesimistas expresadas a propósito del Brexit. En efecto, en nombre de la modernización, la Comisión propuso modificar la normativa existente a propósito de los ciudadanos económicamente inactivos (endureciéndola, naturalmente), establecer un régimen coherente a propósito de los cuidados de larga duración (que se separarían de las prestaciones por enfermedad), reformar el régimen del desempleo en lo concerniente a su exportación y a los trabajadores fronterizos, así como nuevas disposiciones sobre las prestaciones familiares. La propuesta fue recibida inicialmente por miembros del Parlamento Europeo con notable hostilidad. Queda por ver cuál será su trayectoria.

El segundo grupo de normas que han de ser destacadas son las referentes al trabajo de extranjeros en la Unión Europea, su entrada y salida y su régimen de residencia. Dictadas todas ellas con base jurídica en el artículo 63 TCE (actuales 78 y 79 TFUE), responden claramente a una voluntad de captar de manera principal trabajadores nacionales de terceros países, pero eso sí, que gocen de una alta cualificación, esbozando así una incipiente

²¹ Con más detalle, J.M. MIRANDA BOTO, «El Reglamento (UE) n.º 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) n.º 1612/68», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 26, 2011.

²² Una valoración general en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y

material de los reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social», en VV.AA., *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2010.

²³ COM (2016) 815 final.

política de inmigración tecnocrática. En este elenco han de contarse la Directiva 2005/71/CE, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica²⁴; la Directiva 2009/50/CE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; la Directiva 2009/52/CE por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; y la Directiva 2011/98/UE, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro²⁵.

El tercer grupo de normas lo deberían formar las directivas novedosas en materia social destinadas a tratar aspectos nacionales de las relaciones laborales, aprobadas como consecuencia o como reacción frente a la crisis. Es imposible no recordar el ejemplo del Programa de Acción Social de 1974, que intentó dar una respuesta europea a un problema europeo. En aquel momento surgieron los principales cuerpos de directivas, relativas a la igualdad y las crisis empresariales, que han vertebrado el crecimiento del Derecho social comunitario. Y sin embargo, el panorama actual asombra por su escasez. La solitaria Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, supuso el canto del cisne de esta actividad armonizadora. No es, en modo alguno, una norma anticrisis, salvo que

²⁴ Sobre ella, S. RUANO ALBERTOS, «El régimen especial de los investigadores en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 25, 2011.

²⁵ Sobre ella, E. MARTÍN PUEBLA, «La política común de inmigración de la Unión Europea y la Directiva del permiso único», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 32, 2013, pp. 55-79.

por tal se entienda una liberalización del recurso a este tipo de empresas²⁶.

El Parlamento Europeo, por su parte, planteó una iniciativa que sí tiene claros tintes reactivos. Preparada por el eurodiputado español Alejandro Cercas, se presentó una propuesta de Resolución del Parlamento, que se votó en el mes de diciembre de 2012, sobre reestructuración empresarial responsable²⁷. Esta Resolución incorporaba un catálogo de líneas de actuación que la Comisión debería tener en cuenta a la hora de elaborar una propuesta de directiva. Recuérdese que, en virtud del artículo 225 TFUE, el Parlamento Europeo puede «solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados». La decepcionante respuesta de la Comisión, que no dio lugar a ningún acto vinculante, augura un futuro poco prometedor a este mecanismo de iniciativa. En materia social, no ha vuelto a hacer acto de presencia...

¿LOS BROTES VERDES DE LA COMISIÓN JUNCKER?

Buena parte de las culpas sobre el panorama descrito recayeron en el Presidente de la Comisión Europea, Durão Barroso²⁸. En su primer discurso ante el Parlamento Europeo, el 9 de septiembre de 2015, Jean-Claude Juncker, su sucesor al frente del Ejecutivo comuni-

²⁶ Cfr. C. SANMARTÍN MAZZUCONI, «Significado y alcance de la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal», en VV.AA., *Cuestiones actuales sobre Derecho social comunitario*, Laborum, Murcia, 2009, p.597: «Cabe efectuar una crítica general a la técnica jurídica del legislador comunitario, en algunos aspectos algo oscura y enrevesada, lo que incluso llega, a veces, a impedir saber a ciencia cierta hasta qué punto es necesaria una transposición o no de sus disposiciones».

²⁷ 2012/2061(INI).

²⁸ Letanía que se repite, por otra parte, desde que Jacques Delors abandonó el puesto. Nadie ha vuelto a estar a su altura, a ojos de los comentaristas. Merecería la pena visitar la hemeroteca para repasar lo que se dijo de él en su periodo de ejercicio.

tario, abordó el esbozo de un programa social de actuación durante su mandato, a la manera de una antítesis hegeliana frente a la inacción precedente. En su intervención²⁹, señaló la un tanto utópica necesidad de conseguir un mercado de trabajo justo y verdaderamente paneuropeo³⁰. Mencionaba específicamente que «la movilidad laboral es bienvenida y necesaria para que prosperen la zona euro y el mercado único, pero ha de basarse en normas y principios claros. El principio fundamental que ha de guiar nuestra actuación debe ser garantizar la misma remuneración por el mismo trabajo realizado en el mismo lugar».

Así mismo, señaló que debía desarrollarse «un pilar europeo de derechos sociales que tenga en cuenta las cambiantes realidades de las sociedades europeas y el mundo del trabajo y que pueda servir de guía para una convergencia renovada en la zona euro». En todas estas actuaciones, en opinión del Presidente de la Comisión, los interlocutores sociales estaban llamados a tener un papel muy destacado. Meses después de este discurso, en un contexto donde la crisis de los refugiados estaba drenando considerablemente la credibilidad de la Comisión Europea y de toda la Unión, las iniciativas que desarrollaban este programa empezaron a ver la luz.

El 11 de marzo se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado. Desde el punto de vista técnico, tuvo la particularidad de ser una de las primeras ocasiones en que se recurrió a la base jurídica del artículo 153.2.a TFUE, que faculta a la Unión para adoptar medidas de cooperación que excluyan la armonización de sus le-

gislaciones. Su capítulo II recogía el cometido y actividades de la plataforma. En síntesis, representaba un nuevo episodio en la saga del método abierto de coordinación, la implantación del oxímoron del *Derecho blando* en el ámbito social. En los artículos 5 y 6 se hablaba, como es habitual en este campo, de los conocidos intercambios de buenas prácticas, fomento de enfoques innovadores, mejora del conocimiento y de la comprensión mutua... Algunos de los contenidos, eso sí, eran más concretos y apuntaban al importante papel otorgado a la Inspección de Trabajo. El 13 de marzo de 2020 es la fecha que la Decisión marca para la presentación de un informe por parte de la Comisión sobre la «aplicación y el valor añadido» de esta iniciativa. Se abrieron, por lo tanto, cuatro años para una ardua tarea de regularización de una parte no menospreciable de la actividad económica en la Unión. En el momento de cerrarse estas líneas, todavía no es posible distinguir fruto alguno de esta iniciativa.

Ya en el terreno de la legislación *dura*, la renovación de la Directiva 96/71/CE, sobre los desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, es el ejemplo perfecto del atasco institucional en el que se halla la Europa social. Se trata de la modificación puntual de un texto ya existente, no de la creación *ex nihilo* de un nuevo elemento del ordenamiento jurídico. Además, es una materia especialmente delicada, de la que se ha derivado una importante producción jurisprudencial, objeto de poderosas críticas por parte de la inmensa mayoría de la doctrina laboralista europea. La respuesta que ofreció al *dumping social*³¹ fue tan cuestionable que condujo a la aprobación, caso inusitado en el recorrido del acervo comunitario, de una nueva Directiva, la Directiva 2014/67/UE, de refuerzo de la aplicación de la anterior³².

²⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-5614_es.htm (consultado el 21 de diciembre de 2016).

³⁰ La utilización de este adjetivo no deja de ser llamativa. Suele estar ausente de la terminología oficial de la Unión Europea y evoca el recuerdo de las iniciativas primigenias del conde Coudenhove-Kalergi en pro de la unidad del continente.

³¹ Al respecto, J. GÁRATE CASTRO (dir.), *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

³² Sobre ella, O. FOTINOPOULOU BASURKO, «Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre

No obstante esta medida, la alteración de la propia Directiva es un tema que llevaba ya tiempo en la agenda de la UE, sin conseguir concitar unanimidad al respecto. El 8 de marzo de 2016, la Comisión dio un paso adelante, presentando en Estrasburgo su nueva propuesta de reforma³³. Como viene siendo habitual en los últimos tiempos, la justificación de la propuesta ocupó una parte bastante más considerable que el texto de ésta. Se ponía en ella de manifiesto la importancia de los desplazamientos de estos tiempos, que ya se acercan a los dos millones de trabajadores. Así mismo, la propuesta encajaba esta reforma con otras actuaciones de la Comisión, tanto la comentada plataforma como un nuevo paquete de medidas sobre el transporte en carretera.

Resultaba llamativo el reconocimiento implícito de la Comisión de que en esta cuestión existían y existen dos bandos. Por un lado, se encuentran los países que defienden la reforma (Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo, los Países Bajos y Suecia) y por otro los que la consideran prematura (Bulgaria, Chequia, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía). La división entre receptores y emisores de desplazamientos se plantea de forma absolutamente evidente, casi tanto como el desinterés en la cuestión de los países del Sur de la Europa a 15, entre los que se encuentra España. Los interlocutores sociales europeos, por su parte, se han alineado de forma bastante previsible con una y otra opinión, reflejando la división de pareceres ya manifestada en etapas previas.

La Comisión optó por ponerse del lado, obviamente, de los defensores de la reforma, en una poco habitual medida de refuerzo de los derechos de los trabajadores, tanto de los desplazados que verían mejoradas sus condiciones como de los del Estado receptor del desplazamiento, que eliminarían en cierto

grado el factor de competencia que suponían las diferencias salariales transnacionales. No obstante, la Confederación Europea de Sindicatos ha denunciado que la reforma se quedaba corta en sus objetivos³⁴.

La propuesta centraba su contenido material en el artículo 1, a través del cual se articulaba la reforma de la Directiva 96/71/CE. En primer lugar, se proponía la adición de un nuevo artículo 2 bis, sobre los desplazamientos superiores a 24 meses. Recuérdese que ése es el plazo del artículo 12 del Reglamento (CE) n° 883/2004 para el mantenimiento de la conexión con la Seguridad social del Estado de procedencia. En paralelo con esta normativa vigente, «se considerará que el Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado al trabajador es el país en el que realiza habitualmente su trabajo», con todo lo que eso implica en materia de ley aplicable al contrato de trabajo. Este límite implica además el final de «los privilegios legales» de los trabajadores desplazados, ya que pasarían a ser considerados trabajadores ordinarios del Estado en el que se encuentran. La CES, no obstante, señaló que el límite era irrelevante, ya que el desplazamiento medio en Europa tiene una duración de cuatro meses.

El segundo contenido de la reforma era la modificación del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, donde se regulaban las condiciones de trabajo y empleo. Es innegable aquí la influencia de la sentencia *Sähköalojen ammattiliitto ry*³⁵. Desaparecería, en primer lugar, la referencia a las actividades recogidas en el Anexo, con la intención de extender la aplicación de los convenios de eficacia general a todos los sectores económicos. En segundo lugar,

³⁴ <https://www.etuc.org/press/posted-workers-revision-%E2%80%93-equal-pay-some#.Vv4yCHo40g4> (consultado el 21 de diciembre de 2016).

³⁵ Sentencia de 12 de febrero de 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry y Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, asunto C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86. Mi propio pronóstico de los efectos de esta sentencia en «De nuevo sobre la nación de salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores», *Derecho de las relaciones laborales*, 2, 2015, pp. 191-194.

desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista de Derecho Social*, 70, 2015, pp. 123-147.

³³ COM (2016) 128 final.

la referencia a la «cuantía de salario mínimo» sería sustituida por «la remuneración». El cambio es de una importancia colosal, en una primera impresión, ya que zanjaría la polémica de los últimos 20 años sobre esta cuestión. Ahora bien, el optimismo debe atemperarse al constatar la incorporación de este nuevo texto: «A efectos de la presente Directiva, se entiende por remuneración todos los elementos de la remuneración obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales, los convenios colectivos o los laudos arbitrales declarados de aplicación universal o, a falta de un sistema de declaración de convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general, otros convenios colectivos o laudos arbitrales a tenor de lo dispuesto en el apartado 8, párrafo segundo, en el Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado el trabajador. Los Estados miembros publicarán en el sitio web oficial único a escala nacional a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE los elementos de remuneración, de conformidad con la letra c)». Muchos de los sistemas nacionales de negociación colectiva quedarán fuera, en principio, de esta definición. La CES ha señalado, por su parte, la completa exclusión de los convenios de empresa en muchos Estados miembros. Se añadirán, por último, garantías específicas para los trabajadores en el marco de subcontratas y de desplazamientos de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. Con este texto, la Comisión planteó una reforma encaminada a obtener su objetivo de un salario igual para la realización de un trabajo del mismo valor en el mismo Estado miembro.

Su tramitación a partir de este primer momento fue considerablemente difícil. Los Parlamentos de once Estados miembros (monolíticamente, todos los países del Este y Dinamarca como comparsa) activaron el denominado procedimiento de la «tarjeta amarilla». Cómo el fútbol ha contaminado el mecanismo parlamentario de control del principio de subsidiariedad sería un gran tema de reflexión desde las frases inspiradoras de los Padres

Fundadores, pero lo importante es ahora señalar que esta situación obligó a la Comisión a reexaminar su propuesta.

La respuesta fue una nueva Comunicación³⁶ el 20 de julio de 2016, en la cual la Comisión contestó, descartando uno por uno, a todos los argumentos expuestos por los Parlamentos nacionales. Estos eran, en síntesis, que las reglas existentes eran suficientes y adecuadas; que la Unión no era el nivel adecuado de acción; que la propuesta no reconocía explícitamente las competencias de los Estados miembros en materia de remuneraciones y condiciones de empleo (cuestión que sólo preocupaba al Parlamento danés); y que la justificación de la propuesta en torno al principio de subsidiariedad era en exceso sucinta. La propuesta, por lo tanto, fue ratificada por sus autores y continuó su itinerario³⁷.

En el ínterin, la Comisión, dentro de la estrategia del Mercado Único, abrió una consulta a propósito del denominado «Pasaporte de servicios». Esta medida facilitaría los desplazamientos transfronterizos en el sector de la construcción, uno de los más importantes, sino el que más, en la aplicación de la Directiva 96/71/CE. La consulta desencadenó una nueva tormenta entre sujetos tan dispares como la Confederación Europea de Sindicatos³⁸ o Insurance Europe, la federación europea de aseguradoras³⁹. En el momento de cerrarse estas líneas, se desconoce todavía si la Comisión llevará adelante en el *paquete de mercado interior* esta actuación o no.

³⁶ COM (2016) 505 final.

³⁷ La carta a la Comisión de la Confederación Europea de Sindicatos, un virtuoso equilibrio entre el apoyo, la amenaza y el *lobbying* puede consultarse en <https://www.etuc.org/press/trade-unions-call-fast-dismissal-yellow-card-posted-workers> (consultado el 21 de diciembre de 2016).

³⁸ <https://www.etuc.org/press/red-card-services-passport#.WEVygJlIkUE> (consultado el 21 de diciembre de 2016).

³⁹ http://insuranceeurope.eu/sites/default/files/attachments/Joint%20ISSDC%20letter%20to%20President%20Juncker%20Dec%202016_0.pdf (consultado el 21 de diciembre de 2016).

Con independencia de ello, la síntesis que se puede extraer el panorama descrito es que las dificultades para modernizar el ordenamiento social de la UE cada vez son más considerables. A la anterior posición del Consejo como filtro político se añade ahora el mecanismo de control del principio de subsidiariedad, con lo cual los Estados tienen dos instancias para frenar cualquier iniciativa. En el interior de la Comisión, la tensión casi esquizofrénica entre los impulsos sociales y los económicos, todo un clásico, amenaza con desgarrar la acción de la Unión Europea. Y si a eso se suman, por último, las confusas decisiones en materia de política económica, los resultados electorales en algunos países y el clima pre-electoral en otros, resulta fácil concluir que la actualización ordinaria del acervo social de la UE es, cuando menos, lejana.

Frente a esa parálisis ordinaria, surgió un conato de medida extraordinaria, de perfiles más políticos que jurídicos. El mismo día que se presentó la anterior propuesta, la Comisión hizo pública su Comunicación sobre la apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales⁴⁰. En síntesis, «el objetivo de este pilar es manifestar una serie de principios esenciales en apoyo de unos mercados de trabajo y unos sistemas de bienestar que funcionen correctamente y sean justos. Como ha indicado el presidente Juncker, el pilar se desarrollará dentro de la zona del euro, permitiendo que otros Estados miembros de la UE se adhieran a él si lo desean».

En este momento, el pilar propuesto es algo nebuloso. Podría caracterizarse fácilmente como una versión 2.0 de la Carta de Estrasburgo de 1989, dotada de los caracteres de la posmodernidad. Algún comentarista ha señalado que parece centrarse en el *soft Law* y renunciar a la dimensión jurídica⁴¹. Se articulará en torno

a tres capítulos fundamentales: igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, condiciones laborales justas y protección social adecuada y sostenible. Pero cómo se pondrá en práctica, es un enigma. Una parte muy relevante de la Comunicación es la puesta en marcha de un periodo de consulta, encaminada a recabar la opinión de todas las partes interesadas, que estará abierto hasta el 31 de diciembre de 2016. El pilar, por lo tanto, tendrá un desarrollo dilatado en el tiempo, sin que sea posible pergeñar ahora cuál será su trayectoria y eficacia real.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: DEL DIÁLOGO AL MONÓLOGO

En el estático escenario mostrado, los avances más relevantes han venido de la acción, directa o indirecta, del Tribunal de Justicia. Sentencia tras sentencia, el Derecho pretoriano de la Unión Europea se está revelando como una herramienta decisiva en la configuración de nuestro ordenamiento laboral. Basta pensar en las sentencias del año 2015 sobre despido colectivo⁴², o los más lejanos pronunciamientos sobre el Fondo de Garantía Salarial⁴³, la compatibilidad entre maternidad y vacaciones⁴⁴, o entre éstas y la incapacidad⁴⁵, o sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal médico⁴⁶ para ser

⁴² Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La impugnación de la extinción individual del contrato de trabajo del trabajador afectado por un despido colectivo tras las últimas sentencias del Tribunal de Justicia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 2016, pp.550 y ss.

⁴³ A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Un ámbito de influencia decisiva en la configuración del Fondo de Garantía Salarial; el caso Wagner Miret», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, pp.73 y ss.

⁴⁴ S. I. PEDROSA ALQUÉZAR, «La compatibilidad entre maternidad y vacaciones; el caso Merino Gómez», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, pp.183 y ss.

⁴⁵ T. VELASCO PORTERO, «Coincidencia del derecho a vacaciones con un periodo de incapacidad; el caso Vicente Pereda», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, pp.199 y ss.

⁴⁶ B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, «La ordenación del tiempo de trabajo; el caso del SIMAP», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, pp.145 y ss.

⁴⁰ COM (2016) 127 final.

⁴¹ E. ROJO TORRECILLA, *Debate sobre un «pilar europeo de derechos sociales». ¿Qué puede aportar a la política social de la Unión Europea?*, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/03/debate-sobre-un-pilar-europeo-de.html#more> (consultado el 21 de diciembre de 2016).

consciente que vivir a espaldas del Derecho europeo ya no es una posibilidad legislativa. No es este el momento de analizar exhaustivamente la producción más reciente en materia social del Tribunal de Justicia. Tal tarea es abordada, parcialmente, en el resto de artículos que componen este número monográfico, y seguirá siéndolo mientras continúe la vigencia del proyecto de investigación en el que se enmarca.

Lo que se busca aquí es llamar la atención sobre algunas particularidades que han ido sucediéndose en los últimos años y que no parecen haber tenido excesivo impacto en los Estados miembros. Ni en sus legislaciones, ni en sus prácticas judiciales, ni en su doctrina. De ahí que se haya escogido hablar de monólogo, en contraste con el diálogo que es la base del sistema de la cuestión prejudicial. Como se comprobará, los asuntos tratados no son baladíes, sino en muchos piedras angulares de la recta comprensión del ordenamiento de la Unión Europea. Como trabajo inicial dentro de un proyecto de investigación, aquí quedan anotadas posibles líneas de desarrollo que serán abordadas en los años subsiguientes, si llegan a tener la importancia que puede intuirse en sus embriones.

Un primer aspecto que debe ser considerado es el lingüístico. No es ninguna novedad que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia, «según reiterada jurisprudencia, las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme a la luz de las versiones de todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia entre versiones lingüísticas, la disposición de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra».

En la sentencia *HK Danmark (Experian)*⁴⁷, el Tribunal de Justicia analizó un complejo régimen de jubilación en una empresa de Dina-

marca, en la que se cotizaba considerablemente menos para un seguro de vejez en función de la edad del trabajador. La diferencia de trato era obvia, dado que la edad era el criterio para el establecimiento de las distintas escalas. El meollo de la cuestión era, pues, determinar si existía una justificación objetiva para ello. El Tribunal señaló en primer lugar la diferencia lingüística entre la versión francesa y la danesa de la Directiva 2000/78/CE. A la hora de enumerar los campos en los que pueden establecerse tratamientos diferentes, ésta última omitía la mención a las «prestaciones de jubilación o invalidez». Las demás versiones la incluían, por lo que el Tribunal entendió que procedía una visión global, plasmando su opinión en la doctrina antes entrecomillada.

Esta línea consolidada debe traerse a la luz a propósito de la polémica doctrinal originada por las sentencias de septiembre de 2016, que luego se comentarán. En dicha polémica se intentaba trasladar la diferencia de tratamiento entre las condiciones de empleo y las condiciones de trabajo, establecida por el Tribunal Supremo, al régimen de la Directiva 1999/70/CE, donde se hace mención al trato igual en las condiciones de trabajo, únicamente. Pues bien, un análisis de las diversas versiones lingüísticas, atendiendo a lo indicado, revela que en la mayor parte de los idiomas la referencia se hace a las condiciones de empleo, al contrario que el texto en castellano. Esto debería hacer pensar que nos hallamos ante una noción comunitaria, autónoma e independiente de la nacional, y que el análisis lingüístico unidireccional no conduce sino a interpretaciones propias de un nacionalismo jurídico incompatible con la interpretación única que el Tribunal de Justicia asegura para el ordenamiento de la Unión Europea.

Otra de las grandes aportaciones que está haciendo el Tribunal de Justicia en los últimos años es la identificación del verdadero papel de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dogmáticamente, nadie alberga duda alguna sobre su equiparación con el Derecho originario en rango. Pero el escepticismo sobre su aplicación práctica

⁴⁷ Sentencia de 26 de septiembre de 2013, *HK Danmark contra Experian A/S*, asunto C-476/11, ECLI:EU:C:2013:590.

acompañó su elevación a tal categoría tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En buena medida, se creía que iba a tener una mera posición simbólica, pero la evolución de la jurisprudencia está apuntando hacia otras dimensiones, si bien dicha trayectoria es un tanto errática.

En efecto, en la misma sentencia *HK Danmark (Experian)* mencionada, el Tribunal recordó la existencia de un principio general de prohibición de toda discriminación en la Carta de Derechos Fundamentales. Merece la pena recalcar esta aparición de la Carta, puesto que no figuraba en la cuestión prejudicial, y fue el propio Tribunal el que la trajo a colación, recordando su importante posición en el ordenamiento comunitario. Eso sí, la sentencia subrayó un importante matiz: «es preciso que [el principio de no discriminación por razón de edad] se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión».

En contraste, el mismo año, en la previa sentencia *Association Médiation Sociale*⁴⁸, el Tribunal indicó, a propósito de la invocación del artículo 27 de la Carta, que el juez nacional debía en este caso tomar en consideración la normativa europea y buscar una interpretación de su legislación, que en todo caso debía respetar los principios generales del Derecho y no podía servir de base para una interpretación *contra legem*. Tal era la situación en este caso, pues la incompatibilidad era manifiesta. En definitiva, la conclusión del Tribunal fue que las disposiciones europeas no servían para resolver el litigio aplicándose directamente y que por lo tanto, recurriendo una vez más a la doctrina *Francovich*, debería solicitar la reparación del daño sufrido.

La aplicación de la Carta, no obstante, es un arma de doble filo, puesto que su fuerza parece ser como la Luna, de estado variable. Si

⁴⁸ Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale y Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*, asunto C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

en la sentencia *Alemo Herron*⁴⁹ fue utilizada por primera vez en una destacada defensa de la libertad de empresa recogida en el texto, la muy reciente sentencia *AGET Iraklis*⁵⁰ ha sido el escenario de una nueva tormenta. Resulta curioso que ésta sea la primera sentencia en la que el Tribunal de Justicia parece ser consciente del escenario de crisis económica en el que ha estado y está Europa, nada menos que en Grecia. Y lo que choca en esta sentencia es la profunda indiferencia que la Gran Sala ha sentido frente a ese trasfondo, en la misma semana en la sacudió la Banca española a propósito de las cláusulas suelo de las hipotecas. Frente a la (aparentemente un tanto arbitraria) potestad de la Administración griega de autorizar o denegar un despido colectivo, la sentencia exhibió la fuerza de la libertad de empresa, recogida en el artículo 16 de la Carta para considerar que dicha capacidad constituía una limitación desproporcionada de esta libertad.

En tercer lugar, también en 2016 se ha producido una importantísima sentencia, infravalorada como de costumbre por referirse a países lejanos, pero que puede transformar por completo la aplicación interna del Derecho de la Unión Europea. La sentencia *Dansk Industri (Rasmussen)*⁵¹, ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Dinamarca a propósito de la interpretación de la Directiva 2000/78/CE⁵². La legislación danesa, en una pintoresca mues-

⁴⁹ Sentencia de 18 de julio de 2013, *Mark Alemo-Herron y otros y Parkwood Leisure Ltd*, asunto C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521.

⁵⁰ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis*, asunto C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972.

⁵¹ Sentencia de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri (DI) y Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*, asunto C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278. Ampliamente con reflexiones de gran interés en P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «El efecto directo horizontal de la Directiva 2000/78: (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI –Ajos A/S– vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)», *La Ley Unión Europea*, 38, 2016.

⁵² Sobre la rica jurisprudencia que está emanando de esta Directiva, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 191, 2016.

tra de flexiguridad, niega la indemnización por extinción de contrato a los trabajadores que en el momento de finalizar su relación laboral tienen derecho a acceder a una pensión de jubilación. Un sindicato, en nombre del Sr. Rasmussen, atacó su extinción sin indemnización, alegando la sentencia de 2010 del propio Tribunal de Justicia sobre esta cuestión, *Ingeniørforeningen i Danmark*⁵³. Llegado el litigio al Tribunal Supremo, ante éste se planteó que no era posible realizar una interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea que no fuera radicalmente contraria a la norma en vigor en Dinamarca, conforme a la cual se había actuado bajo el principio de confianza legítima. El hecho de que se tratara de un litigio entre particulares impedía, de antemano, la eficacia horizontal automática. El dilema planteado, en definitiva, buscaba del Tribunal de Justicia una decisión sobre la prioridad del principio general de no discriminación por razón de la edad, recogido también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o la prioridad del principio de seguridad jurídica.

El elemento previo, la aplicabilidad en el caso de la Directiva 2000/78/CE, no supuso ningún problema para el Tribunal. Recurriendo a la doctrina sentada en la sentencia antes mencionada, señaló que el principio antidiscriminatorio se oponía radicalmente a un trato como el atacado, con independencia de que se produjera en un litigio entre particulares. Este aspecto era claramente predecible, ya que la anterior doctrina del Tribunal sobre un caso idéntico era ya conocida.

El elemento central de esta cuestión prejudicial, que trasciende al ámbito social, es el choque entre el ordenamiento de la UE, una Directiva no concebida para ser aplicada de forma directa, y un ordenamiento nacional, en concreto dos principios centrales como son la seguridad jurídica y la protección de

la confianza legítima. El Tribunal, para resolver el dilema, recurrió a su jurisprudencia más clásica sobre la ausencia de eficacia horizontal de las Directivas, pero la matizó oponiéndole la corriente sobre la obligación de los Estados de hacer cumplir el Derecho de la Unión. La interpretación conforme es, en estos escenarios, una herramienta decisiva para el órgano jurisdiccional. Pero como el propio Tribunal recordó, «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional».

Aquí entraba la ponderación propuesta por el órgano nacional. La sentencia comenzó precisando que no es admisible la perpetuación de una jurisprudencia nacional errónea, como parecía insinuar el tribunal danés, y que el órgano judicial debe garantizar la aplicación del Derecho de la Unión a los justiciables. La conclusión a este respecto fue tajante: «puesto que considera que no puede garantizar una interpretación conforme de la norma nacional de que se trata, el tribunal remitente debe dejar esta norma sin aplicar». Y continuó el Tribunal indicando que «salvo en caso de circunstancias totalmente excepcionales –cuya existencia, sin embargo no ha sido aquí alegada– el Derecho de la Unión así interpretado debe ser aplicado por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho».

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

⁵³ Sentencia de 12 de octubre de 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark contra Region Syddanmark*, asunto C 499/08, ECLI:EU:C:2010:600.

de los ordenamientos estatales⁵⁴. La polémica en España sobre la interpretación conforme y las dudas que genera no son sino el testimonio de un momento de choque sísmico entre sistemas jurídicos.

Una reflexión final, antes de abordar el más relevante impacto jurisprudencial de los últimos años en España, debe centrarse en la escasa atención que los Estados prestan a las cuestiones prejudiciales que provienen de otros países. Parecen hacer cierto el texto falsamente atribuido a Bertolt Brecht sobre la escasa preocupación que despierta lo que acontece a los demás, hasta que la fuente de esos acontecimientos se presenta en el caso propio. Las sentencias sobre empleo público en Italia, Grecia o Polonia de los últimos años podrían haber hecho concebir sin dificultad lo que iba a pasar si un caso similar localizado en España llegaba al Tribunal de Justicia. Los Estados miembros se refugian en una actitud semejante a Neville Chamberlain, ignorando lo que pasa en pequeños y lejanos países de los que poco se sabe, en lugar de llevar a cabo las oportunas reformas legales para adecuar, anticipadamente, sus ordenamientos jurídicos. Desde este punto de vista, el Derecho de la Unión Europea sigue siendo una obligación, no un auténtico compromiso con la creación de un ordenamiento jurídico armonizado.

Dentro de esa pugna entre ordenamientos, hay que apuntar las consecuencias futuras de las declaraciones que el Tribunal está realizando en los últimos tiempos a propósito del principio de efectividad. No puede afirmarse con rotundidad que sea ya una doctrina consolidada, pero sí puede llegar a ser el embrión de

una nueva expansión del potencial del Derecho de la Unión Europea. Un ejemplo de estas afirmaciones se encuentra en la última parte de la sentencia *Martínez Andrés* y encaja a la perfección con esta tendencia reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encaminada a reforzar el efecto útil del Derecho de la Unión Europea. En efecto, el Tribunal ha señalado que los mecanismos españoles de tutela de la vulneración del Derecho de la Unión Europea no son suficientes para garantizar los principios de equivalencia y efectividad. En concreto, ha señalado que la necesidad de recurrir a un nuevo proceso para obtener la reparación del daño sufrido no garantiza el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva. Con esa declaración, el Tribunal de Justicia está lanzando el gran órdago al legislador español. Es necesario crear un sistema eficaz de reparación del daño que pueda ser puesto en práctica por el juez que conoce del asunto. ¿Llegará de esta forma a España la indemnización pecuniaria por incumplimiento del Derecho de la UE? ¿Se creará un sistema de medidas cautelares y definitivas que enmende así su vulneración? Ésta es, sin duda, una de las líneas jurisprudenciales que deben ser estudiadas cuidadosamente en el futuro

LOS PRONUNCIAMIENTOS CONTRACTUALES DE SEPTIEMBRE DE 2016

Como «trilogía sísmica»⁵⁵ ha sido calificado el conjunto de las sentencias *De Diego Porrás*⁵⁶ (asunto C-596/14), *Pérez López*⁵⁷ (asunto C-16/15) y *Martínez Andrés*⁵⁸ (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), a las que se añade su propio Artagnan para completar el grupo,

⁵⁴ Más escéptico, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Interpretación conforme y efecto de exclusión de las Directivas laborales de la Unión Europea», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7, 2016, p.627: «Se consolida la obligación de inaplicación de los preceptos contrarios al principio general del Derecho de la Unión Europea de discriminación, pero ella deja abierto si otras directivas pueden considerarse también consagrados principios generales del Derecho de la Unión y opere en ellas el efecto de exclusión, sobre lo que hasta el momento el Tribunal de Justicia se ha mostrado algo reticente».

⁵⁵ C. MOLINA NAVARRETE, «La contratación temporal en el laberinto de los Tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social - CEF*, 404, 2016, p.180.

⁵⁶ ECLI:EU:C:2016:683.

⁵⁷ ECLI:EU:C:2016:679.

⁵⁸ ECLI:EU:C:2016:680.

el auto *Álvarez Santiso*⁵⁹ (asunto C-631/15). Las tres primeras son de 14 de septiembre de 2016, éste último del día 21 de septiembre. En pocas ocasiones ha saltado la actividad jurisprudencial de las páginas del Recopilatorio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia con tanto vigor a la primera plana de los medios de comunicación generalistas. Ni siquiera el caso *Viking* hizo tanto ruido. Sin embargo, sorprenderse con ellas es mirar a Oriente y ver el Sol salir cada mañana. Porque la explosión generada venía de tiempo atrás. Lo inesperado ha sido la repercusión.

En efecto, el 26 de marzo de 2015, la Comisión Europea trasladó al Ministerio de Asuntos Exteriores una carta de emplazamiento a propósito de los numerosos incumplimientos por parte de España de la Directiva 1999/70/CE. En ella se exponían con rotunda claridad todas las materias que se consideraban afectadas, invitando al Gobierno a formular las observaciones que considerara oportunas⁶⁰. Tras ello, la Comisión emitiría, o no, el dictamen motivado recogido en el artículo 258 TFUE, que pone en marcha el mecanismo del recurso por incumplimiento. Nada más se ha vuelto a saber y la continuidad de proceso forma parte de los arcanos de la burocracia de Bruselas.

En cualquier caso, antes de que se hubiera podido resolver *civilizadamente* este problema, llegaron los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Todos ellos han sido resueltos por la Sala Décima del Tribunal de Justicia, presidida por el luxemburgués F. Biltgen, que además ha actuado como ponente en todos ellos. La austriaca M. Berger ha formado parte de la Sala en los cuatro litigios, mientras que el maltes A. Borg Barthet y el letón E. Levits han estado presentes cada uno de ellos en dos proce-

dimientos⁶¹. En ninguno de ellos se han emitido Conclusiones por parte de los Abogados Generales, lo cual no deja de resultar llamativo⁶².

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

El bloque de sentencias y auto de septiembre de 2016 no es claro, ni preciso, ni técnicamente perfecto y no hay comentarista que haya dejado de señalarlo. De ahí la abundancia de opiniones enfrentadas que está surgiendo en su interpretación y que seguirán apareciendo. Una única conclusión podría ser, quizás, compartida por todos los autores. El Tribunal de Justicia ha creado el escenario propicio para, de una vez por todas, descuajar el mal de la temporalidad abusiva en nues-

⁶¹ Curiosamente, tres de ellos fueron Ministros de Justicia en sus respectivos países y el cuarto Fiscal General. Véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «De nuevo sobre la temporalidad en el empleo público y la Directiva 1999/70», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10, 2016, p.951: «Carece de la amplia experiencia académica o judicial de otros jueces del Tribunal, un currículo que refleja fundamentalmente una carrera política y administrativa y en la que en algún momento ocupó el Ministerio de Trabajo. Quizá, por ello, le «manca finesse» en su argumentación jurídica, en estos casos demasiado pegada a «trozos» de sentencias anteriores referidas a supuestos de hecho muy distintos». Levits, casualmente, ha sido el ponente en la conocida sentencia sobre el suelo de las hipotecas.

⁶² No faltan voces que opinan que, de haber sido resuelto los casos en Gran Sala y con intervención de un Abogado General, el resultado habría sido distinto. De ser así, una culpa más en la lista de la Abogacía General del Estado, que no invocó debidamente la posibilidad procesal que conduce al enjuiciamiento en dicha sede. De acuerdo con el artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia, «Si considera que el asunto no plantea ninguna cuestión de derecho nueva, el Tribunal de Justicia podrá decidir, oído el Abogado General, que el asunto sea juzgado sin conclusiones del Abogado General».

⁵⁹ ECLI:EU:C:2016:725.

⁶⁰ Sobre esta materia, con interesantísima información sobre los desajustes en Andalucía a propósito de la aplicación de la jurisprudencia anterior, M. N. MORENO VIDA, «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*, 21, 2016.

tras Administraciones públicas. Lo extenso del ámbito subjetivo de los litigios, que abarcan desde el Ministerio de Defensa al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, pasando por los servicios de salud de la Comunidad de Madrid, pone de manifiesto que el uso y el abuso están generalizados. Es necesario un pacto de Estado que zanje esta cuestión, que depure de irregularidades el empleo público en España y que sirva así de ejemplo para un intento de regeneración pública.

Eso sí, este bloque jurisprudencial no condena, en absoluto, el empleo temporal⁶³. Por el contrario, el Tribunal de Justicia avala la existencia de contratos de duración determinada, sometidos siempre a la concurrencia de razones objetivas que justifiquen su limitación en el tiempo. Basta con señalar el razonamiento de la sentencia *Pérez López* a propósito del personal eventual de la Sanidad: «es preciso señalar que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública, y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que, con arreglo a la jurisprudencia (...) puede justificar objetivamente en este sector específico (...) el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada».

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

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

En el concreto campo de la contratación temporal, es una doctrina de largo arraigo, tan largo como el caso omiso que se hace de ella, que el mero hecho de que una disposición normativa autorice de forma abstracta su celebración no hace a tal contratación conforme con la Directiva 1999/70/CE. Esta idea ya estaba en la sentencia *Adeneler* de 2006, se repitió con regularidad durante una década y si los Estados miembros no han atendido en diez años a ella sólo puede explicarse por motivos de soberbia legislativa o la más patética incuria. En esta ocasión, la sentencia *Pérez López* lo afirma de forma incontestable a propósito del sistema de trabajo eventual en el ámbito sanitario: «una disposición de esta naturaleza [se refiere al artículo 9 de la Ley 55/2003], de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto». La tercera trompeta no fue más clara que esta afirmación.

Y lo que es igualmente claro es el mensaje dirigido ya no al juez que habrá de aplicar esta doctrina, sino al legislador que ha de enmendar la falta de concordancia con el Derecho de la Unión Europea. La clave de la construcción de la regulación futura del trabajo de duración determinada ha de ser la identificación de las razones objetivas que lo autorizan y que pueden dar lugar a tratos diferenciados⁶⁴. Nunca ha de olvidarse que la cláusula cuarta del Acuerdo Marco encarnado en la Directiva 1999/70/CE autoriza regímenes diferenciados

⁶³ Disienten S. OLABARRÍA RODRÍGUEZ y J. LAHERA FORTEZA, «¿Equiparación entre indemnizaciones de trabajadores fijos y temporales?», *Boletín Laboral - Abdón Pedrajas Et Molero*, 2016, p.4: «Más allá de la problemática jurídica y su incertidumbre, esta sentencia europea abona el terreno a la propuesta del contrato único. La equiparación de indemnizaciones entre fijos y temporales, como regla general salvo razones objetivas excepcionales, que no pueden derivar de la naturaleza temporal del trabajo, conduce inevitablemente a un contrato único».

⁶⁴ Ampliamente, M. N. MORENO VIDA, «La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de situaciones comparables y de razones objetivas», cit., 2016.

en el caso de que «se justifique un trato diferente por razones objetivas».

De entre todos los temas tratados por estas sentencias, sin duda el que más revuelo ha causado ha sido el de la concesión de una indemnización al personal interino por la extinción de su contrato, materia central en el caso de *Diego Porras*. Resulta ocioso relatar los hechos, puesto que responden a una situación harto frecuente: una persona cuyos contratos de interinidad (justificados, en principio) se extienden en el tiempo durante casi una década, hasta que el último de ellos se extingue, sin indemnización, conforme al Estatuto de los Trabajadores.

No cabe duda para el Tribunal de que la extinción del contrato forma parte de las condiciones de trabajo reguladas en la Directiva 1999/70/CE⁶⁵. La interpretación habitual del Tribunal de Justicia de incluir en tal noción todo lo relacionado con el empleo no podía llevar a otra conclusión. Recuérdese, además, que en las diversas versiones lingüísticas de esta Directiva se refleja el término «condiciones de empleo», que hace ajena al mundo conceptual comunitario la distinción del Derecho español. El punto central del debate jurídico debía centrarse, por lo tanto, en la justificación objetiva de la diferencia de trato.

¿Existe esa diferencia de trato? A juicio del Tribunal, por supuesto, ya que la demandante desempeñaba las mismas funciones que la persona a la que sustituía, que sería el

trabajador en una situación comparable que exige la Directiva. Y aquí se abre el camino para la duda, siquiera metódica. El trabajo es comparable, en efecto, pero cabría considerar que las circunstancias de la extinción no lo son. Podría sostenerse que la extinción comparable sería, en realidad, la de un trabajador indefinido sometido a una condición resolutoria.

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

La segunda mitad de la sentencia de *Diego Porras* es realmente confusa. Los razonamientos son, cuando menos, endeble y podría cuestionarse incluso que el Tribunal esté respondiendo a lo que se le pregunta. Pero ésta es una cuestión teórica, porque la respuesta es la que es: es contrario al ordenamiento de la UE denegar cualquier indemnización a los interinos. Por lo tanto hay que encontrar alguna⁶⁶. Entre otros motivos, porque el Gobierno

⁶⁵ J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», *La Ley Unión Europea*, 41, 2016, p.4: «No hay motivos de peso para rechazar que la indemnización por extinción del contrato sea una condición de trabajo (...). En el terreno de la pura disquisición técnica o dogmática, podríamos discutir incluso acerca de si la indemnización por fin de contrato es una condición de trabajo (noción que parece remitir al ámbito de la ejecución del trabajo) o es más bien una condición de empleo (esto es, una condición que no afecta tanto a la realización del trabajo como a los términos del compromiso alcanzado entre trabajador y empleador para acotar el objeto de su vínculo contractual)».

⁶⁶ Para tres puntos de vista, como botón de muestra, sobre la poliédrica cuestión, J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», cit., p. 3-4: «Ningún reparo merece, desde luego, la compensación por el trabajo prestado una vez que finaliza la correspondiente relación de servicios (...). Para que el juicio del TJUE sea correcto debe partirse de una correcta valoración del estado de cuentas del sistema nacional del que proceden los asuntos

español no ha conseguido demostrar que existan razones objetivas que puedan justificar esa diferencia. ¿Existen? He ahí el ejercicio de dialéctica y metodología jurídica que deberá construir el legislador futuro cuando aborde esta cuestión.

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

No se puede hacer menos que dejar constancia de la extrañeza que provoca esta afirmación. Si el razonamiento fuera paralelo al

(...). Puede que lo que en apariencia es un desajuste pierda esa dimensión negativa si las cosas se ven con la perspectiva adecuada»; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER Y M. E. CASAS BAAMONDE, «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicio temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 2016, p.868: «La correspondiente a la finalización del contrato de interinidad por causa objetiva ha de ser la misma que la legalmente debida por su empresario o empleador a un trabajador fijo comparable por la extinción procedente por causas objetivas de su contrato de duración indefinida, por su despido objetivo. Por tanto, veinte días por año de servicio»; y A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Revista de Información Laboral*, 10, 2016, p.32: «Visto que no es adecuado asimilar estas causas extintivas con las del art.52 ET, la aplicación de una indemnización equivalente a la prevista para la extinción del resto de contratos temporales podría resultar una solución más que razonable, superando de este modo una diferenciación legal entre interinos y resto de temporales difícilmente justificable desde un punto de vista técnico».

de *De Diego Porras*, lo que procedería sería hallar el trabajador con contrato indefinido comparable y someterle al mismo test por el que pasó el interino. Aquí, sin embargo, no se ha seguido, sino que se ha zanjado el asunto de forma tajante.

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

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

Las condiciones para ese desarrollo son sencillas: las medidas deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias. En este terreno, las sentencias analizadas no aportan nada a esta caracterización, ya consolidada jurisprudencialmente. De hecho, la sentencia *Martínez Andrés* refresca la abundante corriente ante-

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

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

El Tribunal, no obstante, no se priva de proporcionar orientaciones para dicha tarea. Y la más importante de todas es señalar que «la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva». La invitación a *trasplantar* la doctrina social al contencioso-administrativo no puede ser más clara. En este sentido, las palabras de la sentencia *Pérez López* descalifican por completo el sistema actualmente vigente en España: «no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal eventual estatutario (...) la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente».

No obstante, es necesario poner de manifiesto la consecuencia dos pasos más allá de estas declaraciones. Las soluciones en sede judicial son sólo temporales. Es forzoso para el legislador abordar, de una vez por todas, el establecimiento de mecanismos legales de sanción que destierren estas prácticas, de una vez por todas, de la contratación pública⁶⁷.

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

La resolución por auto responde a la clásica doctrina del *acto aclarado*: si la cuestión no suscita ninguna duda razonable o la respuesta se deduce claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia recurre a este tipo de decisión. Para la Sala Décima, era obvio que el elemento discutido integraba la noción de condiciones de trabajo y que no existía ninguna justificación objetiva que avalara el trato diferente. Los requisitos generales y abstractos no permiten esa diferenciación. La consecuencia es implacable⁶⁸. ¿Pero queda tan claro que

⁶⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER Y M. E. CASAS BAA-MONDE, «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 servicio temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», cit., p.858: «La virtualidad de esta Sentencia, como la de la precedente, es que supone un cuestionamiento severo de la regulación y, sobre todo, de la práctica del empleo temporal en las Administraciones Públicas».

⁶⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «De nuevo sobre la temporalidad en el empleo público y la Directiva 1999/70», cit., p.954: «Puede considerarse irreprochable la conclusión, que venía ya impuesta por la jurisprudencia precedente y más allá del caso concreto examinado supone un paso importante para la plena equiparación retributiva en materia de incenti-

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

A estas sentencias ha seguido el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial, en este caso a propósito de la extinción del contrato de relevo, por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El elenco de preguntas planteadas podrían aclarar en buena medida las dudas que quedan pendientes tras estos pronunciamientos. Pero también cabe la posibilidad de que sean despachadas por auto, atendiendo a la doctrina del acto aclarado, o incluso de que sean desestimadas como hipotéticas, al no afectar realmente al fondo del asunto que se discute ante el TSJ.

En cualquier caso, la conclusión, ya adelantada, se repite para concluir: es necesario que el legislador español se ponga manos a la obra y, de una vez por todas, reforme el sistema de empleo público y lo dote de las debidas garantías contra los abusos que se cometen en la contratación temporal. No es descartable que, de proseguir la deplorable cadena de sentencias, la Comisión Europea inicie un procedimiento contra España por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 1999/70/CE, bastante más serio que otros procedimientos derivados de un simple retraso en la transposición. En la actual coyuntura, la perspectiva de una hipotética sanción económica por ese incumplimiento es, cuando menos, atroz.

Y SU RECEPCIÓN EN ESPAÑA

La superioridad de la difusión electrónica *online* de las sentencias del Tribunal de Jus-

vos de los docentes interinos y los de carrera, y más en general de los funcionarios o empleados interinos y los de carrera».

ticia sobre la vieja Recopilación en papel se hizo manifiesta con la aplicación casi instantánea de la sentencia *de Diego Porras* por los Tribunales españoles. Resulta imposible en este espacio y momento abordar una relación exhaustiva de todos los pronunciamientos judiciales que han tenido lugar en los tres meses siguientes a la publicación de la sentencia. Se dará aquí noticia únicamente de los más relevantes, dejando para un trabajo posterior el estudio completo.

En el caso que dio origen al litigio, el Tribunal Superior de Justicia actuó con gran celeridad y el 5 de octubre de 2016 publicó su sentencia en la que aplicaba las indicaciones de Luxemburgo. Merece la pena transcribir, en su integridad, el párrafo más relevante de la sentencia: «Así pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuenta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un traba-

jador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación».

El mismo día, el Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo falló a favor de un trabajador interino del Servicio de Salud del Principado de Asturias, incorporando la doctrina del Tribunal de Justicia a un litigio que se había originado antes de ella. Al ser alegada en la vista, la sentencia indicó que su aplicación «no supone una modificación sustancial de lo peticionado en la demanda, pues la sentencia del TJUE así como las directivas son directamente aplicables en nuestro ordenamiento [sic], debiendo el derecho interno interpretarse conforme al derecho de la Unión Europea».

La primera *extensión* de la doctrina a otra modalidad contractual se produjo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2016 (recurso nº 1690/2016). En ella se reconoció la indemnización de 20 días a una trabajadora vinculada a un proyecto de investigación con una Fundación pública. En este caso no hubo alegación en la vista, puesto que por la configuración legal del recurso de suplicacile o es posiburso de suplicacila configuracitigaci16ncia del Tribunal Superior de Justicia del Paho interno interpretarse conforón no es posible. El TSJ entendió que no era necesaria siquiera una audiencia a las partes, puesto que «la cuestión planteada es esencialmente jurídica. Su resolución goza de la necesaria congruencia». Alegando nuevamente el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, procedió a aplicar la doctrina, empleando el siguiente e interesante argumento de refuerzo: «No está por demás insistir, ya que a nuestro

juicio abundaría en la comparabilidad, en que de no trabajar para una Administración Pública, la actora habría adquirido la condición de fija por el mero transcurso de los tres años desde que inició su relación laboral». En este caso, el Tribunal introduce el otro problema relevante señalado por las sentencias del Tribunal de Justicia, el abuso en la contratación temporal, que es una *pieza separada* de la indemnización.

Mucho más relevante podría considerarse la sentencia del mismo día (recurso nº 1872/2016) en la que el mismo Tribunal extendió la doctrina a un trabajador de una empresa privada, cruzando así el Rubicón del efecto directo horizontal. Ambas sentencias comparten buena parte de su texto, por lo que es fácil afirmar que fueron concebidas de forma unificada. El fundamento relevante en este caso era el Octavo, donde se abordaba ese cruce. Con el soporte del mencionado artículo 21 de la Carta, la Sala consideró que las funciones desempeñadas por el trabajador objeto del litigio eran equiparables a las de un trabajador fijo y de ahí que decidiera extender la indemnización de 20 días.

Ahora bien, esta interpretación no fue unánime. El 16 de noviembre de 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga, Sala de lo Social, recurso nº 1539/2016) concluyó que «al contrario que la sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de 18 de octubre de 2016 (...), que el contenido de la antes aludida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene efecto directo en la relación laboral de demandante y empresa demandada, y que tampoco cabe hacer una «interpretación conforme» del artículo 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores con el contenido de dicha sentencia».

Es más, la sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de noviembre de 2016 (recurso nº 1990/2016), con una composición completamente distinta a la que dictó las dos anteriores sentencias, incluyó un voto particular en el que se discrepaba de la interpretación mantenida por el órgano. En él se atacaba con dureza la sentencia *de*

Diego Porras y su utilización por los tribunales españoles.

Si bien *De Diego Porras* ganó la mayor relevancia mediática, también aparecieron sentencias sobre la consolidación del empleo temporal en fraude en el sector público. Con mención expresa de la doctrina recogida en *Pérez López*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, apelación 221/2016) de 30 de septiembre de 2016 declaró el derecho de una trabajadora que había encadenado numerosos contratos temporales a ser mantenida en su puesto como funcionaria interina hasta que se proveyera la plaza. Esta fue la primera manifestación de la solución que los tribunales nacionales debían buscar en virtud del principio de efectividad del que hablaba el Tribunal de Justicia.

A este rápido y no exhaustivo inventario debería añadirse el panorama de comentarios que han acompañado a esta aplicación judicial. Estas sentencias han supuesto un cambio de paradigma en el tratamiento doctrinal de su estudio. En un momento en que los requisitos de la ANECA y la CNEAI harían descarrilar a Otto Kahn-Freund si osara acercarse a la Universidad española, algunas de las plumas más prestigiosas del iuslaboralismo español abrieron el debate jurídico, en una filosofía de acceso abierto, en internet, difundiendo a través de ella, redes sociales incluidas, sus opiniones con el mismo rigor que en una publicación clásica⁶⁹. El efecto multiplicador que estos medios poseen contrasta con la lentitud de las vías más tradicionales, que siguen siendo cultivadas, naturalmente. Pero el retraso, en el mejor de los casos, de un mes entre que un texto se cierra y luego ve la luz ha puesto de manifiesto como el modelo español de divulgación del conocimiento jurídico merece ser repensado parcialmente y actualizado.

⁶⁹ Dos ejemplos señeros, el blog de EDUARDO ROJO TORRECILLA (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/>) y el de MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (<http://grupo.us.es/iwpr/category/miguel-c-rodriguez-pinero-royo/>).

El balance de todo ello, doctrina de los Tribunales, doctrina de las Universidades y de fuera de ellas⁷⁰ e intervenciones periodísticas en estilo directo o indirecto, es una situación donde la seguridad jurídica ha salido, discretamente, del escenario. Numerosas teorías son barajadas y en algunos casos parecen querer lograr una nulidad retroactiva de las sentencias del Tribunal de Justicia. En otros, los razonamientos empleados se alejan del rigor necesario a la hora de aplicar el Derecho de la Unión Europea. La solución, por lo tanto, sólo puede venir de una reforma legislativa urgente y de amplio calado, sobre cuyo resultado este autor no debe ni puede pronunciarse⁷¹.

BIBLIOGRAFÍA

- M. A. BALLESTER PASTOR, «La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales», *Ponencia al XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17 de mayo de 2012.
- J. CABEZA PEREIRO, «El contenido del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental», *Actualidad Laboral*, 4, 2012.
- O. FOTINOPOULOU BASURKO, «Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista de Derecho Social*, 70, 2015.
- J. GÁRATE CASTRO (dir.), *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- J. GARCÍA MURCIA, «Cuatro normas de trabajo (asalariado y autónomo) en el intervalo de la reforma laboral», *Derecho de los Negocios*, 241, 2010.

⁷⁰ El duro juicio sobre éstas de C. MOLINA NAVARRETE, «La contratación temporal en el laberinto de los Tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas», cit., p.186: «Cualidad típicamente jurisprudencial que en esta materia brilla por su ausencia, dicho sea de paso y sin ánimo alguno de molestar».

⁷¹ J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», cit., p.8: «No tiene sentido aproximarse a la problemática de la temporalidad en el empleo público si la reflexión se limita a la descripción o resolución de meros casos concretos y no se sacan a flote todos los factores concurrentes».

- , «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», *La Ley Unión Europea*, 41, 2016.
- R. GÓMEZ GORDILLO, «La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria», *Relaciones Laborales*, 13, 2010.
- S. LAULOM, «De la flexicurity à de nouvelles flexibilités», en VV.AA., *Quel Droit Social dans une Europe en crise*, Larcier, Bruselas, 2012.
- Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La impugnación de la extinción individual del contrato de trabajo del trabajador afectado por un despido colectivo tras las últimas sentencias del Tribunal de Justicia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 2016.
- , «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 191, 2016.
- E. MARTÍN PUEBLA, «La política común de inmigración de la Unión Europea y la Directiva del permiso único», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 32, 2013.
- N. M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, «La coordinación de las políticas sociales y de empleo en el vértice de la gobernanza económica europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 2015.
- P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «El efecto directo horizontal de la Directiva 2000/78: (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI –Ajos A/S– vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)», *La Ley Unión Europea*, 38, 2016.
- J.M. MIRANDA BOTO, «El Reglamento (UE) n.º 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) n.º 1612/68», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 26, 2011.
- , «De nuevo sobre la nación de salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores», *Derecho de las relaciones laborales*, 2, 2015.
- C. MOLINA NAVARRETE, «La contratación temporal en el laberinto de los Tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 404, 2016.
- M. N. MORENO VIDA, «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*, 21, 2016.
- S. OLABARRÍA RODRÍGUEZ y J. LAHERA FORTEZA, «¿Equiparación entre indemnizaciones de trabajadores fijos y temporales?», *Boletín Laboral – Abdón Pedrajas & Molero*, 2016.
- S. I. PEDROSA ALQUÉZAR, «La compatibilidad entre maternidad y vacaciones; el caso Merino Gómez», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013.
- A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Un ámbito de influencia decisiva en la configuración del Fondo de Garantía Salarial; el caso Wagner Miret», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013.
- , *Revista de Información Laboral*, 10, 2016.
- M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, «Gobernanza y política de empleo», *Relaciones Laborales*, 5, 2005.
- , «Interpretación conforme y efecto de exclusión de las Directivas laborales de la Unión Europea», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7, 2016.
- , «De nuevo sobre la temporalidad en el empleo público y la Directiva 1999/70», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10, 2016.
- y M. E. CASAS BAAMONDE, «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicio temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 2016.
- B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, «La ordenación del tiempo de trabajo; el caso del SIMAP», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013.
- E. ROJO TORRECILLA, *Debate sobre un «pilar europeo de derechos sociales». ¿Qué puede aportar a la política social de la Unión Europea?*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/debate-sobre-un-pilar-europeo-de.html#more>
- S. RUANO ALBERTOS, «El régimen especial de los investigadores en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 25, 2011.
- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social», en VV.AA., *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2010.
- C. SANMARTÍN MAZZUCONI, «Significado y alcance de la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal», en VV.AA., *Cuestiones actuales sobre Derecho social comunitario*, Laborum, Murcia, 2009.

- F. VALDÉS DAL-RÉ, «El debate europeo sobre la «modernización del Derecho del Trabajo» y las relaciones laborales triangulares», *Relaciones Laborales*, 3, 2009.
- T. VELASCO PORTERO, «Coincidencia del derecho a vacaciones con un periodo de incapacidad; el caso Vicente Pereda», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013.
- P. DE LA VILLA DE LA SERNA, «Conclusiones del Consejo sobre la gobernanza de la Estrategia Europea de Empleo en el contexto de Europa 2020 y el semestre europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 92, 2011.

RESUMEN

El propósito de este trabajo es poner de manifiesto el *impasse* en el que se encuentra en este momento el modelo social de la Unión Europea. Con este objetivo, se examinará la actual parálisis en la creación normativa y se considerará el *Brexit* como un amago de retroceso social. El escaso papel del Parlamento Europeo también será puesto de manifiesto. En ese lánguido escenario, la atención pasará a continuación al Tribunal de Justicia, con dos puntos de vista complementarios. En primer lugar, se abordará su rol en estos momentos, para a continuación hacer un breve *estudio de caso*, las conocidas sentencias de septiembre de 2016 y su impacto, todavía no definitivo, en la doctrina judicial española.

Palabras Clave: Derecho Social de la Unión Europea, normativa, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Directiva 1999/70/CE, aplicación judicial del Derecho de la UE.

ABSTRACT

The aim of this paper is to show the *impasse* that it is nowadays the EU Labour Law. With this goal, the current paralysis in normative creation will be examined and Brexit will be considered from the point of view of a social setback. The tiny role of the European Parliament will also be shown. In this languid scenario, the attention will move to the European Court of Justice, with two complementary approaches. First, its role in these moments will be considered, to make afterward a brief *case study*, the well-known decisions of September 2016 and its impact, not yet final, in the Spanish judicial doctrine.

Keywords: European Union Labour Law, legislation, European Court of Justice, Directive 1999/70/EC, judicial application of EU Law.

La regulación de las obligaciones administrativas del empresario que desplace temporalmente trabajadores a España: propuestas de modificación y mejora a la luz de la Directiva 2014/67/UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Regulation of administrative obligations for entrepreneurs towards posting temporary workers to Spain: proposals for amendments and improvements in the light of Directive 2014/67/EU and jurisprudence of The Court of Justice

JAVIER GÁRATE CASTRO*

1. CONEXIÓN CON LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE

Las obligaciones aquí contempladas son las que adopta la legislación española y, en concreto, la LDT, para asegurar

el cumplimiento de las medidas de transposición de la protección sustantiva y principal que dispensa la Directiva 96/71/CE a los trabajadores desplazados temporalmente e incluidos en su ámbito de aplicación. Se trata de obligaciones que rigen, igual que las aludidas medidas de transposición de la protección sustantiva, con independencia del Estado en el que tenga su establecimiento la empresa que realice el desplazamiento y, por lo tanto, aunque ese Estado no sea miembro de la Unión Europea ni firmante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein). Tal amplitud, que resulta de poner en relación el art. 1.2 con la disposición adicional cuarta de la LDT¹, no resulta ajena a lo previsto en la citada Direc-

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela. El artículo que sigue forma parte de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER), *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*. A lo largo de él se emplean las siguientes abreviaturas: LDT (Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional), LETT (Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal), LISOS (Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto), LITSS (Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), STJCE (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), STJUE (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), TCE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) y TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

¹ «Las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a las empresas establecidas en Estados distintos de los previstos en el artículo 1.2 (...) en la medida en que tales empresas pue-

tiva; constituye un modo apropiado de cumplir lo que ordena su art. 1.4, según el cual «las empresas establecidas en un Estado que no sea miembro no deberán obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro».

Tampoco resulta ajeno a lo previsto en la Directiva el que la LDT regule el tipo de obligaciones al que se viene haciendo referencia. La efectividad de la protección sustantiva de los trabajadores desplazados no se confía por la Directiva al cumplimiento voluntario por parte de las empresas que decidan los desplazamientos ni se deja por completo al resultado que se pueda conseguir en cada Estado a través de los procedimientos con que ya cuenta para la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral. El legislador europeo considera necesario que en los Estados involucrados en los desplazamientos se establezcan determinadas medidas administrativas y jurisdiccionales especiales y específicas que sirvan para remover las dificultades que genera para aquella efectividad la no coincidencia del Estado de establecimiento de la empresa del trabajador desplazado y del Estado donde tenga su establecimiento o desarrolle su actividad el destinatario de la prestación transnacional de servicios.

Tratan de las aludidas medidas, con desigual grado de precisión, siempre insuficiente, los arts. 4, 5 y 6 de la Directiva. Por lo que respecta a las obligaciones administrativas del empresario, únicas que ahora interesan, tendrían encaje en los amplísimos y excesivamente escuetos términos del art. 5, que dispone que los Estados miembros «adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento» de la protección sustantiva a garantizar al trabajador desplazado y velarán, en particular, «por que los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones» en que se concreta dicha protección. Los pre-

dan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los convenios internacionales que sean de aplicación».

ceptos de la LDT dedicados a la regulación de aquellas obligaciones formarían parte, pues, de la que cabría considerar transposición del general y amplio mandato del citado art. 5, que en ningún momento predetermina cuáles son las «medidas oportunas» (para controlar la regularidad de los desplazamientos) y los «procedimientos adecuados» a poner en funcionamiento por los Estados, ni impone, por lo tanto, armonización legislativa alguna en este punto², lo que amplía las posibilidades de su definición por las legislaciones nacionales³.

Los indicados preceptos de la LDT son los arts. 5 y 6, aplicables igualmente, en virtud de la disposición adicional cuarta del mismo texto legal, a las empresas de Estados que no sean miembros de la Unión Europea o firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La lectura de ambos artículos revela la directa relación que existe entre las obligaciones administrativas que definen y la efectividad de la protección sustantiva que transpone la propia LDT, consistente en otorgar a los trabajadores desplazados la garantía del disfrute de determinadas condiciones de trabajo y empleo con arreglo a la normativa española cuando encuentren en ésta una regulación más favorable que la derivada de su contrato de trabajo y de la ley por la que se rija. Las referidas obligaciones consisten en la *comunicación del desplazamiento*, de la que se manifiesta que responde a la finalidad «de asegurar el cumplimiento» de la LDT por parte de la empresa que desplace a sus trabajadores (art. 5.1), y en la *comparecencia y aportación de documentación*, con cuyo establecimiento se pretende que dicha empresa justifique aquel cumplimiento

² Tampoco la impone el art. 3, en relación con las disposiciones imperativas de los Estados miembros sobre las condiciones de trabajo y empleo objeto de la garantía o protección sustantiva que establece. Lo recuerda la STJUE de 12 de febrero de 2015 (asunto C-396/13, *Sänhkälöajoen ammattiliitto ry*): la Directiva 96/71/CE «no ha armonizado el contenido material de esas normas imperativas de protección mínima, aunque proporciona cierta información al respecto» (apartado 31).

³ Así, STJUE de 3 de diciembre de 2014 (asunto C-315/13, *De Clercq*), apartado 47, y STJUE de 7 de octubre de 2010 (asunto C-515/08, *Santos Palhota*), apartados 45 y 46.

(art. 6). La obligación de comunicación cuenta con especialidades en el caso de los desplazamientos efectuados por empresas para prestar servicios como contratistas o subcontratistas en el sector de la construcción. Tales especialidades aparecen en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

Obviamente, el carácter instrumental o accesorio del cumplimiento de la obligación empresarial de garantizar la protección sustantiva ya conocida es compartido con las competencias administrativas a cargo de los Estados relativas al control (inspección y sanción) de esa misma obligación, a la cooperación de sus Administraciones Públicas, entre sí y con la Comisión, y a la facilitación del acceso a la información sobre las condiciones de trabajo y empleo a garantizar a los trabajadores desplazados. Pues bien, sin perjuicio del expresado objetivo común, las dos obligaciones de que se trata facilitan, asimismo, el ejercicio de esas competencias administrativas. En particular, constituyen medidas apropiadas para el eficaz ejercicio de la competencia administrativa de control que corresponde a España en relación con la protección sustantiva que implanta la Directiva y traspone la LDT. La consecución de tal objetivo pasa por el cumplimiento de las dos obligaciones; en este sentido, complemento adecuado de su adopción es la tipificación del incumplimiento de cualquiera de ellas como infracción administrativa sancionable, lo cual, dicho sea de paso, también encaja en la transposición de la Directiva 96/71/CE y, en concreto, en las «medidas oportunas» que el párrafo primero de su art. 5 ordena establecer a los Estados para el caso de incumplimiento de la normativa interna sobre desplazamiento temporal de trabajadores.

2. EL TRATAMIENTO DE LA MATERIA POR LA DIRECTIVA 2014/67/UE

La libertad de los Estados para recurrir al tipo de obligaciones accesorias contemplado nunca ha sido absoluta. En el pasado, cuando no había disposición normativa europea

previéndolas de forma expresa y haciéndolas objeto de armonización, cualquier regulación nacional adoptándolas y, por lo tanto, la contenida en la LDT, ha estado sometida al límite esencial, de aplicación recordada con reiteración por el Tribunal de Justicia, de su carácter justificado, adecuado al objetivo perseguido y proporcionado (que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el aludido objetivo), todo ello a determinar desde la perspectiva de su necesaria compatibilidad con las exigencias de la libre prestación de servicios y, en general, con el Derecho de la Unión. Ese límite ha experimentado un reforzamiento con la promulgación de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del sistema de información del mercado interior («Reglamento IMI»). El reforzamiento viene dado por la incorporación del límite al texto de la Directiva, con ocasión del tratamiento que dedica a los «requisitos administrativos y medidas de control» que pueden aplicar los Estados miembros a las empresas que desplacen trabajadores a su territorio. Tiene lugar en el art. 9.1, según el cual «los Estados miembros sólo podrán imponer los requisitos administrativos y las medidas de control que sean necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE, siempre que estén justificados y sean proporcionados de conformidad con el Derecho de la Unión».

A la formulación de la obligada observancia del límite por las legislaciones nacionales sigue, en el propio art. 9.1, una identificación y definición de requisitos u obligaciones de naturaleza administrativa que pueden implantar aquéllas, la cual, además de presentarse ajustada al expresado límite, acusa la influencia de los criterios mantenidos por el Tribunal de Justicia al enjuiciar con arreglo

a él algunos de los requisitos administrativos aplicados por los Estados miembros, así como la influencia de la posición mantenida por la Comisión, a la luz de esos mismos criterios, en relación con las que constituyen, a su juicio, buenas prácticas nacionales sobre obligaciones administrativas. Hay coincidencia sustancial entre la definición de obligaciones administrativas que proporciona la Directiva y las que la Comisión había calificado en el pasado de buenas prácticas nacionales⁴.

Esa identificación y definición de requisitos representa un importante cambio respecto de las previsiones de la Directiva 96/71/CE relativas a la efectividad de la garantía o protección sustantiva que diseña en favor del trabajador desplazado. De la ausencia de toda predeterminación de las obligaciones o requisitos que pueden y hasta deben adoptar las legislaciones nacionales y, por lo tanto, de la inexistencia de disposiciones armonizadas sobre el particular se pasa a una precisión de cuáles pueden ser los aludidos requisitos acompañada de ciertas pautas que delimitan el margen de maniobra de las legislaciones nacionales a la hora de regular los que estimen conveniente adoptar. En la intervención que realiza en esta materia la nueva Directiva aparecen elementos que recuerdan a los que son propios de la armonización legislativa; aparecen reglas que procuran que las normas nacionales sobre las obligaciones accesorias examinadas, aun siendo distintas, produzcan resultados equivalentes. Ahora bien, no toda la regulación es de esa naturaleza. Hay apartados del citado art. 9 (el 2, el 3 y el 5) que incorporan prescripciones de contenido suficientemente claro, preciso e incondicional o, si

⁴ Así, Comunicación de la Comisión sobre *Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, COM (2206) 0159 final (apartado 2), de 4 de abril de 2006. También Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: Sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores*, COM (2007), 304 final, de 13 de junio de 2007.

se prefiere, autosuficiente desde el punto de vista normativo y sin huecos que dejen a los Estados miembros espacio para optar entre diversas formas de cumplimiento; también aparecen prescripciones sobre determinadas actuaciones que debe desplegar la Comisión. Ambos tipos de prescripciones corresponden a una intervención de unificación normativa⁵.

La lista de obligaciones abiertas a su utilización por las legislaciones nacionales, contenida, según se indicó, en el art. 9.1 de la Directiva 2014/67/UE, no es cerrada. Consciente de la posibilidad de que lleguen a concurrir situaciones o circunstancias que hagan que las obligaciones que tipifica resulten insuficientes o ineficaces, la Directiva autoriza a los Estados miembros a «imponer otros requisitos administrativos y medidas de control» siempre que respeten el ya señalado límite del carácter justificado y proporcionado de conformidad con el Derecho de la Unión (art. 9.2).

Todas las obligaciones accesorias que establezca un Estado, tanto si coinciden con las típicas como si forman parte de las que cabe adoptar a mayores de acuerdo con la que se acaba de indicar, habrán de ser comunicadas a la Comisión, a la que compete su control y la evaluación de su conformidad con la legislación de la Unión, así como el comunicarlas, a su vez, a los demás Estados miembros (art. 9.5). Según aclara la propia Directiva (considerando 26 de su exposición de motivos), la expresada comunicación a la Comisión no constituye un procedimiento de autorización *ex ante*. En fin, sobre cada Estado también pesa la carga de que las empresas prestadoras de servicios tengan conocimiento de las referidas obligaciones y puedan cumplirlas «de forma sencilla y, en la medida de lo posible, a distancia y por medios electrónicos» (art. 9.4); lo primero requiere la facilitación de la oportu-

⁵ Sobre esta técnica de intervención normativa de la Unión Europea y su empleo en materia social véase J. GÁRATE CASTRO: *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2010), págs. 7 y sigs.

tuna información a través de «un único sitio web nacional, en la lengua o lenguas» que el Estado «considere más relevantes» (de nuevo, art. 9.5).

El catálogo de medidas u obligaciones típicas⁶, susceptibles de ser impuestas por la legislación de un Estado a los empresarios establecidos en otro Estado que desplacen temporalmente trabajadores al territorio del primero, es el siguiente:

- 1) La designación de una persona (física o jurídica) que sirva de enlace con las autoridades competentes del Estado de destino⁷ y, en ejercicio de tal función, «envíe o reciba documentación o notificaciones, de ser necesario» [art. 9.1, letra e)]. Por los cometidos que asume el designado, parece que cabría pedir su permanencia (residencia) en dicho Estado, aunque entonces la compatibilidad del requisito con las exigencias de la libre prestación de servicios precisaría considerar suficiente, según ha señalado el Tribunal de Justicia, que aquél pueda ser uno de los trabajadores desplazados⁸.
- 2) «La designación de una persona de contacto, si es necesario, que actúe como representante a través del cual los interlocutores sociales puedan intentar que el prestador de servicios participe en negociaciones colectivas» en el Estado miembro de acogida «durante el período en que se presten los servicios». La persona designada podrá ser distinta de la que actúe como enlace y, aun-

que su presencia en el referido Estado no tenga que ser permanente, habrá de «estar disponible previa solicitud razonada y justificada» [art. 9.1, letra f)].

- 3) La presentación de una declaración simple a la autoridad nacional competente conteniendo la información «pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo» y, en particular: la «identidad del prestador de servicios» (de la empresa de los trabajadores desplazados temporalmente), el número de trabajadores que se prevé desplazar y la identificación clara de éstos, las personas designadas para cubrir los cometidos de enlace y de contacto a los que se ha hecho referencia, la duración prevista del desplazamiento y fechas igualmente previstas de su comienzo y finalización, la dirección del lugar de trabajo y la «naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento». La presentación podrá tener lugar, «a más tardar», cuando comience la prestación del servicio y se hará «en la lengua o una de las lenguas oficiales» del Estado de destino o en «otra u otras lenguas aceptadas» por él [art. 9.1, letra a)].
- 4) La conservación durante el desplazamiento, en papel o en formato electrónico, «en un lugar accesible y claramente identificado» del territorio del Estado de destino, a disposición de las autoridades competentes de dicho Estado, de copia del contrato de trabajo o documento equivalente (el que incorpore la información sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y deba ser entregado a los trabajadores en cumplimiento de la normativa de transposición de la Directiva 91/533/CE; tanto la información ordinaria o general que señala el art. 2 de dicha Directiva como, «cuando sea adecuado o pertinente», la información adicional de la que trata su art. 4, referida al «trabajador expa-

⁶ Integrantes del «marco común» de «disposiciones, medidas y mecanismos de control apropiados» que se juzgan necesarios «para una mejor y más uniforme transposición, aplicación y cumplimiento en la práctica de la Directiva 96/71/CE» (art. 1.1 de la Directiva 2014/67/UE).

⁷ Las que en dicho Estado tengan atribuido el desempeño de las funciones establecidas tanto en la Directiva 2014/67/UE como en la Directiva 96/71/CE [art. 2.a) de la primera de ellas].

⁸ Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto C-319/06, *Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), apartados 91 y 94.

triado»). También de las nóminas, las fichas con los horarios que indiquen el comienzo, el final y la duración del trabajo diario, los comprobantes del pago de salarios o copias de los documentos equivalentes. Por lo que concierne a la determinación del lugar accesible e identificado en el que se debe conservar la documentación, entre las posibilidades con que cuentan los Estados figura el establecer que ésta se encuentre disponible en el «lugar de trabajo», a «pie de obra o, en el caso de los trabajadores móviles del sector de transporte, [en] la base de operaciones o el vehículo en el que se preste el servicio» [art. 9.1, letra b)]. La influencia de la STJCE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade y Leloup*) en la definición de la medida es notoria⁹.

- 5) La entrega, «en un plazo razonable», de la anterior documentación, «una vez concluido el desplazamiento» y a petición de las autoridades del Estado de destino [art. 9.1, letra c)].
- 6) El proporcionar una traducción de la referida documentación «a la lengua o una de las lenguas oficiales» del Estado de destino o «a otra u otras lenguas aceptadas» por él [art. 9.1, letra d)].

Como se aprecia, en la configuración de las obligaciones es frecuente el uso de conceptos jurídicos indeterminados («información pertinente necesaria», conservación y puesta a disposición de los documentos con la información adicional que pide la Directiva 91/533/CEE «cuando sea adecuado o pertinente», entrega de la documentación «en un plazo razonable»,

⁹ De esa sentencia (apartados 61, 62, 68, 74 y 80) se toman la referencia a la conservación y puesta a disposición de la documentación que contenga la información sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, a la que tienen derecho los trabajadores según la Directiva 91/533/CEE, y las expresiones «a pie de obra» y «lugar accesible y claramente identificado».

«lugar accesible», designación de «una persona de contacto, si es necesario» y que estará disponible «previa solicitud razonable y justificada», etc.). Por descontado, cabe que las legislaciones nacionales de transposición acoten la amplitud de tales conceptos; sin embargo, su intervención al respecto habrá de cumplir con el consabido límite de su carácter justificado y proporcionado de conformidad con el Derecho de la Unión. Por lo demás, aunque esas mismas legislaciones puedan introducir otras obligaciones, la tipicidad de las descritas, que cuentan con la ventaja de la seguridad de su ajuste a las exigencias del aquel límite, facilita o propicia su adopción y disminuye el riesgo de que la regulación nacional no supere la evaluación de su conformidad a la legislación de la Unión, tanto por la Comisión como, en su caso, por el Tribunal de Justicia. Cuantos más matices o elementos no contemplados por la Directiva introduzca la regulación nacional mayor es el riesgo de que ésta no supere la referida evaluación.

Volviendo sobre la declaración simple [art. 9.1.a)], no cabe entender que su presentación en plazo agote la correspondiente obligación. Como precisa la exposición de motivos de la Directiva (considerando 25), la obligación también incluye la comunicación, «sin demora injustificada», de «cualquier cambio importante de la información» facilitada en su momento.

3. EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2014/67/UE Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

3.1. General

El hecho de que España no haya procedido todavía a la transposición de la Directiva 2014/67/UE¹⁰ conduce a que nuestro Derecho interno tenga que pasar a ser interpretado, llegado el caso, de modo compatible

¹⁰ El plazo de transposición, fijado en el art. 23.1 de la Directiva, concluyó el 18 de junio de 2016.

con los contenidos y objetivos de ésta (con su letra y finalidad), como exige la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia para los supuestos de transposición tardía¹¹. Con todo, la necesidad de esa interpretación conforme no es general. No alcanza a cuantos preceptos del Derecho español afecten a las obligaciones administrativas a cargo del empresario que desplace trabajadores a España; es decir, además de a los arts. 5 y 6 de la LDT, a los preceptos concomitantes contenidos en otros textos normativos y, en concreto, al art. 10 de la LISOS y a la disposición adicional primera del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, de desarrollo de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

El examen detenido de los anteriores preceptos revela un amplio grado de adecuación de su contenido tanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia, cuya influencia se deja notar en la regulación que proporciona la Directiva 2014/67/UE, como a los requisitos o medios de control que ésta abre a su posible adopción por las legislaciones nacionales y los términos con que los define. Hasta cabe mantener que la regulación española constituye una forma de transposición suficiente de lo dispuesto en el art. 9.1 de la Directiva; con más precisión, una forma de transposición suficiente en lo que concierne a la definición de las obligaciones adoptadas. Sólo sería necesaria la incorporación de algún precepto estableciendo, en el sentido que pide

el art. 9.4 de la Directiva¹², las modalidades de cumplimiento de la comunicación del desplazamiento y de comparecencia y aportación de documentación.

Cosa distinta es que las obligaciones definidas sean suficientes y que los términos con que se definen, aun encajando en lo previsto por la Directiva, sean suficientes. A mi juicio, no lo son ni unas ni otros; son exiguas aquellas y son exiguos éstos. La transposición debería valorar la conveniencia de incorporar algunas de las otras posibles obligaciones que contempla la Directiva y precisar más y mejor, dentro de lo consentido por ella, tanto la obligación de comunicación del desplazamiento como, sobre todo, la de comparecencia y aportación de documentación, formulada en términos excesivamente amplios. Muchas de las dudas que podía haber al respecto en 1999, cuando se promulga la LDT, han desaparecido con las posteriores sentencias del Tribunal de Justicia sobre la materia y con la Directiva 2014/67/UE. En particular, además de atender al tipo de sugerencias que en los apartados que siguen hago sobre las dos obligaciones, podría ser conveniente disponer la designación de una persona que se encargue de la presentación de documentos ante la autoridad administrativa competente y de la recepción de documentos y notificaciones procedentes de dicha autoridad. También el disponer la designación de un representante con poder y disponibilidad suficientes para participar en los procesos de negociación colectiva que se puedan promover durante el desplazamiento.

Probablemente, no es preciso llegar al muy alto grado de exigencias y minuciosidad que caracteriza la transposición francesa del art. 9 de la Directiva 2014/67/UE, calificable de muy reglamentista y presidida por la idea de procu-

¹¹ Entre otras, en la sentencia de 4 de julio de 2006 [asunto C-212/04, *Adeneler*, apartado 124 y fallo 4]: «En el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate a una Directiva cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva».

¹² Según el cual «los Estados miembros garantizarán que las empresas puedan cumplir de forma sencilla y, en la medida de lo posible, a distancia y por medios electrónicos, los procedimientos y formalidades relacionados con el desplazamiento de trabajadores».

rar un amplio y eficaz control¹³. Quizás tampoco habría que quedarse en el grado de escasa exigencia y minuciosidad de la transposición italiana, construida en gran medida sobre la reproducción de los términos del art. 9.1 de la citada Directiva y, por lo tanto, calificable, en este punto, de cómoda, poco ambiciosa y, en definitiva, perezosa¹⁴.

3.2. Comunicación del desplazamiento

La regulación española guarda correspondencia con la letra a) del apartado 1 y con los apartados 2, 3 y 4 del art. 9 de la Directiva 2014/67/UE.

Dispone el art. 5.1 de la LDT que «el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberá comunicar el desplazamiento, *antes de su inicio* y con independencia de su duración, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios»¹⁵. La obligación

sólo conoce una excepción, establecida en el apartado 3 del artículo, según el cual aquella no será exigible en los desplazamientos donde la propia LDT reduce, atendiendo a su causa (cumplimiento de encargos comprendidos en la contratación y subcontratación transnacional de obras o servicios o prestación de la actividad laboral en un centro de la misma empresa o en otra empresa del grupo del que la primera forme parte) y, principalmente, a su duración (no superior a ocho días), las condiciones de trabajo garantizadas ordinariamente; esto es, los desplazamientos mencionados en su art. 3.3.

A falta de cualquier precisión al respecto y de transposición de la Directiva 2014/67/UE, la interpretación conforme a ésta de la LDT obliga a entender que la comunicación se podrá realizar por cualesquiera medios, incluidos los electrónicos y telemáticos¹⁶, compatibles con su necesaria forma documental y que permita dejar constancia de haber tenido lugar aquella antes del inicio del desplazamiento. Asimismo, hasta habría que admitir que la empresa obligada a la comunicación pueda utilizar la lengua del Estado donde esté establecida, tomando el silencio de la LDT como una aceptación de tal posibilidad, en el sentido del art. 9.1.a) de la Directiva. En cuanto a la autoridad laboral a la que corresponde la recepción de la comunicación, es, sin duda, la que tenga encomendada las competencias de ejecución de la legislación laboral en la Comunidad Autónoma donde los desplazados vayan a prestar su actividad.

¹³ La mencionada transposición se produjo a través de la modificación de los artículos del *Code du Travail* sobre desplazamientos de trabajadores llevada a cabo por el capítulo primero del Decreto n° 2015-364, de 30 de marzo de 2015, sobre la lucha contra los fraudes en el desplazamiento de trabajadores y la lucha contra el trabajo ilegal (*Journal Officiel* n° 0076 de 31 de marzo de 2015). Hasta ese momento, la regulación francesa de dichos desplazamientos, transposición de la Directiva 96/71/CE, ya era muy reglamentista, minuciosa y exigente; la reforma de dicha regulación para transponer la Directiva 2014/67/UE no ha hecho más que reforzar tales características.

¹⁴ Realiza la mencionada transposición el art. 10 del decreto legislativo de 17 de julio de 2016, n. 136 (*Gazzetta Ufficiale*, serie generale, n. 169 de 21 de julio de 2016). De las sanciones administrativas (multas) por incumplimiento de las obligaciones establecidas se ocupa el art. 12 del citado texto legal. Dando cumplimiento a lo previsto en el apartado 2 de su art. 10, el decreto de 10 de agosto de 2016 (*Gazzetta Ufficiale*, serie generale, n. 252 de 27 de octubre de 2016), del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, procedió a definir las formas de cumplimiento de las aludidas obligaciones de comunicación.

¹⁵ La exigencia de que la comunicación sea previa al desplazamiento no constituye, por sí misma, una restricción inaceptable de la libre prestación de servicios, como recuerda la STJUE de 3 de diciembre de 2014 (*De Clercq*), cit., apartado 71 («procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado

que imponer a un empleador establecido en otro Estado miembro la obligación de notificar previamente a las autoridades del Estado miembro de acogida el desplazamiento de uno o varios trabajadores por cuenta ajena, la duración prevista de la estancia de éstos, y la prestación o las prestaciones de servicios que justifican tal desplazamiento constituye una medida eficaz y proporcionada, que permite a dichas autoridades, por una parte, controlar el cumplimiento de la normativa social y salarial del Estado miembro de acogida durante el período del desplazamiento teniendo en cuenta las obligaciones que ya impone al empleador la normativa social aplicable en el Estado miembro de origen y, por otra parte, luchar contra el fraude»).

¹⁶ «En la medida de lo posible» (art. 9.4 de la Directiva).

El contenido de la comunicación, también fijado por el art. 5 (apartados 2 y 4), habrá de extenderse a los datos relativos:

1) A la empresa que la realiza (su identificación, domicilio fiscal y número de identificación a efectos del impuesto sobre el valor añadido).

2) A los trabajadores desplazados (los datos personales y profesionales de cada uno).

3) A las características del desplazamiento y, en concreto, su fecha de inicio, su duración prevista, la identificación de la empresa o de las empresas y, en su caso, del centro o de los centros de trabajo donde los desplazados prestarán su trabajo y el tipo de prestación de servicios que determine aquél (a qué supuesto corresponde dentro de los previstos por el art. 2.1.1.º de la LDT: si es el propio de una contrata o subcontrata de obras o servicios, si se trata de un caso de movilidad dentro de la empresa o a otra empresa del grupo o, en fin, si consiste en la cesión de trabajadores en virtud de un contrato de puesta a disposición).

A mayores, deberá incluir, cuando el desplazamiento lo realice una empresa de trabajo temporal para poner a sus trabajadores a disposición de una empresa usuaria:

1) La acreditación de que aquélla reúne los requisitos que exige la legislación del Estado donde se encuentre establecida para realizar la actividad de cesión de trabajadores¹⁷.

2) La precisión de las necesidades temporales de mano de obra que la empresa usuaria trate de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto del art. 6.2 de la LETT al que corresponda éste.

Nada se indica acerca de la necesidad de poner en conocimiento de la autoridad laboral competente las variaciones que experimenten los datos objeto de la comunicación. Esa obligación y el plazo para cumplirla, igual que la

determinación de la lengua o de las lenguas utilizables tanto para informar de las referidas variaciones como para realizar la comunicación inicial, previa al desplazamiento, constituyen aspectos que deberían ser objeto de atención por la transposición de la Directiva. También la posibilidad de que algunos de los trabajadores desplazados pertenezcan a Estados que no son miembros de la Unión Europea ni firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y la exigencia, en tal caso, de una declaración de que se encuentran en situación regular en el Estado miembro donde tenga su establecimiento la empresa prestadora del servicio¹⁸.

Vista la posición mantenida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 19 de junio de 2008, cit. (*Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), que consideró incompatible con el Derecho de la Unión (con el entonces art. 49 del TCE, al que corresponde el art. 56 del TFUE) la imposición, por la normativa luxemburguesa de transposición de la Directiva 96/71/CE, de una también comunicación o declaración previa del desplazamiento de contenido similar al ordinario o general que figura en el art. 5.2 de la LDT¹⁹, cabría apreciar que existen motivos para sospechar que aquél pudiera mantener la misma conclusión si el precepto cuestionado resultase ser el que acabo de indicar. A mi juicio, una importante diferencia entre la LDT y la normativa luxemburguesa permite ser optimista respecto a la conformidad del art. 5.2 de la LDT al Derecho de la Unión. La redacción de este precepto es precisa respecto de los datos que debe facilitar a la Administración laboral española el empresario que desplace trabajadores a España;

¹⁸ Sobre esta exigencia y su compatibilidad con la libre prestación de servicios, véase STJCE de 21 de octubre de 2004 (asunto C-445/03; *Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), apartado 46. Sobre las condiciones de entrada, permanencia y realización de un trabajo en España por parte de los referidos trabajadores, véase J. GÁRATE CASTRO: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), págs. 130-137).

¹⁹ Véanse apartados 6 y 75 y sigs. de la sentencia.

¹⁷ Cfr. art. 23, párrafo primero, de la LETT.

no se establece una relación de datos abierta, ambigua, de insuficiente claridad o construida principal o exclusivamente sobre conceptos jurídicos indeterminados, como sucedía en el caso de la normativa luxemburguesa, en la que se pedía que se aportasen, además de los expresamente relacionados en el correspondiente precepto (el art. 7.1 de la Ley de 20 de diciembre de 2002), similares a los que aparecen en el art. 5.2 de nuestra LDT, «la información esencial indispensable para la labor inspectora». Sin duda, tal aspecto forma parte de las «ambigüedades» y falta de claridad que la sentencia aquí comentada imputó a la normativa luxemburguesa («el alcance de los derechos y de las obligaciones» de las empresas que deseen desplazar trabajadores a Luxemburgo «no se deduce con precisión de la referida disposición»; apartado 81), las cuales condujeron a la declaración de la incompatibilidad de ésta con el entonces art. 49 TCE²⁰.

La autoridad laboral competente para recibir la comunicación pondrá ésta en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a los efectos oportunos (art. 5.5 de la LDT). En el caso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tales efectos serán aquellos a los que se refiere el art. 8 de la LDT, relacionados con el ejercicio, por parte de la Inspección, de su función de «vigilancia y exigencia del cumplimiento» de dicha ley, con los que guarda relación la obligación impuesta por su art. 6, de la que doy cuenta en el siguiente apartado.

Repárese en que la previsión legal se limita a disponer la puesta en conocimiento de la

²⁰ «El Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE (...) en relación con (...) los artículos 49 TCE y 50 TCE (...) al establecer, en el artículo 7, apartado 1, de dicha Ley de 20 de diciembre de 2002, los requisitos relativos al acceso a las indicaciones esenciales indispensables para la labor inspectora por las autoridades nacionales competentes de una manera carente de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica de las empresas que deseen desplazar trabajadores a Luxemburgo».

comunicación. No contiene ningún elemento que permita mantener que la autoridad laboral haya de autorizar los desplazamientos objeto de aquélla, como sucedería, por ejemplo, si supeditase el comienzo de la actividad con los trabajadores desplazados a la recepción de la conformidad de dicha autoridad laboral sobre la suficiencia de la comunicación. La LDT huye de cualquier expresión que pueda servir de soporte a la posible apreciación de una exigencia directa o indirecta de autorización administrativa. El hecho de que no quepa apreciar que los términos empleados equivalen a la introducción de una autorización previa termina por eliminar, prácticamente, el peligro de que la comentada comunicación se pueda considerar contraria al Derecho de la Unión. Según ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal de Justicia, la sujeción de los desplazamientos a la concesión de una autorización previa constituye, con carácter general, una restricción injustificada de la libre prestación de servicios a efectos del art. 56 del TFUE; injustificada por desproporcionada desde el punto de vista de la intensidad de la aludida restricción, pues va más allá de lo necesario para garantizar la protección de los trabajadores desplazados, que, aunque constituye una razón imperiosa de interés general en atención a la cual puede resultar admisible la introducción de restricciones de la libre prestación de servicios, no consiente su consecución por medio de cualesquiera medidas, incluso adecuadas o eficaces para procurar la efectividad de aquella protección²¹. Para el Tribunal, el expresa-

²¹ Sentencia de 7 de octubre de 2010, cit. (*Santos Palhota*), en relación con la disposición del Derecho belga obligando a los empleadores que desplacen trabajadores a Bélgica a enviar a la inspección de trabajo por carta, correo electrónico o fax, con anterioridad al comienzo del periodo de ocupación de los aludidos trabajadores en territorio belga y sin ninguna excepción por razón de la posible celeridad que demande la prestación a realizar, una declaración de desplazamiento con objeto de permitir a aquélla certificar, en los cinco días hábiles siguientes a su recepción, ésta y la conformidad de la propia declaración, todo ello mediante la notificación de un número de registro al empleador, el cual no podrá comenzar el desplazamiento, aunque sea urgente, hasta que tenga lugar dicha

do objetivo –la protección de los trabajadores a través del control efectivo por parte del Estado de destino de que el empresario que desplaza respeta durante el desplazamiento la condiciones de trabajo y empleo resultantes de la observancia de la legislación nacional de transposición de la Directiva 96/71/CE– es alcanzable a través de una medida más proporcionada, como es una simple declaración previa de desplazamiento²².

La comunicación comentada no exige a la empresa prestadora del servicio de cumplir «cualesquiera otras obligaciones (...) de comunicación, información o declaración de actividades» que tengan como destinatarios a las Administraciones públicas y que aparezcan establecidas por otras disposiciones legales (art. 5.6 de la LDT). La sujeción a las aludidas obligaciones encontraría cobertura en los apartados 2 y 3 del art. 9 de la Directiva 2014/67/UE²³. De ellas forma parte, sin

notificación. No ofrece duda al Tribunal que «tal procedimiento reviste el carácter de un procedimiento de autorización administrativa» en la medida en que la notificación al empresario del número de registro de su declaración previa «debe preceder al desplazamiento de los trabajadores (...) y sólo se produce una vez que las autoridades nacionales han realizado un control de la conformidad» de esa declaración (apartado 34).

²² «Una declaración previa, en la medida en que permite controlar el respeto de la normativa social y salarial del Estado miembro de acogida durante el desplazamiento, constituye un medio más proporcionado para alcanzar ese objetivo que tal autorización o que un control previo» (sentencia últ. cit., apartado 53).

²³ De acuerdo con el primero de los citados apartados, «los Estados miembros podrán imponer otros requisitos administrativos y medidas de control cuando surjan situaciones o nuevos elementos que permitan suponer que los requisitos administrativos y medidas de control existentes resultan insuficientes o ineficaces para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la Directiva 96/71/CE y la presente Directiva, siempre que estén justificados y sean proporcionados». De acuerdo con el segundo, «nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las demás obligaciones derivadas de la legislación de la Unión, incluidas las derivadas de la Directiva 89/391/CEE del Consejo y del Reglamento (CE) nº 883/2004, o de las derivadas del Derecho nacional respecto de la protección o empleo de los trabajadores, siempre que estas últimas sean igualmente aplicables a las empresas establecidas en el Estado miembro de que se trate y estén justificadas y sean proporcionadas».

duda, las introducidas por la disposición adicional primera del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, de desarrollo de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, las cuales vienen a dotar de singularidad a la comunicación del desplazamiento a cargo de las empresas contratistas o subcontratistas que vayan a intervenir como tales en el proceso de subcontratación en el expresado sector²⁴. Los términos de la indicada singularidad pueden resumirse como sigue:

1) La primera comunicación de desplazamiento a realizar de acuerdo con el art. 5 de la LDT «tendrá el carácter de solicitud de inscripción» en el «registro de empresas acreditadas», necesaria para que cualquier empresa pueda ser contratada o subcontratada en España para trabajos de una obra de construcción²⁵. Además, esa solicitud, previa al inicio del proceso de intervención en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción²⁶, habrá de contener, como en cualquier otro supuesto²⁷, la acreditación de que la empresa reúne los «requisitos previstos en el artículo 4.2.a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre». Puesto que el supuesto de hecho de la comentada disposición adicional primera presupone una contrata o subcontrata, se comprende que aquélla prevea, ajustándose al art. 5.3 de la LDT, que no será necesaria la inscripción, que es tanto como decir la comunicación previa del desplazamiento, cuando la duración de éste «no exceda de ocho días».

²⁴ Y, en concreto, en la ejecución de trabajos de «excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; [y] saneamiento» (art. 2 del Real Decreto cit.; cfr. anexo de la Directiva 96/71/CE).

²⁵ Cfr. arts. 4.2.b) y 6 de la Ley 32/2006. «La solicitud así formulada permitirá provisionalmente a la empresa intervenir en el proceso de subcontratación hasta la fecha de la inscripción o denegación» [disposición adicional primera, b) del Real Decreto 1109/2007].

²⁶ Cfr. art. 3.1 del Real Decreto 1109/2007.

²⁷ Cfr. art. 4.3 de la Ley 32/2006 y art. 4.2 del Real Decreto 1109/2007.

Lógicamente, si no es necesaria la inscripción tampoco lo será, por formar parte de ella, la acreditación de la observancia de los requisitos del art. 4.2.a) de la Ley 32/2006.

2) Una vez efectuada la preceptiva inscripción en el «registro de empresas acreditadas», las sucesivas comunicaciones previas de desplazamientos que resulten obligadas «deberán incluir, junto con los datos legalmente exigidos» (los del art. 5.2 de la LDT), el correspondiente «número de inscripción».

A mi juicio, no plantea problema de compatibilidad con las exigencias de la Directiva 2014/67/UE y la Directiva 96/71/CE (con su art. 1.4) y, a la postre, con la libre prestación de servicios y el Derecho de la Unión la forma particular en que las empresas contratistas o subcontratistas establecidas en otro Estado miembro o en Estado firmante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo «acreditarán la observancia de los requisitos previstos en el artículo 4.2.a) de la Ley 32/2006». Cuando la disposición adicional primera, a) del Real Decreto 1109/2007 establece que tal acreditación se realizará mediante la aportación de la «documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas nacionales de transposición de los artículos 7 y 12 de 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» (Directiva «marco»), no está sometiendo a aquellas empresas a una carga más exigente que la que pesa sobre las empresas contratistas o subcontratistas establecidas en España o en Estado que no sea miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo. La obligación que contiene el citado precepto es equivalente a la que pesa sobre este segundo grupo de empresas, a las cuales se les pide, además de una «declaración suscrita por su representante legal formulada ante el registro de empresas acreditadas»²⁸ y relativa al cum-

plimiento de los aludidos requisitos²⁹, la presentación de la «documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y de que dispone de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales»³⁰.

3.3. Comparecencia administrativa y aportación de documentación

Los empresarios que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España y se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la LDT «deberán comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento» de aquella ley, «incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa»³¹. El requerimiento encaja, con naturalidad en las facultades que atribuye a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social el

mente, si exigiera sólo la indicada declaración, que es el único requisito que contempla el precepto.

²⁹ Art. 4.2 del Real Decreto cit.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ La tenencia y aportación de dicha documentación se valora, además de como una medida «adecuada para permitir a las autoridades comprobar que, en relación con los trabajadores desplazados, se respetan las condiciones de trabajo enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71 y, por lo tanto, para salvaguardar la protección de éstos», como una medida «proporcionada» desde la perspectiva de la consecución de tal protección. En suma, no se opone a las exigencias del Derecho de la Unión. Así, STJUE de 7 de octubre de 2010, cit. (*Santos Palhota*), apartados 58 y sigs. Termina declarando esta sentencia que «los artículos 56 TFUE y 57 TFUE no se oponen a la normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a tener a disposición de las autoridades nacionales de éste, durante el período de desplazamiento, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación del primer Estado, así como a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período».

²⁸ Art. 4.3 de la Ley 32/2006. El problema de compatibilidad con las Directivas y el Derecho de la Unión existiría, cierta-

art. 13.3 de la LITSS³². Formaría parte de la actividad inspectora de comprobación, previa al procedimiento sancionador, regulada en los arts. 8 y 9 del reglamento general para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la seguridad social³³. Su incumplimiento es constitutivo de infracción sancionable por *obstrucción* a la labor inspectora³⁴.

Para comprender el alcance que merece hoy la obligación que ahora se examina, impuesta por el art. 6 de la LDT, es preciso atender a contenidos de los apartados 1, 2 y 4 del art. 9 de la Directiva 2014/67/UE; principalmente de la letra b) del primero de esos apartados. Aquella guarda correspondencia con tales contenidos. Sin perjuicio de ello, los términos en que se formula son bastante más amplios que los empleados por la Directiva al definir lo que asume como buena práctica nacional en materia de conservación y aportación de documentación por la empresa prestadora de servicios. Son, según he anticipado, excesivamente amplios; tan amplios como para dar cabida a entendimientos y prácticas que plantean serias dudas de acomodo a las exigencias de la libre prestación de servicios y de compatibilidad con ésta y con la citada Directiva. Algunos de los problemas de compatibilidad se pueden solventar a través de la ya indicada interpretación conforme. En cualquier caso, sería conveniente que se aprovechara la transposición de la Directiva para

presentar la obligación de un modo que cierre la posibilidad del apuntado tipo de entendimientos; también para apurar los contenidos de aquella relativos a dicha obligación.

A falta de cualquier determinación legal o reglamentaria, se sobreentiende que el plazo para el cumplimiento de la obligación será el que fije, en función de las circunstancias concurrentes, el propio requerimiento del Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante. Aunque las aludidas circunstancias pueden justificar que varíe de un caso a otro, ha de tratarse, siempre, de un plazo calificable de «razonable», como pide la Directiva 2014/67/UE en relación con el plazo para la entrega de documentos una vez concluido el desplazamiento [art. 9.1, letra c)]. Desde luego, el hecho de que el requerimiento se produzca durante el desplazamiento y en el curso de una visita al lugar de trabajo de los trabajadores desplazados puede hacer razonable, incluso, la exigencia de aportación inmediata de los documentos que estén disponibles en éste; ahora bien, los efectos prácticos de tal exigencia pueden ser, hoy en día, muy limitados, pues la LDT no obliga a conservar documento alguno en dicho lugar. La trasposición de la Directiva podría muy bien determinar, siguiendo las pautas ofrecidas por su art. 9.1.b), los documentos afectados por esa exigencia de aportación inmediata. Una determinación como la propuesta permitiría conocer con certeza cuando la obstrucción a la labor inspectora definida por el retraso en la facilitación de los documentos requeridos es merecedora de la consideración de infracción grave por referirse a una actuación solicitada en el curso de una visita de inspección y a «documentos o información que deban obrar o facilitarse en el centro de trabajo»³⁵. Sin la previa determinación de los documentos que se deben conservar en el lugar de trabajo donde presta sus servicios el trabajador desplazado no es fácil ni seguro la apreciación de la indicada infracción grave.

³² De acuerdo con el citado precepto, en el ejercicio de sus funciones, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social están autorizados para «proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen, reconstrucción o prueba que consideren necesario» para vigilar y exigir el cumplimiento de la legislación de orden social y, «en particular», para: «a) Requerir información (...) al empresario (...) sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales (...)» y «b) exigir la comparecencia del empresario o de sus representantes (...) en las oficinas públicas designadas por el inspector actuante». Cfr. art. 21.1 de igual Ley, así como art. 15.1.b) del reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 febrero.

³³ Aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 mayo.

³⁴ Véase *infra*, apartado 3.4.2.

³⁵ Art. 50.2 de la LISOS en relación con el apartado 3.a) de igual artículo.

También a falta de toda previsión al respecto, se sobreentiende que la obligación puede ser cumplida personalmente o por medio de representante, el cual no es necesario que resida en España. Cabe, pues, que el requerimiento se tenga que hacer llegar al domicilio de la empresa en el Estado de establecimiento. Incluso habría que ofrecer y admitir, en la medida de lo posible, que la comparecencia para atender el requerimiento no precise el desplazamiento del empresario o de su representante hasta la sede de la oficina pública designada y se pueda hacer a distancia, mediante la aportación de la documentación solicitada por medios electrónicos. Así lo pide una interpretación conforme a la Directiva 2014/67/UE; a su art. 9.4. No estaría de más que la apuntada transposición de ésta completara la definición de la obligación añadiendo una mención expresa a esa posible forma de cumplimiento³⁶ y sus excepciones y exigiendo al empresario la designación, en la propia comunicación administrativa del desplazamiento, de una persona para hacer de enlace con la Administración laboral española y recibir y atender el requerimiento. Si se llegara a entender oportuna la referida exigencia, habría que tener en cuenta que no cabría imponer la residencia en España del designado salvo que concurran circunstancias que evidencien que la observancia de semejante requisito no persigue la mera y general facilitación de la labor inspectora y resulta imprescindible para el aseguramiento de la eficacia de dicha labor³⁷. Lo importante es contar con la identificación clara de la persona llamada a atender el requerimiento y su localización y disponibilidad. Puede hacer las

veces de persona designada o representante uno de los trabajadores desplazados³⁸.

Por lo que respecta a los documentos cuya aportación se puede requerir, los únicos que cuentan con identificación expresa son los relativos a la válida constitución de la empresa, cuya exigencia no presenta, por sí misma, problemas de compatibilidad con la Directiva y la libre prestación de servicios. Tales documentos proporcionan, sin duda, relevantes elementos fácticos a evaluar por la autoridad competente para cumplir la función, encomendada en el art. 4 de la Directiva, de determinar si el desplazamiento es real y prevenir abusos y fraudes. Los demás documentos susceptibles de ser requeridos no son objeto de directa determinación legal o reglamentaria³⁹, ni siquiera por vía de ejemplo. Lo único que se pide es que esos otros documentos se presenten necesarios para «justificar el cumplimiento» de la LDT. Por hoy, tales documentos vienen a ser los que decida en cada caso la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en función del mayor o menor rigor con que llegue a apreciar el cumplimiento de la expresada finalidad. La regulación española sobre desplazamientos transnacionales ha renunciado a dar pautas adicionales al respecto y confía en que los criterios seguidos por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social sean siempre acertados y no conduzcan a requerir documentos de discutible conexión con la justificación del cumplimiento de la LDT o de exigencia cuestionable por presentar ésta elementos que arrojen importantes dudas sobre su carácter justificado, adecuado y proporcionado desde el punto de vista de la limitación que suponga para la libre prestación de servicios.

Dando por hecho que la experiencia ganada desde la promulgación de la LDT habrá

³⁶ O, al menos, a la aplicación, a efectos de cumplimiento de la obligación, de la regla general que establece el art. 18.3 de la LITSS, según el cual «la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se llevará a efecto, preferentemente, por medios electrónicos».

³⁷ Así se desprende de la posición mantenida por el Tribunal de Justicia al enjuiciar la cuestión de la imposición de la residencia del representante en el Estado de desplazamiento. Cfr. sentencias, cit., de 19 de junio de 2008 (*Comisión c. el Gran Ducado de Luxemburgo*, apartados 90 y sigs.) y de 23 de noviembre de 1999 (*Arblade y Leloup*, apartado 76).

³⁸ Así, STJCE de 19 de junio de 2008, cit. (apartados 91 y 94).

³⁹ El Gobierno podría haber procedido a realizar una determinación reglamentaria haciendo uso de las facultades de aplicación y desarrollo de la LDT, previstas en la disposición final segunda de ésta.

permitido identificar los documentos que se revelan útiles para la labor de comprobación de la regularidad de los desplazamientos y la correcta aplicación de la protección que otorga la LDT a los trabajadores desplazados, no parece que exista inconveniente en aprovechar aquélla para incorporar a la regulación de la obligación aquí comentada una relación de los aludidos documentos en la que no falten los más importantes, que coincidirán, probablemente, al menos en parte, con los que incluye la letra b) del art. 9.1 de la Directiva. Si fuesen menos, la lista se podría completar con el resto de los que figuran en ese precepto.

La postulada modificación de la actual regulación de la obligación debería también tomar en consideración, teniendo en cuenta, de nuevo, las pautas de la Directiva 2014/67/UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la que éstas traen causa, en especial, el imprescindible carácter justificado, necesario y proporcionado, de conformidad con la libre prestación de servicios y el Derecho de la Unión, de los requisitos o medios de control que establezcan los Estados miembros⁴⁰:

1) Que no parece superfluo prever de forma expresa que la obligación de comparecencia y aportación de documentación pueda tener origen, en su caso, en un requerimiento efectuado una vez finalizado el desplazamiento. La medida se presenta particularmente útil en los desplazamientos de breve duración, en los que es más fácil que a su término la actividad de comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no haya podido comenzar o apenas haya comenzado.

2) Que la imposición de la conservación y aportación de cualesquiera documentos no coincidentes con los que menciona la Directiva precisa que los coincidentes resulten insuficientes para realizar de forma eficaz la labor de comprobación de la que son instrumento.

3) Que la exigencia de que los documentos se conserven en España, en lugar accesible y claramente identificado, no puede ser general y ha de adaptarse a los avances o mejoras que experimente el sistema de cooperación e intercambio de información entre los Estados miembros⁴¹. Tales avances pueden y deben reducir los documentos sometidos a la exigencia. Ésta podría ir referida a los documentos que menciona la Directiva.

4) Que es difícilmente justificable y, por lo tanto, admisible la exigencia de la elaboración, en relación con los trabajadores desplazados y el período de desplazamiento, de otros documentos distintos y a mayores de los ya presentados y controlados por las autoridades competentes del Estado de establecimiento del prestador del servicio cuando estos últimos, aun guardando ciertas diferencias de forma y fondo con los primeros, respondan a finalidad similar y tengan un contenido que se muestre suficiente para el desarrollo de la función inspectora en España⁴², sobre todo si se puede acceder a ellos, sin dificultad, a tra-

⁴¹ Prevista en el art. 4 de la Directiva 96/71/CE y regulada, con mayor detalle, en el capítulo III de la Directiva 2014/67/UE.

⁴² En este sentido, STJCE de 23 de noviembre de 1999, cit. (*Arblade y Leloup*). Razona el Tribunal de Justicia que la elaboración del referido tipo de «documentos adicionales en el Estado miembro de acogida supone gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro, por lo que tales empresas no se encuentran en igualdad de condiciones con sus competidores establecidos en el Estado miembro de acogida» (apartado 58); por consiguiente, la imposición de aquella elaboración «constituye una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 59» del TCE (apartado 59), la cual «sólo puede estar justificada si es necesaria para proteger efectivamente y por los medios adecuados la razón imperiosa de interés general que constituye la protección social de los trabajadores» (apartado 60). Siempre según la misma sentencia, «el mero hecho de que existan algunas diferencias de forma o de fondo no puede justificar que se lleven dos grupos de documentos, unos con arreglo a la normativa del Estado miembro de establecimiento, y otros con arreglo a la del Estado miembro de acogida, si la información que contienen los documentos exigidos por la normativa del Estado miembro de establecimiento basta, en su conjunto, para permitir la labor inspectora necesaria en el Estado miembro de acogida» (apartado 64).

⁴⁰ Cfr. apartado 1, párrafo primero, y apartado 2 del art. 9 de la Directiva.

vés del sistema de cooperación e intercambio de información entre los Estados miembros.

5) Que estén o no finalmente identificados por la norma de transposición de la Directiva, sería conveniente disponer que la empresa haya de aportar los documentos requeridos con su traducción, como mínimo, a la lengua española. El silencio de la LDT al respecto puede conducir a la necesidad de admitir documentos en la lengua del Estado de establecimiento y, con ello, al retraso en la actividad de comprobación y a la propia eficacia de ésta.

3.4. Inspección y sanción

3.4.1. *Unas indicaciones sobre la función inspectora*

Despejando cualquier duda al respecto, dispone el art. 8 de la LDT que «corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la presente ley, desarrollando las funciones establecidas en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». Por descontado, la referencia ha de entenderse hecha, en la actualidad, a la LITSS, con cuyo art. 12.1.a).4º concuerda⁴³. Destinatarios de esa vigilancia y exigencia de cumplimiento, que se extiende a las obligaciones administrativas aquí examinadas, son los empresarios que realicen los desplazamientos, los cuales tienen la condición de sujetos responsables de las infracciones administrativas que al respecto tipifica la legislación española⁴⁴. Sin perjuicio de ello, cabe que durante el curso de su actuación sobre aquéllos la Inspección de Trabajo y Seguridad Social compruebe hechos que, aunque no entran en los sancionables con arreglo a nuestro Derecho, puedan serlo con arreglo a la legislación del Estado

⁴³ De acuerdo con el citado precepto, la función inspectora comprende la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las «normas en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional».

⁴⁴ Cfr. art. 2.11 de la LISOS.

donde tengan su establecimiento. La situación aparece contemplada, en relación con las empresas establecidas en Estados miembros de la Unión Europea, en el art. 22.15 de la LITSS, según el cual, finalizada su actividad de comprobación, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá poner los aludidos hechos en conocimiento de «la autoridad competente del Estado Miembro de origen para que inicie el procedimiento sancionador, sin perjuicio de que pueda adoptar otras medidas que considere pertinentes».

3.4.2. *Infracciones y sanciones administrativas*

Los incumplimientos de las obligaciones contenidas en los arts. 5 y 6 de la LDT tienen la consideración de infracciones laborales sancionables administrativamente.

Comenzando por el incumplimiento de la comunicación del desplazamiento, su tipificación como infracción administrativa se contiene en el art. 10 de la LISOS, que la califica de leve, grave o muy grave según que aquel incumplimiento consista en simples defectos formales de la comunicación (art. 10.1), en la realización de ésta con posterioridad al inicio del desplazamiento (art. 10.2) o en la falta de cualquier comunicación o en la falsedad u ocultación de los datos comunicados (art. 10.3).

En cuanto al incumplimiento de la comparecencia y presentación de la documentación requerida, ya no es específico de la materia de desplazamientos temporales a España y queda comprendido dentro de la general tipificación como infracción administrativa de las *obstrucciones* a la labor inspectora, contenida en el art. 50 de la LISOS. El que la obstrucción provenga de una empresa que desplaza a sus trabajadores no la hace objeto de ninguna particularidad de tratamiento. Cualquier obstrucción por parte de la mencionada empresa, consista o no en el incumplimiento del requerimiento de comparecencia o de presentación de la documentación justificativa del cumplimien-

to de la LDT, constituirá infracción leve, grave o muy grave «según la naturaleza del deber de colaboración infringido y de la entidad y consecuencias de la acción u omisión obstructora sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (art. 50.1 de la LISOS). De este modo, merecerá la calificación de infracción leve si supone «un mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones de información, comunicación o comparecencia» [art. 50.3.a) de la LISOS]; grave, si perturba, retrasa o impide «el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos, tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (...)» (art. 50.2, párrafo primero, de la LISOS); y muy grave si, por ejemplo, supone «reiteración en las conductas de obstrucción calificadas como graves» [art. 50.4.b) de la LISOS]. Se recuerda aquí la actual dificultad para considerar obstrucción constitutiva de infracción grave la falta de aportación de documentos requeridos en el curso de una visita de inspección cuando tales documentos «deban obrar o facilitarse en el centro de trabajo» [art. 50.3.b), inciso final, de la LISOS].

Por cierto, la tipificación como infracción administrativa sancionable del incumplimien-

to de las obligaciones instrumentales contempladas no cuenta con reflejo directo y expreso en la lista particularizada y no cerrada de sujetos responsables de la infracción que proporciona el art. 2 de la LISOS. Este precepto, aunque menciona, entre tales sujetos, a «los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa legal que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», lo hace sólo «respecto de las condiciones de trabajo que deben garantizar a dichos trabajadores desplazados temporalmente a España». Puede sorprender que no se diga nada sobre la condición de sujetos responsables de estos mismos empresarios por la comisión de infracciones por incumplimientos de las obligaciones de los arts. 5 y 6 de la LDT. Con todo, el expresado silencio no tiene mayor trascendencia, pues no impide que se les pueda tener por sujetos responsables de las infracciones a las que se viene haciendo referencia. Su consideración de tales encuentra cobertura, sin más, en la definición general de sujetos responsables con la que comienza el art. 2 de la LISOS («son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente ley»).

RESUMEN

La regulación de las obligaciones administrativas examinadas, contenida en la Ley 45/1999, forma parte de la transposición que esta Ley hace de la Directiva 96/71/CE, con cuyo art. 5 guarda relación. Sucede, sin embargo, que la materia se ha visto afectada por la Directiva 2014/67/UE, que, a diferencia de la 96/71/CE, ofrece una determinación abierta de las obligaciones de ese tipo y de las pautas de su elección y establecimiento por las legislaciones nacionales. Ello conduce a que aquella regulación sea hoy insatisfactoria y precise ciertas modificaciones que la adapten a las previsiones de la nueva Directiva y, en definitiva, la transpongan de modo suficiente y eficiente. Es conveniente que tal transposición, que se produciría ya fuera de plazo, valore la conveniencia de incorporar otras medidas de control cuya posible introducción contempla la referida Directiva y precise mejor, dentro de lo permitido por ésta y teniendo en cuenta los criterios mantenidos por el Tribunal de Justicia, las dos obligaciones que aparecen en la Ley 45/1999. Ello es más necesario, si cabe, en relación con la obligación de comparecencia y aportación de documentación, definida en términos que cabría considerar que exceden de lo que la Directiva 2014/67/UE considera buena práctica nacional al respecto.

Palabras clave: Comunicación del desplazamiento transnacional de trabajadores, control administrativo del desplazamiento transnacional de trabajadores, desplazamiento transnacional y temporal de trabajadores, libre prestación de servicios, garantías de la protección sustantiva del trabajador desplazado temporalmente a España.

ABSTRACT

The regulation of administrative obligations that are examined is included in Law 45/1999 and is part of the transposition that this law does to Directive 96/71/EC, whose art. 5 relates. Nevertheless, this matter' has been affected by Directive 2014/67/EU, which unlike 96/71/EC, offers an open determination about this kind of obligations and the guidelines for its election and implementation by national legislations. This means that the referred regulation is unsatisfactory nowadays and needs some amendments to fit into the provisions of the new Directive and, all in all, is transposed in a sufficient and efficient way. It seems convenient that such transposition, which would happen after the deadline, considers the convenience of adding other kind of control measures whose potential introduction is already considered within the limits of the referred Directive and better defines both obligations that are included in Law 45/1999 as far as it is permitted by it and taking the criteria of the Court of Justice into account. This is even more necessary, if possible, in relation to the obligation of appearance in Court and submission of documentation, defined in terms that might surpass what the Directive 2014/67/EU considers as good national practice on this matter.

Keywords: Notification of transnational posting of workers, administrative control of transnational posting of workers, transnational and temporary posting of workers, free provision of services, guarantees of substantive protection of workers temporarily posted to Spain.s

La negociación colectiva profesional en el ámbito del trabajo autónomo económicamente dependiente desde la perspectiva del Derecho de la competencia

Professional collective bargaining in the field of economically dependent self-employment from the perspective of competition law

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR*

1. PRESENTACIÓN

Varias son las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, directamente o indirectamente, inciden en la prestación de servicios por cuenta propia. La mayoría de ellas pasan generalmente desapercibidas para los iuslaboralistas. Otras, en cambio, han derivado en importantes modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico. Con todo, el hecho mismo de su limitado número junto a la todavía relativa bisonñez de la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que en España se regula el Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA) hace que cualquier pronunciamiento al respecto resulte sumamente interesante desde la perspectiva de nuestro Derecho interno.

* Universidad Rey Juan Carlos. Este artículo se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER) *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y concedido a un equipo encabezado desde la Universidad de Santiago de Compostela.

Este es, precisamente, el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *FNV Kunsten Informatie en Media*, de fecha 4 de diciembre de 2014 (asunto C-413/13). En ella se discute la aplicación o no del Derecho europeo de la Competencia *ex* artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) a las cláusulas de un convenio colectivo relativas a los honorarios de determinados trabajadores autónomos.

Pese a la aparente sencillez del problema aquí avanzado, la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es ciertamente relevante. Entre otras muchas cosas porque pone en el punto de mira la eficacia jurídica de los acuerdos de interés profesional previstos por la LETA en el particular régimen jurídico de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Y más aún; sobre la base del recurso a un inquietante concepto jurídico indeterminado de «falso autónomo» se dejan sentadas las bases para una eventual equiparación de futuro entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos económicamente dependientes. En concreto, cuando

las prestaciones de servicios llevadas a cabo por unos u otros puedan llegar a considerarse situaciones comparables desde el prisma europeo con independencia de lo que la legislación nacional llegara a establecer al respecto.

Desde este punto de vista, la cuestión relativa a si desde el plano del Derecho de la Competencia los convenios colectivos pueden incluir o no cláusulas que se refieran a los trabajadores autónomos o por cuenta propia pasa a un segundo plano. Lo realmente importante, por cuanto a nuestro Derecho interno respecta, es la evolución que el régimen jurídico de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (acuerdos de interés profesional incluidos) pueda llegar a tener a partir de la sentencia citada. Ya sea para considerarlos a todos los efectos como trabajadores autónomos («empresas»), ya sea para equiparlos a los trabajadores por cuenta ajena («falsos autónomos»).

De todo ello intentará darse cumplida cuenta a continuación. Si bien, para una adecuada aproximación al tema partiendo, en primer lugar y siquiera sea de forma muy genérica, del régimen jurídico vigente en nuestro país en relación a los trabajadores autónomos. Vayamos por partes.

2. LA NEGOCIACIÓN (INDIVIDUAL O COLECTIVA) COMO POTENCIAL ACTIVIDAD DE DEFENSA DE SUS INTERESES PROFESIONALES POR PARTE DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

2.1. Consideraciones previas

Con carácter general, establece el artículo 37.1 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) que «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». De ahí que, como fácilmente puede deducirse, el derecho que así pretende garantizarse

refiere en exclusiva a la negociación colectiva laboral de los trabajadores por cuenta ajena, que no al derecho de negociación colectiva profesional de los trabajadores autónomos.

Ciertamente, el artículo 19.1 c) de la LETA reconoce de manera genérica a los trabajadores autónomos la titularidad del derecho a «ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales». A su vez, en clara coherencia con ello, su artículo 19.2 c) extiende a las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos el derecho colectivo de «ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos». Sin embargo, en su artículo 3.1 la LETA omite cualquier referencia a la negociación colectiva como fuente de la relación profesional de los trabajadores autónomos. Claro queda, por tanto, que en materia de trabajo autónomo no cabría hablar de negociación colectiva laboral ni mucho menos de convenios colectivos. Aunque sí de negociación individual, consecuencia de la cual surgirían los correspondientes contratos profesionales entre los trabajadores autónomos y sus respectivos clientes.

Ahora bien, no obstante cuanto se acaba de señalar, el artículo 3.2 de la LETA reconoce a los acuerdos de interés profesional el carácter de fuente de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes¹. De ahí que bien podría sostenerse que, aunque técnicamente distintos de los convenios colectivos, un determinado tipo de negociación colectiva profesional (que no, se insiste, laboral) es posible desarrollar en el ámbito del trabajo autónomo. Al menos en un sentido amplio del concepto mismo de negociación colectiva que permitiría distinguir entre negociación colectiva laboral (convenios y acuerdos colectivos laborales) y profesional (acuerdos de interés profesional).

¹ Sobre esta particular modalidad de trabajador autónomo *vid.* el artículo 11 y siguientes de la LETA así como, por todos, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M.: *El Trabajador autónomo económicamente dependiente. Delimitación conceptual y ámbito de aplicación*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Precisamente por ello y a los efectos que ahora interesan, parece oportuno distinguir entre trabajadores autónomos ordinarios (quienes, a lo que parece, no gozarían del derecho general a una negociación colectiva de carácter profesional aunque sí de carácter individual) y trabajadores autónomos económicamente dependientes (quienes, además de la negociación individual gozarían, a través de los acuerdos de interés profesional, del derecho a una determinada negociación colectiva de carácter profesional).

Junto a estas dos categorías de trabajadores autónomos, desde una perspectiva estrictamente nacional aún cabría hablar de los derechos de negociación colectiva de los denominados «falsos autónomos». Trabajadores éstos que, aunque aparentemente autónomos, obtienen (generalmente por vía judicial tras la detección de supuestos fraudulentos) la calificación de verdaderos trabajadores por cuenta ajena. De ahí que a los mismos les resulte de aplicación en su totalidad las normas generales sobre negociación colectiva previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Pero no porque dichos trabajadores en cuanto tales ostenten la capacidad de llevar a cabo una efectiva negociación colectiva laboral sino más bien porque, declarada la verdadera naturaleza laboral de sus respectivos vínculos contractuales, a los mismos les resultará de aplicación el convenio colectivo de que se trate.

Llegados a este punto, permítaseme a continuación ahondar con más detalle en la negociación (individual o colectiva) como potencial actividad de defensa de sus intereses profesionales por parte de estos tres grupos de trabajadores desde la perspectiva del Derecho interno. Vayamos por partes.

2.2. Trabajadores autónomos (ordinarios o económicamente dependientes): el contrato profesional como fruto de la negociación individual

Como ha quedado dicho ya, se reconoce a los trabajadores autónomos en general la ti-

tularidad del derecho a «ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales» [art. 19.1 c) de la LETA]. Sabido es también que las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos ostentan el derecho colectivo de «ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos» [art. 19.2 c) de la LETA]. Sin embargo, la LETA (art. 3.1) omite cualquier referencia a la negociación colectiva como fuente de la relación profesional de los trabajadores autónomos en general.

Por tanto, dicho ha quedado ya que en materia de trabajo autónomo no cabría hablar de negociación colectiva laboral ni mucho menos de convenios colectivos. Precisamente por ello, ni los trabajadores autónomos (ordinarios o económicamente dependientes) ni los sindicatos y/o asociaciones profesionales a las que pertenezcan pueden negociar convenios colectivos. Tratándose de trabajadores autónomos ordinarios, ni siquiera podrán negociar los acuerdos de interés profesional específicamente previstos para los trabajadores autónomos económicamente dependientes y a los que se aludirá con posterioridad. De ahí que, respecto de los trabajadores autónomos ordinarios, ni siquiera quepa hablar de negociación colectiva profesional².

Por el contrario, ninguna duda cabe de que los trabajadores autónomos en su conjunto (ya sean ordinarios o económicamente dependientes) ostentan la facultad de negociación individual con sus respectivos clientes. Facultad de la que necesariamente derivarán los correspondientes contratos profesionales sobre la base del genérico derecho que los trabajadores autónomos tienen a la libertad de iniciativa económica

² Adviértase en este sentido que las normas originarias de la Unión Europea no contienen previsión alguna que incite a los miembros de profesiones liberales (trabajadores autónomos) a celebrar acuerdos colectivos destinados a mejorar sus condiciones de empleo y de trabajo [STJUE *Pavlov* y otros de 12 de septiembre de 2000 (asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98) en relación a un fondo profesional de pensiones en el que se había previsto la afiliación obligatoria de todos los colegiados médicos].

y a la libre competencia [art. 4.2 b) LETA]. De hecho, fuente específica de la relación profesional entre el trabajador autónomo y su cliente lo constituyen «Los pactos establecidos individualmente mediante contrato entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional» [art. 3.1 c) LETA].

A falta de una regulación específica, dichos contratos habrán de ajustarse a lo previsto en el Título II («De los contratos»), del Libro IV («De las obligaciones y contratos») del Código Civil (arts. 1254 y siguientes), bien es verdad que con las especificaciones previstas en la LETA y demás normativa complementaria. Entre muchas otras, las siguientes:

- a) «Se entenderán nulas y sin efectos las cláusulas establecidas en el contrato individual contrarias a las disposiciones legales de derecho necesario» [art. 3.1 c) LETA]³.
- b) «Son deberes profesionales básicos de los trabajadores autónomos los siguientes: ... a) Cumplir con las obligaciones derivadas de los contratos por ellos celebrados, a tenor de los mismos, y con las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos y a la ley» [art. 5 a) LETA].
- c) «1. Los contratos que concierten los trabajadores autónomos de ejecución de su actividad profesional podrán celebrarse por escrito o de palabra. Cada una de las partes podrá exigir de la otra, en cualquier momento, la formalización del contrato por escrito. 2. El contrato podrá celebrarse para la ejecución de una obra o serie de ellas, o para la prestación de uno o más servicios y tendrá la duración que las partes acuerden» (art. 7 LETA)⁴.

³ En materia de discriminación *vid.*, asimismo, el artículo 6.4 de la LETA. En relación a los trabajadores autónomos económicamente dependientes *vid.* el párrafo segundo del artículo 3.2 de la LETA.

⁴ En relación a los trabajadores autónomos económicamente dependientes *vid.* el artículo 12 y siguientes de la LETA, así como el RD 197/2009, de 23 de febrero.

En cualquier caso, el que los trabajadores autónomos (especialmente los ordinarios) no tengan reconocido el derecho general a la negociación colectiva en absoluto significa que no ostenten determinados derechos colectivos. De hecho, el Título III de la LETA («Derechos colectivos del trabajador autónomo») se dedica específicamente a ello en sus artículos 19 a 22. Por cuanto interesará al presente comentario, entre los derechos colectivos de los trabajadores autónomos se encuentra el de «afiliarse al sindicato o asociación empresarial de su elección, en los términos establecidos en la legislación correspondiente» [art. 19.1 a)].

2.3. Trabajadores autónomos económicamente dependientes: los acuerdos de interés profesional como fruto de la negociación colectiva profesional

2.3.1. *Carácter y naturaleza*

Junto al contrato individual, fuente específica del régimen profesional aplicable a los trabajadores autónomos económicamente dependientes en la relación con sus respectivos clientes principales lo son los acuerdos de interés profesional (art. 3.2 LETA). Su regulación básica aparece recogida en el artículo 13 de la LETA, completado por una serie de disposiciones relativas a los mismos más o menos dispersas por la norma. En cualquier caso, como señala la Exposición de Motivos (párrafo 9, de su apartado III), «el reconocimiento de los acuerdos de interés profesional, ..., no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, pues sólo vincula a los firmantes del acuerdo». De ahí que, tanto por su particular régimen jurídico como por su limitada eficacia aplicativa en los términos que a continuación se indicarán, no pueda establecerse aquí un paralelismo absoluto con los convenios colectivos.

Con todo, aun gozando de una eficacia limitada, el solo hecho de que toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos, sea nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por tal sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento [párrafo segundo, art. 3.2 LETA], da buena muestra de la importancia de esta nueva figura, jerárquicamente superior, desde un punto de vista dinámico, al contrato suscrito entre las partes. Pese a todo ello, la regulación contenida en el artículo 13 de la LETA resulta sumamente escueta por lo que ha de completarse con otras previsiones dispersas por dicha norma.

En todo caso, al movernos siempre en el marco de la autonomía privada, la naturaleza de estos acuerdos sería civil⁵. Sin incidir ahora en mayores razonamientos, así cabría deducirlo del propio texto de la norma: «Los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil» (art. 13.4 LETA). Siendo ello así, habrá de estarse al respecto a lo previsto en el Título II («De los contratos»), del Libro IV («De las obligaciones y contratos») del Código Civil (arts. 1254 y siguientes), bien que con las especificaciones previstas en la LETA⁶.

En cualquier caso, y a los efectos que ahora interesan, claro queda que las normas la-

borales en materia de negociación colectiva no resultan aquí aplicables; ni siquiera con carácter supletorio⁷. Con todo, jurisprudencialmente se ha entendido que, al tener una naturaleza similar a la de los convenios colectivos, su interpretación ha de llevarse a cabo en los mismos términos⁸.

2.3.2. Legitimación negocial

De entrada, sujetos legitimados para su válida celebración podrían serlo, por un lado, las asociaciones (de trabajadores autónomos y/o empresariales) o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y, por otro, las empresas-cliente para las que aquéllos presten servicios (art. 13.1 LETA)⁹. Por cuanto aquí interesa, el hecho de que, desde esta segunda perspectiva (representación del cliente) la norma no mencione de forma expresa a las asociaciones empresariales representativas de las empresas podría interpretarse en el sentido de que estos acuerdos únicamente podrían tener, como de hecho ocurre habitualmente en la práctica, ámbito de empresa. Ello no obstante, nada parecería impedir que dichos acuerdos pudieran tener un ámbito superior dando así entrada a dichas asociaciones en representación, no de

⁷ Por todos CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los acuerdos de interés profesional: un balance de la negociación llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 29, 2011, pág. 36 y CRUZ VILLALÓN, J.: «VIII. Los acuerdos de interés profesional», en CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 387.

⁸ STS 20 noviembre 2015 (RJ 2015, 5875).

⁹ En este mismo sentido, el artículo 19.2 b) de la LETA reconoce de forma expresa que «Las asociaciones de trabajadores autónomos son titulares de los derechos de carácter colectivo a: ... b) Concertar acuerdos de interés profesional para los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados en los términos previstos en el artículo 13 de la presente Ley». Por su parte, aunque seguramente menos frecuente en la práctica, el que los trabajadores autónomos económicamente dependientes puedan hallarse representados por las asociaciones empresariales es cuestión que deriva de la posibilidad de su afiliación a las mismas prevista en el artículo 19.1 a) de la LETA.

⁵ Como sostiene MONEREO PÉREZ, J. L.: «El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2009, pág. 24, (BIB/2009/621) «Estamos ante contratos colectivos de Derecho común ... Los acuerdos de interés profesional se conducen a simples fuentes de las obligaciones colectivas».

⁶ A los efectos que ahora interesan téngase en cuenta que, según lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

los trabajadores autónomos económicamente dependientes, sino de sus empresas clientes¹⁰. Con todo, han de observarse siempre los límites impuestos por el Derecho de la Competencia¹¹.

Frente a lo anterior, no se hallarían en cambio legitimados para celebrar válidamente acuerdos de interés profesional los trabajadores autónomos; ni individual (en cuyo caso sólo podrían celebrar contratos y/o acuerdos individuales con el cliente) ni colectivamente considerados al margen de sus entidades representativas (asociaciones o sindicatos). Con todo, el hecho de que nos movamos siempre en el ámbito de la autonomía privada de las partes junto con el reconocimiento a los trabajadores autónomos por parte del artículo 19.1 c) de la LETA de la titularidad del derecho a «Ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales» podría justificar la válida celebración por parte de los trabajadores autónomos económicamente dependientes de acuerdos colectivos con sus respectivos clientes al margen de toda asociación o sindicato.

En este sentido piénsese, por ejemplo, en la actuación coordinada con tal fin de los trabajadores autónomos económicamente depen-

¹⁰ En este sentido parecería mostrarse el Informe de la Comisión de Expertos del que derivaría posteriormente la LETA al señalar que la eficacia personal de estos pactos «sólo podrá afectar a los trabajadores y empresas representadas por las asociaciones y sujetos firmantes del pacto colectivo» [VV.AA.: *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo* (Informe de la Comisión de expertos para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pág. 168].

¹¹ Precisamente «En esta línea, se ha justificado tal postura restrictiva por la necesidad de garantizar la integridad de las normas antitrust, puesto que los acuerdos de interés profesional supraempresariales entrañarían, en todo caso, la concertación de voluntades de varios empresarios y restringirían, de alguna manera, la competencia económica en un determinado sector de actividad, al fijar condiciones de trabajo de obligado cumplimiento para todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación» [DE VAL TENA, Á. L.: «Los acuerdos de interés profesional de los TRADE», en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.): *El derecho a la negociación colectiva*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, pág. 123].

dientes vinculados a un mismo cliente. A lo que parece, los referidos acuerdos gozarían de un régimen distinto (quizás menos protegido) al previsto en la norma para los acuerdos de interés profesional, bien que siempre con eficacia limitada a las partes signatarias. Con todo, no cabe duda de que lo que la norma quiere es que dichos acuerdos de interés profesional se canalicen a través de las asociaciones o sindicatos representativos de los trabajadores autónomos, en general, y de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, en particular. Sea como fuere, ni que decir tiene que la existencia de sujetos legitimados en absoluto significa que la suscripción de estos acuerdos resulte obligatoria para ellos, sino más bien todo lo contrario.

2.3.3. Aspectos temporales, formales y procedimentales

Desde una perspectiva temporal, nada se indica en la norma sobre el momento en que la negociación en cuestión haya de llevarse a cabo siendo, por tanto, muy diversas las hipótesis posibles al respecto. Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que los acuerdos de interés profesional puedan negociarse al tiempo de un determinado convenio colectivo o al margen totalmente de dicha negociación colectiva. Muy probablemente, por una simple cuestión de unión de fuerzas reivindicativas en aras de la consecución de un objetivo común cual sería la regulación de unas mejores condiciones de trabajo (sean éstas estrictamente laborales o profesionales), quizás la primera de las hipótesis señalada resulte más interesante para los trabajadores autónomos económicamente dependientes; especialmente cuando se esté negociando un convenio colectivo de ámbito empresarial o inferior. Lógicamente, cuestión distinta es que del resultado de la negociación deba dejarse constancia en documentos distintos.

Silencio guarda la norma también, respecto de la vigencia temporal de los acuerdos, habiéndose de estar aquí, al igual que en mu-

chos otros aspectos mudos de previsión legal, al acuerdo de las partes.

Por lo demás, desde una perspectiva formal, la única previsión que se establece es la de que los acuerdos de interés profesional deban concertarse por escrito (art. 13.2 LETA). Exigencia esta que, además de aportar seguridad jurídica a las partes contratantes, aparecerá configurada como un requisito de validez.

Al margen de ello, nada se indica en la LETA respecto a la exigencia o conveniencia de su registro público como tampoco de su publicidad en cuanto criterios de validez de estos acuerdos. Silencio normativo que no deja de resultar llamativo si tenemos en cuenta que la norma (párrafo segundo, art. 12.1 LETA) sí exige el registro en la oficina pública correspondiente del contrato suscrito entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente principal. Téngase en cuenta, además, que la existencia de algún tipo de publicidad al respecto resulta del todo punto conveniente dados los efectos que el acuerdo de interés profesional tiene respecto a una pluralidad, mayor o menor según los casos, de contratos individuales. Ante el silencio de la norma, quizás pueda utilizarse como registro de estos acuerdos el mismo que para los contratos individuales¹².

2.3.4. Aspectos materiales

En cuanto al contenido material de estos acuerdos, la norma prevé que a través de los mismos las partes puedan (dispositivamente, por tanto) «establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación» (art. 13.1 LETA). Con todo, no obstante esta genérica previsión respecto a su contenido material, a lo largo de la Ley es posible encontrar referencias expresas al potencial contenido de estos acuerdos. Así, respetando siempre el mínimo legal de derecho

necesario fijado por la propia LETA u otras legislaciones específicas que resulten de aplicación, objeto material de los mismos podrían serlo, entre otras, las siguientes materias:

- a) La mejora del derecho del trabajador autónomo económicamente dependiente a interrumpir su actividad anual durante 18 días hábiles (art. 14.1 LETA).
- b) La determinación del régimen de descanso semanal y festivos, la cuantía máxima de la jornada de la actividad profesional y, de computarse ésta por mes o año, su distribución semanal (art. 14.2 y 3 LETA).
- c) La exigencia de indemnizaciones por extinción de la relación contractual, así como la determinación de la cuantía (o, en su defecto, de los parámetros para establecer su cálculo) de la indemnización que en su caso pudiera corresponder a las partes (art. 15.4 LETA).
- d) El establecimiento de otras causas de interrupción justificada de la actividad profesional por parte del trabajador autónomo económicamente dependiente distintas a las legalmente previstas (art. 16.2 LETA), así como los efectos que de la interrupción de la actividad profesional pudieran derivarse para las partes (art. 16.3 LETA).
- e) La creación de órganos extrajudiciales específicos de solución de conflictos (art. 18.1 *in fine* LETA)¹³. Si así se contempla en los respectivos acuerdos, dichos órganos podrán tener capacidad para acoger en su sede los intentos (obligatorios) de conciliación y mediación previos a la tramitación del proceso judicial (art. 63 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; en adelante LRJS).

¹² A este respecto *vid.* el artículo 6 del RD 197/2009, de 23 de febrero.

¹³ Adviértase en este sentido que las asociaciones de trabajadores autónomos son titulares del derecho colectivo a «Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias colectivas de los trabajadores autónomos cuando esté previsto en los acuerdos de interés profesional» [art. 19.2 d) LETA].

- f) La determinación del procedimiento arbitral aplicable para la resolución extrajudicial de los conflictos surgidos entre las partes (art. 18.4 LETA).

Como puede apreciarse, al igual que sucede respecto del contrato individual, la práctica totalidad de estas materias tendrían carácter dispositivo para las partes legitimadas, como dispositiva es, igualmente, la adopción por su parte de estos acuerdos. Ello no obstante, frente al principio general de dispositividad material, la determinación del régimen de descanso semanal y festivos, la cuantía máxima de la jornada de la actividad profesional y, de computarse ésta por mes o año, su distribución semanal (art. 14.2 LETA) parecería constituir, también aquí y para el caso de adoptarse dichos acuerdos, una materia de obligada regulación («se determinará»). Sea como fuere, lo prevea o no la norma, parece claro que aspectos tales como la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación (personales, funcionales, etc.), de una determinada vigencia temporal e, incluso, del procedimiento a seguir para quedar afectado por lo en ellos dispuesto, habrán de formar parte necesariamente de sus respectivos contenidos materiales¹⁴.

En cualquier caso, al margen de las que pudieran derivarse de la LETA o de otras legislaciones aplicables, el contenido de estos acuerdos se halla sujeto a una serie de limitaciones expresas. En concreto, las siguientes:

- a) Se entenderán nulas y sin efectos las cláusulas de los acuerdos de interés profesional contrarias a disposiciones legales de derecho necesario (art. 13.3 LETA). Al igual que sucede con el contrato individual, también aquí entendiendo por tales, no sólo las previstas en la propia LETA sino cuantas resulten de aplicación a la relación existente entre el trabajador au-

tónomo económicamente dependiente y su cliente predominante o principal.

- b) Los acuerdos de interés profesional habrán de observar los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia (art. 13.1 LETA, *in fine*)¹⁵. Esto es, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y demás normativa de desarrollo. En este sentido, cabría plantearse si los acuerdos de interés profesional podrían pactar aspectos tales como, por ejemplo, los honorarios, haberes, comisiones o precio de los servicios que perciba el autónomo en cuanto elementos definitorios de la competencia entre las empresas o, si por el contrario, estos aspectos debieran dejarse al pacto entre las partes¹⁶. En

¹⁵ En este sentido téngase en cuenta, además, que «Los órganos jurisdiccionales del orden social serán también los competentes para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia» (art. 17.2 LETA). No es de extrañar, por tanto, que, debido a esta reiteración de los límites establecidos al respecto por el Derecho de la Competencia, se haya llegado a entender que «Se aprecia así el empeño por condicionar la validez y eficacia jurídica de estos acuerdos colectivos al imperio del Derecho de la Competencia» (MIÑARRO YANINI, M.: «Acuerdos de interés profesional y negociación colectiva: ¿falsos o «verdaderos» convenios?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 401-402, 2016, pág. 155). En realidad, el respeto a las reglas del Derecho de la Competencia vendría a actuar aquí como una especie de regla general [RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», *Diario La Ley*, núm. 8462, 2015 (La Ley 204/2015), pág. 7].

¹⁶ Según CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los acuerdos de interés profesional: un balance de la negociación llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo», *ob. cit.*, pág. 75, «los AIP consultados han incluido previsiones relativas a la «retribución» o a las «condiciones económicas» que corresponden al autónomo por la prestación de servicios comprometida, y ello en cambio no debe plantear ninguna duda, una vez superados los recelos iniciales sobre si la regulación de estas cuestiones por AIP era compatible con los límites fijados en el art. 13 LETA. La bilateralidad de la negociación les alejaría de las conductas prohibidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Baste recordar en este punto que cuando se negociaron los acuerdos revisados, la doctrina mayoritaria ya había defendido la tesis que permitía incorporar la regulación de esta materia en el contenido de los AIP apoyándose en la ausencia de prohibición expresa de negociación de precios, en

¹⁴ A modo de ejemplo de las materias objeto de negociación *vid.*, por todos, CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los acuerdos de interés profesional: un balance de la negociación llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo», *ob. cit.*, pág. 38 y siguientes.

cualquier caso, la necesidad de garantizar la integridad de las normas antitrust determina la imposibilidad de extender forzosamente el contenido de los acuerdos de interés profesional más allá de su estricto ámbito de aplicación¹⁷.

Junto a las anteriores, también habrán de tenerse en cuenta las limitaciones que derivan de la legislación civil. No en vano, los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil (art. 13.4 LETA). En este sentido, por ejemplo, «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 CC), el objeto del contrato ha de ser cierto (artículo 1261 CC) y la protección novatoria exige el consentimiento de la contraparte para la modificación de las condiciones inicialmente pactadas por las mismas»¹⁸.

2.3.5. Eficacia

Según se ha adelantado ya, la eficacia de estos acuerdos es limitada. En concreto, la misma «se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello» (art.

el reconocimiento que se hace en la LETA de la autonomía de la voluntad como principio general que sigue rigiendo las relaciones entre el autónomo y el cliente, y en la eficacia personal de los acuerdos de interés profesional lo que implica que sólo afectan con carácter normativo a quienes expresamente los aceptan, sin imponerse a terceros».

¹⁷ ROQUETA BUJ, R.: «Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional», *Temas Laborales*, núm. 114, 2012, pág. 24, para quien, por tal motivo, estarían vedadas las siguientes medidas: «Imponer a la empresa la extensión de las ventajas incluidas en los AIP a terceros ajenos a su ámbito de aplicación. Obligar a la empresa a contratar únicamente a los TRADE a los que fuera aplicable el AIP. Obligar a repercutir los precios negociados para la contraprestación de los TRADE en el precio final del producto o servicio de la empresa prestado al usuario o consumidor. Obligar a utilizar en exclusiva determinada marca de herramientas, usar tan sólo determinados medios de seguridad o concertar seguros de accidente únicamente con determinadas compañías».

¹⁸ *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo*, cit., pgs. 167 y 168.

13.4 LETA). Como puede apreciarse, se trata de una eficacia limitada y no *erga omnes* que depende, precisamente, de lo que al respecto determinen las partes firmantes.

De hecho, éstas gozan de «plena libertad para determinar la eficacia que deseen asignar a los compromisos adoptados entre ellas a este nivel colectivo, sobre la base de trasladar a este campo el principio general de la autonomía contractual; se deja así en manos de los correspondientes negociadores la elección de un amplio abanico de fórmulas jurídicas, que irían desde el simple compromiso moral de exigencia puramente por vía de las buenas prácticas sociales hasta la firma de un contrato plenamente vinculante y cuyo efectivo cumplimiento sería exigible por los cauces establecidos en un Estado de Derecho. Esta libertad de elección incluye, desde luego, la posibilidad de instituir distintos tipos de eficacia jurídica, más o menos intensa, según los contenidos de las materias pactadas en el ámbito colectivo... Y para la hipótesis de que las partes hayan optado por atribuir efectiva vinculabilidad jurídica a los pactos por ellas firmados, las partes deberían precisar también si su voluntad es que el compromiso alcance exclusivamente a los propios sujetos firmantes del pacto o trascienda éste reducido ámbito subjetivo, para extender la vinculabilidad directamente a los trabajadores autónomos y empresas a los que representan en la negociación, de modo que en este último caso tenga lugar la incorporación automática de sus cláusulas a los pactos individuales que puedan celebrar o hayan celebrado ya estos últimos»¹⁹. En este sentido recuérdese que toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos, será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento [párrafo segundo, art. 3.2 LETA].

¹⁹ *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo*, cit., pgs. 167 y 168.

Y aun cuando las partes decidieran otorgar al pacto la máxima eficacia posible, dicho acuerdo sólo podrá alcanzar a los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados a las asociaciones o sindicatos firmantes²⁰. Y tampoco a todos, sino únicamente a los que hayan prestado consentimiento expreso al respecto, muy probablemente a través del contrato suscrito con el cliente o mediante documento habilitado al efecto en la correspondiente asociación o sindicato²¹. En todo caso, la exigencia de dicho consentimiento por parte del trabajador autónomo económicamente dependiente permite deducir que, además de limitada, la eficacia de los acuerdos de interés profesional suscritos es indirecta. Repárese que, aun hallándose afiliado a la asociación o sindicato firmante del respectivo acuerdo, éste no podrá resultar de afectación al trabajador autónomo económicamente dependiente en tanto el mismo no preste su consentimiento expreso. Y de faltar dicho consentimiento, la relación del citado trabajador autónomo habrá de regirse por lo establecido en el contrato civil o mercantil suscrito con el cliente al amparo de las previsiones de la LETA y demás normativa específica aplicable.

A este respecto adviértase, por lo demás, que la norma silencia toda referencia al consentimiento del cliente predominante. Fundamentalmente porque está pensando en acuerdos de interés profesional suscritos entre la entidad (asociación o sindicato) representati-

va del trabajador autónomo económicamente dependiente y la empresa-cliente; esto es, en acuerdos de ámbito empresarial o inferior. Ahora bien, de admitirse la posibilidad de celebrarse acuerdos de interés profesional de ámbito superior al de la empresa, ninguna duda cabe de que, para su válida aplicación a la relación civil o mercantil subyacente, el cliente habrá de prestar su consentimiento. No en vano, en tales supuestos, el criterio de la eficacia limitada resultará extensible en similares términos a las empresas-clientes afiliadas a las asociaciones empresariales firmantes.

Por lo demás, a salvo de que los mismos presten consentimiento expreso en tal sentido, el acuerdo adoptado no podrá alcanzar, en ningún caso, a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (y, en su caso, empresas-clientes), que no estén afiliados o representados de otro modo por las partes firmantes. Asimismo, los acuerdos de interés profesional no podrán resultar de aplicación a la relación profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente con sus potenciales clientes secundarios y distintos del predominante o principal; incluso, aun en los supuestos en que, tratándose de acuerdos de interés profesional de ámbito superior al de la empresa, aquellos clientes se hallen afiliados y/o representados por las asociaciones firmantes de los citados acuerdos.

A salvo de acuerdo expreso entre las partes (trabajadores autónomos económicamente dependientes y clientes secundarios) en tal sentido, los acuerdos de interés profesional únicamente afectarían a la relación profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente con su cliente principal. En este último sentido, recuérdese que los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil (art. 13.4 LETA). De ahí que resulten de aplicación las dos siguientes reglas civiles: «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación

²⁰ En este sentido *vid.* la STS 30 de noviembre de 2015 (RJ 2016, 44). Al respecto cfr., asimismo, las SSAN (2) 24 de abril de 2014 (recs. 55 y 58/2014), 27 de mayo de 2015 (JUR 2015, 157543) y 16 de febrero de 2016 (JUR 2016, 45638). Esta última comentada por MIÑARRO YANINI, M.: «Acuerdos de interés profesional y negociación colectiva: ¿falsos o «verdaderos» convenios?», *ob. cit.*, pág. 154 y siguientes.

²¹ Precisamente por ello, de haberse prestado el correspondiente consentimiento, en el contrato de que se trate deberá constar necesariamente «El acuerdo de interés profesional que, en su caso, sea de aplicación, siempre que el trabajador autónomo económicamente dependiente dé su conformidad de forma expresa» [art. 4.2 e) RD 197/2009]. La mención del acuerdo de interés profesional, en su caso, aplicable deberá constar también en el registro del correspondiente contrato (último inciso del art. 6.2 del RD 197/2009).

al obligado antes de que haya sido aquélla revocada (artículo 1257 CC)»²².

En fin, nada se prevé en la norma en relación a la posible concurrencia respecto de una misma actividad profesional de dos o más acuerdos de interés profesional por lo que habrá de estarse a la realidad de las cosas.

2.3.6. Otros aspectos

En los términos que más adelante se indicarán y a salvo siempre de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia, pese a su naturaleza civil (art. 13.4 LETA), los órganos jurisdiccionales del orden social serán asimismo competentes para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional (art. 17.2 LETA)²³. A tal efecto, establece el artículo 17.3 de la LRJS que «Las organizaciones de trabajadores autónomos tendrán legitimación para la defensa de los acuerdos de interés profesional por ellos firmados». El procedimiento y modo en que dicha defensa habrá de llevarse a cabo es cuestión que silencia la norma. Precisamente por ello se echa de menos la articulación de una modalidad procesal específica, similar a las previstas en la LRJS en relación a los procesos de conflictos colectivos (arts. 153 y siguientes LRJS) y, sobre todo, de impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y siguientes LRJS).

²² *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo*, cit., pg. 168.

²³ Sobre la competencia del orden social de la jurisdicción en relación a la vertiente «colectiva» del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes *vid.* la letra d) del artículo 2 de la LRJS: «Los órganos jurisdiccionales del orden social, ..., conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: ... d) En relación con el régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, de los trabajadores autónomos económicamente dependientes a que se refiere la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo ...».

2.4. Falsos autónomos: los convenios colectivos

Por razones obvias, no existen en nuestro ordenamiento jurídico referencias normativas relativas a la defensa colectiva de los derechos de los «falsos autónomos». En realidad, aunque aparentemente autónomos, este tipo de trabajadores no serían sino trabajadores por cuenta ajena desde la perspectiva del Derecho interno. De hecho, excluyendo ahora a los funcionarios públicos, los trabajadores o lo son por cuenta propia (autónomos ordinarios o autónomos económicamente dependientes) o lo son por cuenta ajena. De ahí que, al igual que a estos últimos, a los denominados «falsos autónomos» les resulte aplicable el régimen jurídico laboral en cada momento vigente. Lo que refiere a sus derechos individuales y, por supuesto también, a sus derechos colectivos.

Lógicamente, cuestión distinta y en absoluto sencilla es cómo y cuándo se adquiere la condición de «falso autónomo»²⁴. Y es que, como ha quedado dicho, ni en el Estatuto de los Trabajadores ni en la LETA existe una categoría semejante. Por tal motivo, la consideración de «falso autónomo» suele derivar en la mayoría de los casos de un reconocimiento judicial; reconocimiento que, generalmente ante supuestos de utilización abusiva y fraudulenta de la categoría del trabajo autónomo, atribuiría al trabajador formalmente autónomo su verdadera condición de trabajador por cuenta ajena.

Desde este punto de vista, tan pronto como se declare que un trabajador es un «falso autónomo» y, por tanto, un trabajador por cuenta ajena, le será de aplicación el convenio colectivo que corresponda. Incluso con carácter retroactivo si es que su condición laboral se declara con tal efecto. Solución que, en cambio, no resultará aplicable a quien, no siéndolo

²⁴ Dando buena cuenta de la dificultad del tema cfr. Molina Navarrete, C.: «¿Qué fue de los «TRA(U)DES»? El evanescente mundo de los (¿«falsos»? autónomos)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 401-402, 2016, pág. 145 y siguientes.

en realidad, formalmente siga prestando sus servicios como trabajador autónomo y no solicite y obtenga en el tiempo una declaración de «falso autónomo».

A buen seguro, este último es, quizás, el problema más importante desde un punto de vista práctico. La existencia de «falsos autónomos» no declarados. Y es que no todos los trabajadores autónomos que lo son solo en apariencia (que los hay y muchos) solicitan y obtienen un reconocimiento en tal sentido. Muchas y variadas son las hipótesis que justifican en la práctica el que ello sea efectivamente así. Con todo, unas y otras suelen tener como denominador común la precariedad laboral a la que estos trabajadores se encuentran sometidos.

En cualquier caso, se insiste; solo si se reconoce la naturaleza laboral de sus servicios profesionales podremos aplicar el convenio colectivo que corresponda. En caso contrario, y con la excepción hecha de los acuerdos de interés profesional, no cabe extender la negociación colectiva a los trabajadores autónomos. Y ello por más que lo sean solo aparentemente.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SUPUESTO FNV KUNSTEN INFORMATIE EN MEDIA

3.1. Consideraciones previas

Expuesto hasta el momento presente el régimen jurídico aplicable en nuestro país a la actividad colectiva de defensa de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos, procede a continuación dar cuenta de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el supuesto FNV *Kunsten Informatie en Media*.

Teniendo en cuenta la especificidad e importancia del tema, el análisis de la citada doctrina y su incidencia en el ordenamiento jurídico español aconseja la previa exposición

de los datos básicos de la sentencia comentada de un modo intencionadamente descriptivo (apartado 2). Por idéntica razón, este criterio metodológico se seguirá igualmente en la exposición del problema suscitado (apartado 3) de modo que el mismo pueda ser más fácilmente aprehendido por los muy diversos destinatarios de este trabajo.

3.2. Datos básicos de la sentencia objeto de análisis

En concreto, los datos básicos de la sentencia comentada son los que a continuación se indican:

- *Sentencia estudiada*: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de fecha 4 de diciembre de 2014.
- *Asunto*: C-413/13, Caso FNV *Kunsten Informatie en Media* contra *Staat der Nederlanden*.
- *Órgano jurisdiccional remitente*: cuestión prejudicial planteada por el *Gerechtshof te 'sGravenhage* (Países Bajos).
- *Ponente*: Sr. D. Antonio Tizzano.
- *Fallo*: El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que únicamente quedará excluida del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE, apartado 1, la disposición de un convenio colectivo que establezca unos honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios que esté afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebran dicho convenio y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste en el supuesto de que este mismo prestador sea un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores. Corresponde al tribunal remitente proceder a tal apreciación.

3.3. El problema suscitado

3.3.1. Los antecedentes de hecho

Los antecedentes de hecho de los que parte la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son, de forma resumida, los siguientes:

- En los Países Bajos a los trabajadores autónomos neerlandeses les asiste el derecho a afiliarse a cualquier sindicato o asociación patronal o profesional. Por consiguiente, según la ley de convenios colectivos las organizaciones patronales y las de trabajadores pueden celebrar convenios colectivos en nombre no sólo de los trabajadores por cuenta ajena sino también de prestadores autónomos de servicios que sean miembros de dichos colectivos.
- Durante 2006 y 2007 la organización sindical *FNV Kunsten Informatie en Media* (en adelante, FNV) y la asociación de trabajadores *Nederlandse toonkunstenbond* (asociación de músicos), por una parte, y la asociación empresarial *Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten* (federación de fundaciones de músicos sustitutos de orquesta), por otra, celebraron un convenio colectivo para los músicos sustitutos de orquesta (en lo sucesivo, «sustitutos»).
- Una de las previsiones de dicho convenio colectivo era el abono de una serie de honorarios mínimos, no sólo a los sustitutos empleados por contrato laboral (en lo sucesivo, «sustitutos por cuenta ajena»), sino también a los sustitutos que ejercieran su actividad a través de un contrato por obra o servicio los cuales no tenían, a efectos del propio convenio, la consideración de «trabajadores» (en lo sucesivo, «sustitutos autónomos»). En concreto, el anexo 5 de dicho convenio de trabajo establecía que los sustitutos autónomos debían percibir al menos los honorarios de ensayo y concierto negociados para los sustitutos por cuenta ajena, más un incremento del 16%.
- En diciembre de 2007, la autoridad neerlandesa publicó un documento de análisis en el que declaraba que las disposiciones de convenios colectivos que establecieran honorarios mínimos para los sustitutos autónomos no escaparían al ámbito de aplicación del artículo 6 de la ley belga de la competencia y del entonces artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, apartado 1, a los efectos de la sentencia *Albany* (C-67/96). Y es que según la citada autoridad los convenios colectivos en virtud de los que se regulan contratos por obra o servicio ven alterada su naturaleza jurídica y adquieren el carácter de acuerdo interprofesional, porque son negociados, por parte sindical, por una organización que, a este respecto, no actúa como asociación de trabajadores sino como agrupación de autónomos.
- Tras dicho pronunciamiento, la asociación empresarial *Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten* y la asociación de trabajadores *Nederlandse toonkunstenbond* denunciaron el convenio colectivo y renunciaron a celebrar otro que recogía una disposición relativa a los honorarios mínimos de los sustitutos autónomos. Por el contrario, la organización sindical interpuso recurso ante el tribunal de instancia (*Rechtbank Den Haag*) al objeto de que, por una parte, dicho tribunal declarase que ni el Derecho de defensa de la competencia de los Países Bajos ni el de la Unión Europea obstan a que las disposiciones de los convenios colectivos obliguen a los empresarios a respetar unos honorarios mínimos no sólo a los sustitutos por cuenta ajena sino también a los sustitutos autónomos y, por

otra parte, se ordenase al Estado neerlandés que rectificase el punto de vista expuesto por su autoridad de la competencia en su documento de análisis.

- El tribunal de instancia señaló que tales disposiciones no cumplieran con uno de los dos requisitos acumulativos que permiten eludir la aplicación del Derecho de defensa de la competencia de la Unión a efectos de las sentencias *Albany* (C-67/96), *Brentjens'* (C-115/97 a C117/97), *Drijvende Bokken* (C-219/97) y *van der Woude* (C-222/98). Para el citado tribunal la fijación de honorarios que prevén dichas disposiciones, en primer lugar, debe derivar de la concertación social y haber sido celebrada como convenio colectivo entre organizaciones empresariales y organizaciones de trabajadores y, en segundo lugar, debe contribuir directamente a la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores. Según ese mismo tribunal, la disposición en cuestión no contribuye directamente a la mejora de las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores. Por tal motivo, se desestimaron las pretensiones de FNV.
- FNV recurrió contra dicha resolución ante el tribunal superior (*Gerechtshof te 'sGravenhage*) invocando un solo motivo, que plantea la cuestión de si la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia que se recoge en el artículo 101 TFUE, apartado 1, es de aplicación a las disposiciones de convenios colectivos que establezcan unos honorarios mínimos para los prestadores autónomos de servicios que realicen para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste.

3.3.2. *Las cuestiones prejudiciales planteadas*

Llegados a este punto, el tribunal superior decidió suspender el procedimiento y plantear

al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

- ¿Debe interpretarse la normativa de competencia del Derecho de la Unión en el sentido de que una disposición de un convenio colectivo celebrado entre asociaciones empresariales y asociaciones de trabajadores en la que se determina que los autónomos que, sobre la base de un contrato por obra o servicio, realizan para un empresario el mismo trabajo que los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo deben percibir unos honorarios mínimos determinados queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE por el hecho de que figure en un convenio colectivo?
- En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿dicha disposición queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE también en el caso de que la misma persiga en particular mejorar las condiciones laborales de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, y es relevante a este respecto si con dicha disposición se mejoran las condiciones laborales directamente o sólo de forma indirecta?

En definitiva, lo que se pregunta por parte del tribunal remitente es si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que quedará fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE la disposición de un convenio colectivo que establezca unos honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios que esté afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebran dicho convenio y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste²⁵.

²⁵ Más resumidamente, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea:

3.3.3. *Las normas en presencia*

A. Normativa nacional

Por cuanto ahora interesa, varias son las normas de distinto orden y alcance que resultan aplicables al supuesto ahora debatido.

Así, en el plano estrictamente laboral, el artículo 1 de la ley belga de negociación colectiva (*Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst*) establece lo siguiente: «1. Se entenderá por convenio colectivo el acuerdo celebrado entre uno o varios empresarios o una o varias asociaciones empresariales dotadas de plena capacidad jurídica, por un lado, y una o varias asociaciones de trabajadores dotadas de plena capacidad jurídica, por otro, en virtud del cual se regulen, exclusiva o principalmente, las condiciones laborales que deban respetarse en el marco de los contratos de trabajo. 2. Los convenios colectivos también podrán referirse a contratos de obra y de servicios. En tal caso, serán de aplicación *mutatis mutandis* las disposiciones de la presente Ley que sean relativas a contratos de trabajo, empresarios y trabajadores».

Por su parte, desde el prisma de la defensa del Derecho de la Competencia y en términos similares a los previstos en el artículo 101.1 TFUE, el artículo 6.1 de la ley belga de la competencia (*Mededingingswet*) dispone lo siguiente: «Estarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o

el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio colectivo», La Ley Unión Europea, núm. 24, 2015 (*La Ley 2522/2015*), pág. 10, señala que lo que en último término se pregunta es «es, si el simple hecho de aparecer en el seno de un convenio colectivo los honorarios mínimos de los trabajadores autónomos excluye la excepción a la aplicación del art. 101 TFUE y, para el caso de que se considere que no ha extenderse tal exclusión, ¿es indiferente el hecho de que, como ocurre en el supuesto litigioso, tales condiciones retributivas de los trabajadores autónomos puedan influir en las del resto de los trabajadores asalariados que compiten con aquellos en el marco del mismo sector de actividad?».

falsear la competencia en el mercado neerlandés o parte del mismo». A lo que en su artículo 16.A añade: «El artículo 6, apartado 1, no se aplicará: ... A. A los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 1, apartado 1, de la Ley de convenios colectivos».

B. Normativa comunitaria

Como ha quedado dicho, el precepto comunitario afectado en este supuesto es el artículo 101.1 TFUE (antiguo art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea) cuyo tenor literal, del que parte la normativa belga, es el siguiente: «Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos».

3.3.4. *La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Sobre la base de cuanto se acaba de señalar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba estableciendo la siguiente doctrina básica:

- Con carácter general, los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para la mejora de las condiciones de trabajo y empleo no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE.
- Ahora bien, en la medida en que una organización que representa a trabajadores (por cuenta ajena y autónomos) entre en negociaciones en nombre y por cuenta de los trabajadores autónomos que son miembros de esa organización, ésta no estará actuando en condición de sindicato y, por tanto, de interlocutor social, sino que lo hará, en realidad, como asociación de empresas.
- Las disposiciones de convenios colectivos celebradas por organizaciones de trabajadores (por cuenta ajena y autónomos) pero en nombre y por cuenta de los trabajadores autónomos que son miembros de las mismas, no son resultado de una negociación colectiva que tenga lugar entre interlocutores sociales y, en razón de su naturaleza, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE.
- Lo anterior no desvirtúa la posibilidad de que una disposición de convenio colectivo sí pueda considerarse resultado del diálogo social en el supuesto de que el trabajador en cuyo nombre y por cuya cuenta ha negociado el sindicato sea en realidad un «falso autónomo»; es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena.
- Con independencia de la naturaleza de los contratos suscritos, corresponde a los tribunales nacionales determinar quién es trabajador autónomo y quién «falso autónomo».
- En su caso, las disposiciones de convenios colectivos que fijen unos honorarios mínimos para aquellos trabajadores que sean declarados «falsos autónomos» no quedarán sometidas, en razón de su naturaleza y objeto, al ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE. Pero sí si dichos trabajadores tienen la consideración trabajadores autónomos.

4. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

4.1. Consideraciones previas

Tratándose como se trata de Derecho originario de la Unión Europea, ninguna duda cabe de que el artículo 101.1 del TFUE resulta plenamente aplicable al ordenamiento jurídico español. De hecho, el artículo 1.1 de nuestra Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, constituye una transcripción casi literal de dicho precepto: «Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos». De ahí

que cuanto en adelante se diga en relación con el artículo 101.1 del TFUE resultará asimismo predicable de lo previsto en el artículo 1.1 de nuestra ley de competencia.

Mayores problemas plantea, sin embargo, el alcance de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la validez, en todo o en parte, de los acuerdos de interés profesional que la LETA contempla respecto de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o de los convenios colectivos que pudieran contener alguna previsión específica atinente a los trabajadores autónomos (ordinarios o económicamente dependientes).

Precisamente por ello, a continuación tratará de analizarse la incidencia de la Sentencia *FNV Kunsten Informatie en Media* en el ordenamiento jurídico español. Análisis que, sobre la base de cuanto se ha señalado hasta el momento presente, se efectuará teniendo en cuenta diversos puntos de vista: territorial, subjetivo y material. Vayamos por partes.

4.2. Incidencia desde el punto de vista territorial

La primera de las cuestiones que se plantean con ocasión de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la del alcance territorial de la problemática suscitada. Esto es, si para que la misma resulte aplicable deviene necesario que los conflictos de competencia planteados afecten o no al comercio intracomunitario. De tal manera que si dichos conflictos se plantean únicamente en el ámbito puramente interno de un Estado miembro el Derecho de la Unión no sería aplicable. No en vano el artículo 101.1 TFUE refiere de forma expresa «al comercio entre los Estados miembros».

Por descontado, claro queda la competencia del Derecho de la Unión en los conflictos comerciales que trasciendan del ámbito territorial de un único Estado miembro. Sin lugar a dudas, a tales conflictos les será de apli-

cación tanto el artículo 101.1 TFUE como la doctrina dictada al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ahora bien, como este mismo órgano se encarga de señalar en la sentencia analizada, «el Tribunal de Justicia se ha declarado en repetidas ocasiones competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en supuestos en los que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación directa del Derecho de la Unión, siempre que dichas disposiciones hubieran sido declaradas aplicables por el Derecho nacional, al atenerse, para resolver una situación puramente interna, a las soluciones adoptadas por el Derecho de la Unión. Efectivamente, es jurisprudencia reiterada que en tales supuestos existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse»²⁶.

Así las cosas, los conflictos de competencia que pudieran plantearse en el exclusivo ámbito territorial de un único Estado (en este caso, España) también podrían ser objeto de interpretación con cargo al artículo 101.1 TFUE. Máxime si, como sucede también en España, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, no pretende otra cosa que armonizar el Derecho nacional de defensa de la competencia con el de la Unión Europea.

Desde este particular punto de vista resultan revisables, pues, tanto los convenios y/o acuerdos colectivos españoles que pudieran contener alguna previsión específica en favor de los trabajadores autónomos (ordinarios o económicamente dependientes) como los acuerdos de interés profesional celebrados respecto de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Ya refieran unos u

²⁶ Citando la STJUE *Allianz Hungária Biztosító* y otros de 25 de octubre de 2012 (asunto C32/11).

otros a conflictos que, en el ámbito de la Unión Europea, trasciendan del Estado español, cuanto a conflictos exclusivamente planteados en nuestro territorio.

4.3. Incidencia desde el punto de vista subjetivo

Tal y como se desprende de la sentencia objeto de comentario, los trabajadores autónomos en general tendrían la consideración de empresas (que no exactamente la consideración de empresarios) a los efectos del artículo 101.1 del TFUE. Y es que, aun cuando puedan llevar a cabo la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena, «ofrecen sus servicios en un determinado mercado» y «respecto de sus comitentes, ejercen su actividad como operadores económicos independientes» (fundamento 27). De ello se deduce, a su vez, que toda organización sindical que en su caso pudiera representarles (cual ocurre en España), no actuaría «en condición de sindicato y, por tanto, de interlocutor social, sino que lo hará, en realidad, como asociación de empresas» (fundamento 28)²⁷.

Por el contrario, sostiene el Tribunal Europeo que «un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo» (fundamento 33)²⁸. De ahí que «la calificación de «prestador autónomo» con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser califi-

cada de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral» (fundamento 35)²⁹. Nótese en este sentido que «el propio concepto de «trabajador» debe definirse conforme a criterios objetivos, que caracterizan la relación laboral con arreglo a los derechos y deberes de las personas afectadas»; siendo característica esencial de la relación laboral a este respecto que «una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales cobra una retribución» (fundamento 34)³⁰.

De este modo, acudiendo a un concepto amplio de trabajador por cuenta ajena (en ocasiones, incluso, con independencia de lo previsto en las legislaciones nacionales), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba sosteniendo que «el estatuto de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión no se ve afectado por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, sea por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo, que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario y que esté integrada en la empresa durante el período de la relación laboral y, de este modo, forme con ella una unidad económica» (fundamento 36)³¹.

En cualquier caso, determinar quién es empresa (trabajador por cuenta propia, con o sin trabajadores a su servicio) o «falso autónomo»

²⁹ En esta ocasión, con cita de la STJUE *Allonby* de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01).

³⁰ Citando las SSTJUE *L. N.* de 21 de febrero de 2013 (asunto C-46-12) y *Haralambidis* de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-270/13).

³¹ En esta ocasión con cita de las SSTJUE *Allonby* de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01), *Agegate* de 14 de diciembre de 1989 (asunto C-3/87) y *Becu* y otros de 16 de septiembre de 1999 (asunto C-22/98).

²⁷ En detalle sobre las diferencias entre trabajadores por cuenta propia y ajena *vid.* las conclusiones del Abogado General *Wahl* (especialmente, punto 43 y siguientes).

²⁸ Citando la STJUE Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio de 14 de diciembre de 2016 (asunto C-217/05).

mo» (trabajador por cuenta ajena fraudulentamente autónomo o, en su caso, trabajador por cuenta propia en situación comparable a los trabajadores por cuenta ajena) en los términos indicados es cuestión que compete al juez nacional. Cuestión no siempre sencilla en la práctica³². Y es que como sostiene el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea «en las circunstancias económicas actuales no siempre es fácil determinar si determinados prestadores autónomos, ..., son o no empresas» (fundamento 32)³³.

Sea como fuere, a los efectos que ahora interesan queda claro que quienes en su caso sean declarados «falsos autónomos» (ya sea por la vía de la preterición del fraude o por la de la situación comparable con el trabajo por cuenta ajena) no tendrán la consideración de empresas sino de trabajadores por cuenta ajena. De ahí que, con carácter general, las condiciones de mejora del empleo y del trabajo de estos últimos trabajadores (generalmente establecidas en los convenios colectivos que les resulten de aplicación) queden en la mayoría de los casos al margen de lo previsto en el artículo 101.1 del TFUE (fundamentos 38 y 39).

Ahora bien, llegados a este punto, cabría plantearse qué calificación subjetiva correspondería atribuir desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (no fraudulentos) previstos en el ordenamiento jurídico español. Y es que si bien es cierto que desde el punto de vista del Derecho nacional este tipo de trabajadores compartiría la naturaleza de prestadores de servicios autónomos (art. 11 y siguientes de la LETA), adviértase «que el concepto de «falso autónomo» que

maneja la jurisprudencia comunitaria es más amplio que el utilizado de forma usual por la nacional»³⁴.

La cuestión no es en absoluto baladí. No en vano, de cuál sea la respuesta finalmente adoptada dependerá, en mayor o menor medida, la adecuación de los acuerdos de interés profesional al Derecho de la Competencia³⁵. Así, por ejemplo, de integrar los trabajadores autónomos económicamente dependientes el concepto de «falso autónomo» que maneja el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la validez de los acuerdos de interés profesional quedaría reforzada en sus aspectos generales de forma similar a como ha sucedido con los convenios colectivos³⁶. En cambio, de constituir aquellos verdaderos trabajadores autónomos (recuérdese, empresas desde el punto de

³⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: «La «vinculación» a la jurisprudencia comunitaria como condición de efectividad de la tutela judicial: impacto socio-laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 394, 2016, pág. 9.

³⁵ Como señala el Abogado General Wahl en sus conclusiones (puntos 51 y 52) «en las actuales circunstancias económicas, la diferencia entre las categorías tradicionales de asalariado y autónomo a veces es algo borrosa. ... debe tenerse presente que existen algunos autónomos que, en lo que respecta a su relación profesional con clientes o potenciales clientes, están en una situación bastante similar a la que suele existir entre un asalariado y su empresario. En particular, es posible que algunos autónomos gocen de muy poca independencia por lo que respecta al momento, lugar y modo de desarrollar las tareas que le han sido encomendadas. También cabe que se encuentren en una posición relativamente débil en la mesa de negociación, en particular por lo que a la retribución y a las condiciones de trabajo se refiere. Esto es particularmente cierto en el caso de los «falsos autónomos», es decir, trabajadores que se revisten de esa condición para evitar la aplicación de alguna legislación específica (por ejemplo, la normativa laboral o fiscal) que el empresario considera desfavorable. Otro ejemplo es el de los trabajadores por cuenta propia que dependen económicamente de un único (o principal) cliente».

³⁶ Para MIÑARRO YANINI, M.: «Acuerdos de interés profesional y negociación colectiva: ¿falsos o «verdaderos» convenios?», ob. cit., pág. 159, aunque modulada en la práctica, la preservación y/o compatibilidad de los acuerdos de interés profesional frente al Derecho de la Competencia podría venir dada en atención a «la noción laxa de la categoría de «falsos autónomos» que exhibe la jurisprudencia del TJUE, que no identifica necesariamente con prácticas fraudulentas sino con la figura de «prestador en situación comparable a la de los trabajadores»».

³² Al respecto cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: «¿Qué fue de los «TRA(U)DES»? El evanescente mundo de los (¿«falsos»?) autónomos», ob. cit., pág. 145 y siguientes.

³³ Al respecto *vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: «Editorial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 401-402, 2016, pág. 10, quien avanza que cuando se trate de «falsos autónomos» no es «legítimo identificar este concepto jurídico con la noción nacional de situaciones fraudulentas de trabajo autónomo».

vista del Derecho de la Competencia, aunque no necesariamente empresarios), la validez de los citados acuerdos se haría depender de su efectiva concurrencia o no con el Derecho de la Competencia en los términos que a continuación se indicarán.

No habiéndose pronunciado todavía sobre ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de manera específica (como tampoco nuestros tribunales), debemos atender de momento al carácter de verdaderos trabajadores autónomos (y, por tanto, empresas a los efectos que ahora interesan) de los trabajadores autónomos económicamente dependientes *ex* artículo 11 y siguientes de la LETA. Carácter que (ya se trate de trabajadores autónomos ordinarios o económicamente dependientes) lógicamente desaparecerá cuando, por apreciar la existencia de un fraude de ley, los órganos de la jurisdicción social declaren la existencia de un «falso autónomo» en el sentido nacional (trabajador por cuenta ajena).

Con todo, ha de reconocerse que «aunque la sentencia utiliza la expresión «falsos autónomos», su lectura permite entender fácilmente que no se trata solo de los supuestos encubiertos de trabajo subordinado bajo la utilización fraudulenta de formas de trabajo por cuenta propia, sino también de aquellos supuestos en los que la situación real del calificado como trabajador autónomo se acerca materialmente a la figura de trabajador subordinado, entre los que se pueden encontrar algunos de los que la ley, con un exceso de voluntarismo, califica de trabajadores autónomos económicamente dependientes, con la única garantía de no tener trabajadores a su cargo, no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores y de desarrollar su actividad con criterios organizativos propios»³⁷.

³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», *ob. cit.*, pág. 7, quien recuerda que «tanto el concepto de trabajador autónomo como el de trabajador subordinado, a efectos del Derecho europeo de la competencia, son conceptos europeos, que priman sobre las respectivas calificaciones nacionales». Siguiendo a este autor, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Convenio

A la espera de futuros pronunciamientos judiciales al respecto, parece claro que en cada caso habrá de estarse a la realidad de las cosas sin que puedan establecerse en esta compleja materia conclusiones generales. No en vano, aun tratándose de una misma actividad profesional, la prestación del servicio autónomo puede organizarse de muy diversas formas. Aún así, ninguna duda cabe de que en la práctica la aproximación al concepto europeo de «falso autónomo» (en esta ocasión, por la vía de la situación comparable al trabajo por cuenta ajena) será mayor cuanto mayor sea a su vez la dependencia (no solo económica) del trabajador autónomo económicamente dependiente del cliente principal. Repárese en este último sentido que, aun considerando empresas a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, tanto el artículo 102 del TFUE como el artículo 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, prohíben expresamente la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado³⁸.

colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio colectivo», *ob. cit.*, pág. 13, entiende abiertamente que dentro del concepto europeo de «falsos autónomos» entrarían los trabajadores autónomos económicamente dependientes españoles.

³⁸ Tomando en consideración el artículo 102 del TFUE, «El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos» (art. 2.2 Ley 15/2007, de 3 de julio).

En cualquier caso, adviértase con ROQUETA BUJ, R.: «Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional», *ob. cit.*, pág. 24, que «es difícil que pueda apreciarse en los AIP abuso de posición de dominio, habida cuenta el pluralismo de las vías de canalización de la

4.4. Incidencia desde el punto de vista material

4.4.1. Contratos profesionales

Como no podría ser de otra manera, la jurisprudencia europea que ahora se comenta no incide de manera directa en los contratos profesionales como fuente específica del trabajo autónomo [art. 3.1 c) y 2 de la LETA]. De ahí que resulte aquí de aplicación cuanto con anterioridad se dijera al respecto en relación al Derecho interno.

4.4.2. Acuerdos de interés profesional

Tal y como ha tenido ocasión de señalarse, desde el punto de vista del artículo 101.1 del TFUE bien pudiera entenderse que los trabajadores autónomos económicamente dependientes tendrían la consideración de empresas (que no necesariamente, se insiste, de empresarios). Precisamente por ello, la confrontación entre los acuerdos de interés profesional (en cuanto manifestación de su derecho a la negociación colectiva profesional) y el Derecho de la Competencia se encuentra más que servida³⁹. Dicho con otras palabras, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *FNV Kunsten Informatie en Media* «la puesta en entredicho de los acuerdos de

interés profesional es obvia»⁴⁰. Al menos, de momento.

En este sentido recuérdese que, aun no tratándose de acuerdos de interés profesional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había declarado sujetos al Derecho de la Competencia los acuerdos colectivos llevados a cabo por profesionales liberales (trabajadores autónomos) para la mejora de sus condiciones de empleo y trabajo. Y ello sobre la base de que las normas originarias de la Unión Europea no contienen previsión alguna que incite a los miembros de profesiones liberales (trabajadores autónomos) a celebrar acuerdos colectivos destinados a mejorar tales condiciones⁴¹. Argumento que ahora se vuelve a reproducir en los siguientes términos: «aun cuando el Tratado prevé que se desarrolle un diálogo social, no contiene ninguna disposición, similar a los artículos 153 TFUE y 155 TFUE y a los artículos 1 y 4 del Acuerdo sobre la política social, que incite a los prestadores autónomos a abrir dicho diálogo con los empresarios a los que prestan sus servicios a través de un contrato por obra o servicio y, por tanto, a celebrar con ellos acuerdos colectivos destinados a mejorar sus propias condiciones de empleo y de trabajo» (fundamento 29). En cambio, en los términos que más adelante se indicarán, había dejado fuera del ámbito de aplicación del citado Derecho a los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales y empresarios; esto es, los convenios colectivos⁴².

Así las cosas, perfectamente podría sostenerse que los acuerdos de interés profesional quedan plenamente sujetos al Derecho de la

representación de los TRADE y el carácter libre que tienen los AIP para quien los firma. Además, para que la imposición de precios y otras condiciones comerciales o de servicios pueda ser considerada abusiva es preciso que éstos no sean equitativos [art. 2.a) LDC], siendo que los AIP han sido ideados por la LETA con la precisa finalidad de negociar las condiciones de trabajo de los TRADE. Y, en fin, en este contexto también resulta difícil que la presión para la obtención de un AIP pueda llegar a ser considerada abusiva ya que la negativa a la prestación de servicios ha de ser «injustificada» para merecer la calificación de explotación abusiva de la posición de dominio [art. 2.2.c) LDC].

³⁹ En este sentido cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: «La «vinculación» a la jurisprudencia comunitaria como condición de efectividad de la tutela judicial: impacto socio-laboral», ob. cit., pág. 9.

⁴⁰ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», Trabajo y Derecho, núm. 3, 2015 (La Ley 204/2015), págs. 4 y 7.

⁴¹ STJUE *Pavlov* y otros de 12 de septiembre de 2000 (asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98) en relación a un fondo profesional de pensiones en el que se había previsto la afiliación obligatoria de todos los colegiados médicos.

⁴² STJUE *Albany International BV* de 21 de septiembre de 1999 (asunto C 67/96). Al respecto *vid. infra*.

Competencia al constituir acuerdos empresariales en el sentido del artículo 101.1 del TFUE⁴³. De hecho, así lo ha venido reconociendo la propia LETA desde el principio al establecer en su artículo 13.1 *in fine* (bien es verdad que de forma excesivamente genérica) que «los acuerdos de interés profesional habrán de observar los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia»⁴⁴.

Ahora bien, el que ello fuera así no significa en absoluto que la celebración de este tipo de acuerdos viole, siempre y en todo caso, el Derecho de la Competencia. Y es que dichos acuerdos podrían no hallarse prohibidos cuando concurriera justificación en los términos previstos en el artículo 101.3 del TFUE: «No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: – cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, – cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, – cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de

una parte sustancial de los productos de que se trate»⁴⁵.

Lo cual, como ha tenido ocasión de señalarse «no implica la ineficacia sin más de estos acuerdos, pero sí el sometimiento a un adecuado test de ponderación, en el que las cláusulas a favor de los trabajadores autónomos económicamente dependientes se valoren en términos de mejora de la producción o de la distribución o de progreso económico»⁴⁶. Lógicamente, siendo ello así, cuestión distinta es la de determinar si, estando sometidos al Derecho de la Competencia, el concreto contenido de todos y cada uno de los posibles acuerdos de interés profesional suscritos viola o no, en todo o en parte, el citado Derecho. Circunstancia ésta absolutamente determinante a los efectos que ahora interesan ya que, por ejemplo, «la restricción de la competencia puede ser insignificante, o estar justificada por razones perentorias y con arreglo al principio de proporcionalidad»⁴⁷.

Adviértase, en cualquier caso, que en la materia que ahora nos ocupa la regla general viene establecida en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE, constituyendo su apartado 3 una excepción. De ahí que, en su caso, pudiera entenderse de entrada que los acuerdos de interés profesional se encontrarían prohibidos por el Derecho de la Competencia salvo que se demostrara su justificación en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 101 del TFUE. Justificación que, por descontado, correspondería llevar a cabo a quien (parte o autoridad) pretenda salvar su validez⁴⁸.

⁴³ Desde esta perspectiva, para ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio colectivo», ob. cit., pág. 13, «la negociación de condiciones de trabajo de manera colectiva entre trabajadores autónomos y empresa, entraría de lleno en la prohibición contenida en tal precepto. Se trataría de un simple acuerdo entre empresas destinado a falsear la libre competencia y, por tanto, sería nulo».

⁴⁴ De este modo se habría pretendido «efectuar un ejercicio de conciliación y complementariedad fructífera entre dos principios o enfoques que inicialmente se presentan como antagónicos: la colectivización propia de la negociación en clave asociativa de intereses versus la salvaguarda de la libre competencia mercantil» (CRUZ VILLALÓN, J.: «VIII. Los acuerdos de interés profesional», ob. cit., pág. 383).

⁴⁵ En similares términos se expresa el artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

⁴⁶ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 7.

⁴⁷ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 5.

⁴⁸ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 7, citando el artículo 2 del Reglamento 1/2003, de 16 diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los entonces vigentes

Ahora bien, cuanto se acaba de señalar también permitiría sostener, *a sensu contrario*, la propia pervivencia de los acuerdos de interés profesional en tanto que categoría jurídica específica. De tal modo que su regulación como tal categoría en el ordenamiento jurídico español no resultaría prohibida, si no tan solo los concretos acuerdos de interés profesional (como en su caso, también, los convenios colectivos) que, en todo o en parte, puedan vulnerar en la práctica el Derecho de la Competencia⁴⁹. Por tanto, no parece que en este punto quepa abordar una lectura de la LETA «en tono prohibitivo»⁵⁰.

En este sentido ni que decir tiene que «sería posible una declaración de inaplicabilidad

artículos 81 y 82 del Tratado: «En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado».

En este mismo sentido repárese cómo el artículo 50.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que «La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 1 de esta Ley deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado».

⁴⁹ Como señalaron GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 170 «la especial protección de que goza a tales fines la negociación colectiva laboral, aunque como se ha dicho no esté blindada, no parece predicable de estos pactos colectivos profesionales, aunque tampoco cabría dejarlos completamente a los pies de las rígidas normas de la competencia, dada la dimensión social que también caracteriza a estos pactos».

⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», ob. cit., pág. 6, para quien «El hecho de que la misma regule unos acuerdos de interés profesional limitados a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, y a los que reconoce un efecto inderogable respecto a los contratos de trabajo no puede interpretarse como una prohibición de todo tipo de acuerdos colectivos en el campo del trabajo autónomo, precisamente porque la remisión al Derecho civil en este punto implica el juego libre de la autonomía privada en todo lo que no contradiga la normativa legal, incluida, desde luego, la legislación de competencia».

de la norma prohibitiva a toda la categoría de acuerdos de interés profesional»⁵¹. Por supuesto, se insiste, ello sin perjuicio de que el contenido (en todo o en parte) de un determinado acuerdo de interés profesional pueda llegar a resultar contrario al Derecho de la Competencia. Y es que no es tanto que los acuerdos de interés profesional se opongan al Derecho de la Competencia sino, en su caso, el contenido concreto que puedan establecer dichos acuerdos.

Por supuesto, determinar en la práctica qué acuerdo de interés profesional (en todo o en parte) puede llegar a vulnerar el Derecho de la Competencia resulta cuestión harto compleja⁵². En este sentido, y como ha tenido ocasión de recordarse, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya aclaró, por ejemplo, que «los objetivos de empleo se enmarcaban entre los que, legítimamente, podían ampararse en

⁵¹ Para CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 7, «Esta declaración de inaplicabilidad le correspondería adoptarla a la Comisión de acuerdo con el art. 10 del Reglamento 1/2003. Con carácter general, sería razonable pensar que, a la vista de la sentencia *FN Kunsten*, el Reino de España se dirigiera a ella para una exención general, de extensión similar a la que la jurisprudencia ha expresado para los convenios colectivos. O, con carácter más limitado, para una declaración de inaplicación de la prohibición para ciertos acuerdos de interés profesional, o, cuando menos, de ciertas cláusulas que cumplieran determinados requisitos. En realidad, dados los términos amplios en que se pronuncia, con ser una excepción, el art. 101.3 alentaría este tipo de perspectivas». Por su parte, aludiendo a la posible intervención de la Comisión bien que por la vía del procedimiento de incumplimiento *vid.* MIÑARRO YANINI, M.: «Acuerdos de interés profesional y negociación colectiva: ¿falsos? o «verdaderos» convenios?», ob. cit., pág. 159.

En cualquier caso, adviértase cómo el artículo 18 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que «Al objeto de aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, la Comisión Nacional de la Competencia podrá intercambiar con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, en los términos previstos en la normativa comunitaria».

⁵² Constatando esta complejidad *vid.*, por todos, CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los acuerdos de interés profesional: un balance de la negociación llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo», ob. cit., pág. 74.

la excepción del entonces art. 85.3 del Tratado CEE» (hoy art. 101.3 TFUE)⁵³. Con todo, podría entenderse que entrarían de lleno en la prohibición de competencia los acuerdos que regulan la competencia en el precio entre autónomos⁵⁴.

Y si ello es ya de por sí sumamente complejo, a lo anterior debe añadirse que, para vulnerar efectivamente el Derecho de la Competencia, no basta con que determinado acuerdo se encuentre efectivamente prohibido en los términos anteriormente descritos. Como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de señalar ya es necesario, además, que la afectación al Derecho de la Competencia por parte del acuerdo de que se trate sea en cierto punto relevante⁵⁵. De hecho, adviértase en este mismo sentido cómo el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, establece que «Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia»⁵⁶.

⁵³ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 7, citando la STJUE Metro SB de 25 octubre 1977 (asunto 26/76).

⁵⁴ Y es que como señala el Abogado General *Wahl* en sus conclusiones de 11 de septiembre de 2014 «A menudo el precio es uno de los aspectos más importantes, o incluso el único importante, en el que las empresas compiten entre sí. Por eso, la letra a) de la «lista negra» recogida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere a los acuerdos que «[fijan] directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción». Pues bien, se ha considerado sistemáticamente que los acuerdos por los que se fijan precios mínimos para bienes o servicios constituyen una restricción significativa de la competencia» (punto 36). En este sentido, «Sin la posibilidad de competir en el precio, algunos autónomos dispondrán de muchas menos oportunidades para obtener un contrato y corren el riesgo de quedar completamente excluidos del mercado de trabajo» (punto 56).

⁵⁵ A este respecto cfr. la STJUE *Pavlov* y otros de 12 de septiembre de 2000 (asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98).

⁵⁶ Sobre las conductas que pueden tener la consideración de poca importancia a los efectos del Derecho de la Competencia cfr. los artículos 1 a 3 del RD 261/2008, de 22 de febrero.

Llegados a este punto, el problema que se plantea a continuación es el del órgano jurisdiccional competente para determinar, en su caso, la posible afectación del Derecho de la Competencia por parte de los acuerdos de interés profesional. Recuérdese, en este sentido que «Los órganos jurisdiccionales del orden social serán también los competentes para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia» (art. 17.2 LETA)⁵⁷. Órganos jurisdiccionales que, sin perjuicio de la propias competencias atribuidas a los tribunales mercantiles (disp. adic. primera Ley 15/2007, de 3 de julio) y/o de las autoridades (nacional o autonómicas) de la competencia (art. 3 Ley 15/2007, de 3 de julio), bien podrían instar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la correspondiente cuestión prejudicial de plantearse la posible existencia de algún tipo de vulneración del Derecho de la Competencia⁵⁸.

4.4.3. Convenios colectivos

Tradicionalmente los convenios colectivos han venido quedando excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE. Muy especialmente, desde que así lo entendiera la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Albany*⁵⁹. Repárese que, según esta sentencia (fundamento 60), «De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado»

⁵⁷ Al respecto *vid.*, también, el artículo 2 d) de la LRJS.

⁵⁸ Aludiendo a esta posibilidad *vid.* MIÑARRO YANINI, M.: «Acuerdos de interés profesional y negociación colectiva: ¿falsos o «verdaderos» convenios?», ob. cit., pág. 159.

⁵⁹ STJUE *Albany International BV* de 21 de septiembre de 1999 (asunto C 67/96).

(actual art. 101.1 TFUE)⁶⁰. Desde este punto de vista y con carácter general, el Derecho de la Competencia habría dejado al margen a la negociación colectiva de carácter laboral. Y, más concretamente, los acuerdos celebrados en el marco de una negociación colectiva entre los trabajadores y los empresarios que tengan por finalidad mejorar directamente las condiciones de empleo y de trabajo. De ahí que, de entrada, bien podría sostenerse que los convenios colectivos (así como, en su caso, también los acuerdos colectivos de carácter extra estatutario) serían «instrumentos inmunes» al citado Derecho⁶¹.

Ello no obstante, enseguida ha de advertirse que dicha inmunidad no sería absoluta sino relativa pues bien pudieran existir en ellos ámbitos materiales que, por referir por ejemplo al trabajo autónomo, no escaparían al control del Derecho de la Competencia⁶². En este sentido puede sostenerse que «los convenios colectivos, en cuanto que plasman las condiciones de los contratos de los trabajadores autónomos, no quedan excluidos del art. 101.1

TFUE, sino que se rigen, en principio, por él. Ello a salvo de que, en realidad, las personas afectadas, o algunas de ellas, no sean propiamente autónomos, sino falsos autónomos, esto es, prestadores de servicios que se encuentran en situación comparable a la de trabajadores por cuenta ajena»⁶³. De hecho, claro ejemplo de cuanto se acaba de señalar lo constituiría la sentencia *FNV Kunsten Informatie en Media* en la que de forma expresa se denuncia la fijación por convenio colectivo de los honorarios profesionales de unos trabajadores autónomos.

«En realidad, con la sentencia *FN Kunsten* lo que se hace es perfilar el alcance de la doctrina *Albany* en torno a la exclusión de los convenios colectivos del art. 101.1 TFUE»⁶⁴. Bien es verdad que con la importante (y no menor) consecuencia de excluir «de la consideración de convenio colectivo, ..., a las cláusulas convencionales destinadas a la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos»⁶⁵. Vendría a entenderse así que, a los efectos de la aplicación del artículo 101.1 del TFUE, los convenios colectivos que contemplen cláusulas relativas a los trabajadores autónomos poseerían una doble naturaleza: «Por una parte, será convenio colectivo en todas aquellas cláusulas que se refieren a trabajadores por cuenta ajena. Por el contrario, poseerá la naturaleza jurídica propia a un simple acuerdo entre empresas cuando sus cláusulas se refieran a trabajadores autóno-

⁶⁰ Por tal motivo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró conforme al Derecho de la Competencia el que un convenio colectivo estableciera un determinado fondo de pensiones obligatorio en favor de sus trabajadores. Y así lo entendieron, igualmente, las SSTJUE *Brentjens* de 21 de septiembre de 1999 (asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97) y *Drijvende Bokken* de 21 de septiembre de 1999 (asunto C-219/97). Idéntico criterio se siguió en la STJUE *Van der Woude* de 21 de septiembre de 2000 (asunto C-222/98) en relación a seguros médicos complementarios de enfermedad previstos por convenio colectivo. Comentado la incidencia de estas sentencias en la negociación colectiva española *vid.*, por todos, Martínez Fons, D.: *Libre competencia y Derecho del Trabajo: efectos de la normativa y de la jurisprudencia comunitarias en las relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 206 y siguientes.

⁶¹ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 4, si bien en su pág. 6 este mismo autor reconoce que «la doctrina *Albany* no puede aplicarse mecánicamente y sin ningún cuestionamiento».

⁶² Apuntando ya esta idea *vid.* MARTÍNEZ FONS, D.: *Libre competencia y Derecho del Trabajo: efectos de la normativa y de la jurisprudencia comunitarias en las relaciones laborales*, ob. cit., pág. 55. Al respecto cfr., también, la STJUE Comisión contra el Reino de Dinamarca y el Reino de Noruega de 9 de julio de 2009 (asunto C-319/07), así como el punto 37 y siguientes de las conclusiones del Abogado General *Wahl*.

⁶³ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 6.

⁶⁴ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 8, siguiendo a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», ob. cit., pág. 1 y siguientes.

⁶⁵ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio colectivo», ob. cit., pág. 11, para quien con la sentencia *FN Kunsten* «se va mucho más allá de la doctrina *Albany*, al establecer la posibilidad de que cada una de las cláusulas de un convenio colectivo tenga diferente naturaleza en función de cuales sean los destinatarios de las mismas».

mos»⁶⁶. Si bien se mira, esta distinción comportaría «una exclusión subjetiva y no por la naturaleza o el objeto del convenio colectivo a la que deja sus puertas abiertas el TJUE a partir de ahora»; de tal modo que, en relación al artículo 101.1 del TFUE, «es la naturaleza jurídica del vínculo contractual la que determina su aplicación y no la naturaleza y el objeto del convenio colectivo»⁶⁷.

De ahí que, también a estos efectos (negociación colectiva laboral *versus* Derecho de la Competencia), resulten de suma importancia cuantas consideraciones se efectuaron con anterioridad en relación a la incidencia de la jurisprudencia europea en el Derecho interno desde el punto de vista subjetivo. Así las cosas, si lo negociado por un convenio colectivo refiere a trabajadores por cuenta propia (ordinarios o económicamente dependientes) que merezcan la consideración europea de empresas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, las previsiones del artículo 101.1 del TFUE resultarían plenamente aplicables a dicho convenio, bien que únicamente en lo que a dichos trabajadores autónomos respecta. En cambio, si lo negociado por un convenio colectivo refiere en términos de la jurisprudencia europea a «falsos autónomos» (trabajadores por cuenta ajena en supuestos de fraude de ley o trabajadores por cuenta propia en situación comparable a trabajadores por cuenta ajena), la aplicación del citado precepto quedaría entonces exonerada⁶⁸.

Lógicamente, cuestión distinta y en absoluto sencilla de determinar es la de dilucidar cuáles podrían ser en la práctica aquellos ámbitos materiales en los que un convenio colectivo podría estar afectando al Derecho de la Competencia. Básicamente porque aun cuando queda claro que, con carácter general, los convenios colectivos no debieran incluir cláusulas relativas al trabajo autónomo o por cuenta propia (al menos, al trabajo autónomo que a los efectos que ahora interesan se equipara al concepto de empresa) no faltan en ellos ejemplos de referencias expresas al mismo. Ya sea con carácter inclusivo (por ejemplo, incluyendo de un modo u otro a los trabajadores autónomos dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo), ya sea con carácter excluyente (por ejemplo, limitando en todo o en parte el trabajo autónomo o por cuenta propia de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del correspondiente convenio colectivo).

En efecto, aunque no son muchas (y las que hay son harto repetitivas) es posible encontrar referencias a los trabajadores autónomos en los convenios colectivos españoles. Con carácter inclusivo así ocurriría, por ejemplo, cuando se abordan temas como los que a continuación se indican:

- a) Extensión del principio de igualdad en el acceso en el empleo a los trabajadores por cuenta propia: «El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en

⁶⁶ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio colectivo», ob. cit., pág. 10.

⁶⁷ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio colectivo», ob. cit., págs. 10 y 15. Con todo, recuérdese que este autor considera incluible dentro del concepto europeo de «falso autónomo» a nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes. De ahí que entienda que la regulación de sus condiciones de trabajo y empleo quedarían fuera de la aplicación del citado precepto siempre que vengan establecidas en un convenio colectivo (*ibidem*, págs. 14 y 15).

⁶⁸ Pensando fundamentalmente en los trabajadores autónomos económicamente dependientes, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y

BRAVO-FERRER, M.: «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», ob. cit., pág. 8, entiende que «la sentencia FNV no solo abre la posibilidad a acuerdos de interés profesional asimilables en su contenido a convenios colectivos, sino también a la hipótesis de convenios colectivos en los que se incluyan cláusulas referidas a esos trabajadores formalmente autónomos también porque su reducción a acuerdos de empresa puede facilitar la superación de las fronteras entre unos y otros con la posibilidad de acuerdos «mixtos» en convenios colectivos que incluyan regulaciones aplicables también a trabajadores autónomos y que pueden ampararse en la excepción Albany, de acuerdo a la sentencia FNV». Recogiendo este criterio *vid.*, también, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio colectivo», ob. cit., pág. 14.

el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, ...»⁶⁹.

- b) Posibilidad de celebrar contratos de interinidad para sustituir a trabajadores autónomos: «Contrato de interinidad: Este contrato puede ser concertado para atender alguno de estos supuestos: ... c) Para la sustitución de un trabajador autónomo, socio trabajador o socio de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente»⁷⁰.
- c) Celebración de contratos con trabajadores autónomos en cuanto medidas alternativas a la contratación directa de trabajadores discapacitados: a tal efecto la empresa podría acudir a la «a. Celebración de un contrato mercantil o civil ... con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida. b. Celebración de un contrato mercantil o civil ... con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa»⁷¹.

⁶⁹ Artículos 32 C del Convenio Colectivo de la empresa de la cafetería del Hospital Virgen de la Luz de Cuenca 2016-2017 (Boletín Oficial de la provincia de Cuenca de 2 de diciembre de 2016) y 23 del Convenio Colectivo del personal laboral del ayuntamiento de San Mateo de Gállego (Boletín Oficial de la provincia de Zaragoza de 21 de diciembre de 2016).

⁷⁰ Artículos 16 del Convenio Colectivo del Comercio de Ceuta (Boletín Oficial de la Ciudad de Ceuta de 12 de febrero de 2016) y 17 del Convenio Colectivo del sector de empresas de limpieza de edificios y locales comerciales de Ceuta (Boletín Oficial de la Ciudad de Ceuta de 22 de marzo de 2016).

⁷¹ Artículos 54 del Convenio Colectivo del sector de empresas de pastelería, bollería y otros de Huesca (Boletín Oficial de la provincia de Huesca de 15 de junio de 2016) y 63 del Convenio Colectivo del sector de empresas siderometalúrgicas

d) Extensión de los deberes de cooperación, información e instrucción en materia de prevención de riesgos laborales: «Los deberes de cooperación, de información e instrucción señalados se aplican a los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo»⁷².

e) Elaboración de acciones formativas entre cuyos destinatarios se incluye a los trabajadores autónomos⁷³.

Como fácilmente puede deducirse, por su insignificancia jurídica no parece que referencias de este tipo al trabajo por cuenta propia alteren en mucho o en poco el Derecho de la Competencia. De hecho, la práctica totalidad de las mismas apenas si afectan al régimen jurídico del trabajo autónomo. Básicamente, por contemplar circunstancias que ya se encuentran previstas legalmente.

A su vez, con carácter excluyente así ocurriría, por ejemplo, cuando de manera genérica se considera falta muy grave «hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona sin expresa autorización de la empresa»⁷⁴. Previsión esta que, sin mayores precisiones (por ejemplo, un pacto expreso de no competencia y/o un

de Tarragona (Boletín Oficial de la provincia de Tarragona de 13 de diciembre de 2016).

⁷² Entre otros muchos de idéntico o similar tenor *vid.*, por ejemplo, el artículo 40.2.3 del Convenio Colectivo de la empresa No-Ko Deporte y Salud (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 17 de junio de 2016).

⁷³ Artículo 54.1 del IX Convenio Colectivo de distribución de prensa y revistas de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 26 de noviembre de 2016).

⁷⁴ Entre otras muchas cláusulas convencionales de idéntico o similar tenor *vid.* los artículos 51 D del Convenio Colectivo del sector de lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla (Boletín Oficial de la provincia de Sevilla de 2 de diciembre de 2016), 50 B del Convenio Colectivo del Sector del Comercio de Muebles (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 26 de noviembre de 2016), 32 C.3 del Convenio Colectivo de la empresa Servicios Entregas y Manipulados (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 3 de diciembre de 2016) y 5.3 del régimen disciplinario previsto en el Convenio Colectivo de la empresa Lidl Supermercados –almacén de Llodio– (Boletín Oficial de Álava de 9 de diciembre de 2016).

pacto de dedicación exclusiva con uno y/o varios trabajadores; una vinculación específica a la competencia desleal; una prohibición de realización de tales actividades en las instalaciones y/o con los medios de la empresa, así como durante la jornada laboral; etc.), no solo limitaría inadecuadamente el trabajo por cuenta propia sino que excedería con mucho de las competencias que corresponden a las partes negociadoras de un convenio colectivo⁷⁵.

Mayores problemas interpretativos plantearía, sin embargo, la validez de algunas otras cláusulas convencionales que, probablemente en previsión de potenciales situaciones fraudulentas y/o de competencia desleal, establecen limitaciones expresas (pero genéricas) al trabajo por cuenta propia. Con carácter excluyente así ocurriría, por ejemplo, en supuestos como los que a continuación se indican:

- a) Presunción de fraude en materia de incapacidad temporal: «Se califican como faltas muy graves las siguientes: ... La simulación de enfermedad o accidente. Se entenderá siempre que exista falta cuando un trabajador en baja por uno de tales motivos realice trabajos de cualquier clase por cuenta propia o ajena»⁷⁶.

Ciertamente, durante los procesos de baja por incapacidad temporal el trabajador puede tener limitadas sus fa-

cultades profesionales. Ahora bien, el que ello pueda ser habitualmente así no necesariamente significa que cualquier prestación de servicios por cuenta propia durante tales procesos constituya, siempre y en todo caso, un supuesto de simulación o fraude. Lógicamente, ningún reparo parece existir en cambio para la consideración como de falta muy grave la «simulación de enfermedad o accidente o la prolongación de la baja por enfermedad o accidente con la finalidad (específica) de realizar cualquier trabajo por cuenta propia o ajena»⁷⁷.

- b) Presunción de competencia desleal en supuestos de excedencias voluntarias: «Las excedencias pueden ser voluntarias o forzosas o especiales. Voluntaria: Podrán solicitar excedencia voluntaria los trabajadores de la empresa con una antigüedad en la misma de al menos un año. Son condiciones indispensables para la concesión las siguientes: ... b) Compromiso formal de que durante el tiempo de excedencia el trabajador no se va dedicar a la misma actividad de la empresa que se la ha concedido, ni por cuenta propia ni por cuenta ajena, cuyo incumplimiento será causa de extinción de la relación laboral, con pérdida del derecho obtenido»⁷⁸.

A salvo de supuestos de competencia desleal que atenten de forma efectiva contra el deber de buena fe que subsiste durante la situación de excedencia voluntaria, no parece que puedan es-

⁷⁵ En cambio, no parecerían exceder de dichas competencias cláusulas que aludan al trabajo por cuenta propia cuando el mismo consista en un supuesto de competencia desleal. Así por ejemplo, entre otras muchas cláusulas convencionales de idéntico o similar tenor, cuando se considera falta muy grave «La competencia ilícita por dedicarse a desarrollar por cuenta propia idéntica actividad que la empresa o dedicarse a ocupaciones particulares que estén en abierta pugna con el servicio» [artículo 37.17 en relación con el artículo 42 del Convenio Colectivo de la empresa Servicios de Conserjes (Boletín Oficial de la provincia de Cuenca de 5 de diciembre de 2016)].

⁷⁶ Entre otros muchos preceptos de idéntico o similar tenor literal, artículos 61.5 del Convenio Colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (Boletín Oficial del Estado de 20 de diciembre de 2016) y 44.5 del XIV Convenio Colectivo de la empresa Nissan Motor Ibérica (Centro de trabajo de Ávila (Boletín Oficial de la provincia de Ávila de 21 de diciembre de 2016).

⁷⁷ Por ejemplo, entre otros muchos, artículos 25.3 d) del Convenio Colectivo de la empresa Maviva Valladolid (Boletín Oficial de la provincia de Valladolid de 10 de noviembre de 2016) o 38.1 r) del Convenio Colectivo de la empresa Acciona Servicios Concesionales (personal laboral no sanitario del Hospital Infanta Sofía) (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 3 de diciembre de 2016).

⁷⁸ Entre otras muchas cláusulas de similar contenido *vid.*, por todos, los artículos 33 b) del Convenio Colectivo de la empresa Frutas Giménez (Boletín Oficial de la provincia de Castellón de 1 de octubre de 2016) y 42 del Convenio Colectivo de la empresa Ultracongelados de Cortes (Centro de Mallén) (Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza de 1 de diciembre de 2016).

tablecerse previsiones convencionales de carácter genérico que limiten el trabajo por cuenta propia. Con mayor motivo aún si cabe si ninguna limitación se establece al respecto en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores⁷⁹.

- c) Prohibición de realización de trabajos por cuenta propia durante el disfrute de las excedencias por cuidado de hijos y/o familiares: «Durante dicho período queda terminantemente prohibido trabajar por cuenta propia o ajena y el incumplimiento ocasionará la pérdida del derecho al reingreso»⁸⁰.

Como ha quedado dicho y a salvo de supuestos de competencia desleal que atenten de forma efectiva contra el deber de buena fe que subsiste durante las situaciones de excedencia por cuidado de hijos y/o familiares, también aquí parece excesivo limitar el trabajo por cuenta propia durante el disfrute de las mismas. Entre otras cosas porque, perfectamente, durante el disfrute de estas excedencias el trabajo por cuenta propia puede permitir una mayor y/o mejor conciliación entre la vida profesional y familiar.

- d) Prohibición de realización de trabajos por cuenta propia durante el disfrute de permisos no retribuidos por motivos de interés personal o de perfeccionamiento profesional: «Este permiso será incompatible con el desempeño de trabajo por cuenta propia o ajena durante el mismo»⁸¹.

⁷⁹ Así, por ejemplo, en el marco de un pacto de exclusividad colectivo, el artículo 46 de la empresa Fridul (Boletín Oficial de la provincia de Albacete de 7 de noviembre de 2016) contempla la prohibición de realizar trabajos por cuenta propia durante el disfrute de las excedencias voluntarias y forzosas.

⁸⁰ Artículos 28.4 del Convenio Colectivo Orto Parques y Jardines de Chiclana de la Frontera (Boletín Oficial de la provincia de Cádiz de 5 de agosto de 2016) y 31.4 del Convenio Colectivo de la empresa Vertedero de Residuos de Chiclana de la Frontera (Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz de 4 de noviembre de 2016).

⁸¹ Artículo 19.3 del Convenio Colectivo de la empresa Málaga Aerospace, Defense and Electronics Systems (Boletín Oficial de la provincia de Málaga de 28 de septiembre de 2016).

Aunque ciertamente se trate de permisos de creación convencional, no se entiende muy bien el alcance de este tipo de prohibiciones; máxime si las mismas no se encuentran vinculadas a actitudes de competencia desleal.

En fin, ni que decir tiene que los convenios colectivos pueden perfectamente excluir de su ámbito de aplicación las prestaciones de servicios por cuenta propia⁸². Entre otros muchos ámbitos, así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la mediación de los seguros privados⁸³.

5. CONCLUSIONES

Como ha tenido ocasión de señalarse hasta el momento presente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *FNV Kunsten Informatie en Media* tiene una clara incidencia en el régimen jurídico del trabajo autónomo. No tanto porque lo que acaba dictaminando sino por las consecuencias que de su doctrina pueden derivarse para los diversos ordenamientos jurídicos nacionales y, por descontado, para el ordenamiento jurídico español.

En realidad, lo que la sentencia pone de manifiesto es que, con carácter general, los convenios colectivos no pueden incluir cláusulas relativas al trabajo autónomo o por cuenta propia. Básicamente porque, a diferencia de lo que generalmente sucedería con un convenio colectivo exclusivamente destinado a los trabajadores por cuenta ajena, dichas cláusulas podrían vulnerar el Derecho europeo de la Competencia. En este orden de cosas, vendría así a complementarse la doctrina sentada en el asunto *Albany* y demás jurisprudencia subsiguiente.

⁸² Entre otras muchas cláusulas de similar o idéntico tenor *vid.*, por ejemplo, los artículos 1 del Convenio Colectivo de la empresa La Mancha 2000 (Boletín Oficial de provincia de Guadalajara de 6 de abril de 2016) y 4 del Convenio Colectivo de la empresa Galicia Editorial (Boletín Oficial de la provincia de A Coruña de 12 de septiembre de 2016).

⁸³ Artículos 3 del V Convenio Colectivo del Grupo Generali (Boletín Oficial del Estado de 14 de agosto de 2013) y 1.3 del Convenio Colectivo estatal del sector de mediación de seguros privados (Boletín Oficial del Estado de 28 de octubre de 2016).

Doctrina en la que, con distintos matices, venían a establecerse las pautas básicas para el mantenimiento del siempre delicado equilibrio entre el Derecho europeo de la Competencia y la negociación colectiva laboral.

Sucede, sin embargo, que, lejos de entrar a analizar si las concretas previsiones negociadas vulneraban efectivamente o no el Derecho europeo de la Competencia desde la doble perspectiva de la naturaleza y el objeto del convenio colectivo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece optar por seguir un criterio estrictamente subjetivo. De tal modo que si lo negociado por un convenio colectivo refiere a los trabajadores por cuenta propia al mismo le resultarán de plena aplicación las previsiones del artículo 101.1 del TFUE. En cambio, si lo negociado por un convenio colectivo refiere a trabajadores por cuenta ajena al mismo no les resultarían de aplicación, con carácter general, tales previsiones.

Llegados a este punto, el problema de fondo que se nos plantea es que, junto a las clásicas categorías de trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea alude a un concepto indeterminado de «falso autónomo». Concepto que, frente a lo que inicialmente pudiera pensarse, no se corresponde exactamente con el que manejamos en nuestro Derecho interno. Y es que, a lo que parece, el concepto de «falso autónomo» manejado por la jurisprudencia comunitaria no se limitaría, única y exclusivamente, al que pudiera derivar de la constatación de situaciones potencialmente fraudulentas, sino que igualmente se extendería a situaciones de prestaciones de servicios (incluso autónomas desde el punto de vista del Derecho nacional) comparables a las de los trabajadores por cuenta ajena.

Siendo ello así, el debate que enseguida se traslada a nuestro país (como también a otros muchos países de la Unión Europea) es el de si dentro de tal concepto cabría incluir o no a los trabajadores autónomos económicamente dependientes. No en vano, ninguna duda cabe de que el régimen jurídico de estos verdaderos trabajadores autónomos se encuentra en cierto modo configurado a imagen y semejanza de

los trabajadores por cuenta ajena. La compleja cuestión suscitada no es en absoluto menor pues del resultado de la equiparación que en un sentido u otro se lleve a cabo derivaría, entre otras muchas cosas, la propia virtualidad de los acuerdos de interés profesional previstos específicamente en la LETA para este tipo de trabajadores. Como también la de las cláusulas convencionales que incluyan referencias a los trabajadores por cuenta propia; especialmente, si de trabajadores autónomos económicamente dependientes se trata.

En realidad, lo que subyace en el fondo del debate es si los trabajadores autónomos, en general, y los trabajadores autónomos económicamente dependientes, en particular, gozan de algún tipo de derecho a la negociación colectiva profesional. Y por cuanto ahora interesa, «El argumento subyacente de que, a fin de cuentas, la Unión Europea no ha previsto mecanismos de diálogo social para el trabajo por cuenta propia similares a los existentes para el trabajo asalariado a partir del Tratado de Maastricht es muy poco convincente desde una perspectiva de toma en consideración de los derechos fundamentales»⁸⁴.

En todo caso, y sin perjuicio de remitirnos ahora a cuanto se ha venido comentando hasta el momento presente, «es claro que el asunto *FNV Kunsten* genera incertidumbres de futuro sobre la eficacia de los acuerdos de interés profesional. Sin duda, serán objeto de impugnación con base en el derecho de la competencia, y en no pocas ocasiones se producirá un vaciado de los magros derechos de los TRADES. En este sentido, claramente no es una buena noticia, sino una erosión de derechos. La única esperanza viene dada por la competencia objetiva de los jueces de lo social. En otro escenario de conocimiento por la Jurisdicción común, casi todo estaría perdido»⁸⁵.

⁸⁴ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 8.

⁸⁵ CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», ob. cit., pág. 8.

BIBLIOGRAFÍA

- CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015 (La Ley 204/2015).
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los acuerdos de interés profesional: un balance de la negociación llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 29, 2011.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «VIII. Los acuerdos de interés profesional», en CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.s.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.
- DE VAL TENA, Á. L.: «Los acuerdos de interés profesional de los TRADE», en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.): *El derecho a la negociación colectiva*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Convenio colectivo y libre competencia en el ámbito de la Unión Europea: el supuesto de los trabajadores autónomos incluidos en convenio colectivo», *La Ley Unión Europea*, núm. 24, 2015 (La Ley 2522/2015).
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2007.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M.: *El Trabajador autónomo económicamente dependiente. Delimitación conceptual y ámbito de aplicación*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- MARTÍNEZ FONS, D.: *Libre competencia y Derecho del Trabajo: efectos de la normativa y de la jurisprudencia comunitarias en las relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2006.
- MIÑARRO YANINI, M.: «Acuerdos de interés profesional y negociación colectiva: ¿«falsos» o «verdaderos» convenios?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 401-402, 2016.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «La «vinculación» a la jurisprudencia comunitaria como condición de efectividad de la tutela judicial: impacto socio-laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 394, 2016.
- : «Editorial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 401-402, 2016.
- : «¿Qué fue de los «TRA(U)DES»? El evanescente mundo de los (¿«falsos»?) autónomos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 401-402, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2009, pág. 24, (BIB/2009/621).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», *Diario La Ley*, núm. 8462, 2015 (La Ley 204/2015).
- ROQUETA BUJ, R.: «Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional», *Temas Laborales*, núm. 114, 2012.
- VV.AA.: *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo (Informe de la Comisión de expertos para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *FNV Kunsten Informatie en Media*, de fecha 4 de diciembre de 2014 (asunto C-413/13) en el ordenamiento jurídico español. Más concretamente, este trabajo analiza si una negociación colectiva profesional en el ámbito del trabajo autónomo desde la perspectiva del Derecho de la Competencia es posible. Todo ello por referencia principal a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Palabras Clave: Trabajo autónomo, trabajador autónomo económicamente dependiente, falso autónomo, Derecho de la Competencia, negociación colectiva profesional.

ABSTRACT

This paper analyses the judgment of the European Court *FNV Kunsten Informatie en Media*, 4 december 2014 (in case C-413/13) in the Spanish legal system. More specifically, this paper analyses if a professional collective bargaining in the field of self-employment from the perspective of competition law is possible. In particular with respect to the economically dependent self-employed workers.

Keywords: Self-employment, economically dependent self-employed worker, bogus self-employment, competition law, professional collective bargaining.

Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada

Social Security benefits and new types of families: decisions of the ECJ about maternity surrogacy

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO*

1. LA CADA DÍA MÁS PRESENTE MATERNIDAD SUBROGADA: DE LOS HECHOS AL DERECHO (LOS CASOS PORTUGUÉS Y ESPAÑOL O «CUANDO LAS BARBAS DE TU VECINO VEAS PELAR...»)

1.1. Aspectos introductorios: una realidad constatada y trabas removibles

Lo que comenzó hace algunos años siendo hechos aislados, de pequeñas élites de la sociedad con importantes recursos económicos con los que sufragar su elevado costo, se ha transformado hoy en un fenómeno en expansión (aunque todavía re-

lativamente marginal) que llega incluso a recónditas poblaciones del territorio español de menos de mil habitantes y a familias con modestos ingresos deseosas de tener descendencia. Estas hallan en esta figura de la maternidad subrogada el último instrumento (por su incapacidad para gestar, reiteradas denegaciones de solicitudes de adopción...), o un camino más corto, para lograr esa anhelada maternidad/paternidad que encontraban vetada por otras vías.

Ese algo excepcional y esporádico ha pasado a constituirse, sin ser tendencia, en una práctica al menos calificable en proceso de crecimiento y conocida por la sociedad actual; sin que, no obstante, se pueda disponer de datos fidedignos sobre el número de personas que recurren a esta técnica ante la falta de estadísticas oficiales nacionales e internacionales.

Así lo atestiguan las noticias en los medios de comunicación que se suceden en el tiempo. Las dichas y desventuras que lleva aparejada la maternidad subrogada o gestación por sustitución de ciudadanos europeos que se trasladan a otros países fuera de la Unión para beneficiar-

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

El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación «La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia», RETOS 2015 (2015-PN139) Ref. DER2015-66922-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

se de la aplicación de esta técnica reproductiva acaparan no solo titulares de la prensa rosa, sino también del área de sociedad y cada día de modo más frecuente (manifestación evidente de esa inquietud creciente)¹. Son numerosas las causas en las que se sustenta esta problemática, de modo singular y con carácter preponderante la prohibición de varios de los Estados miembros de la gestación mediante vientre el alquiler². Entre los cuales todavía se incluye España³.

¹ Cfr. entre otras muchas, <http://www.elmundo.es/loc/2016/08/29/57c41240468aebd7c8b458c.html> sobre la paternidad de un presentador de radio; <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/04/26/571f364622601d124e8b4650.html> y http://politica.elpais.com/politica/2016/04/26/actualidad/1461667498_550019.html acerca de la concesión por la justicia tailandesa de la custodia de un bebé nacido mediante vientre de alquiler a una pareja homosexual y http://www.lemonde.fr/famille-vie-privee/article/2015/12/23/l-aventure-extraordinaire-de-justine-qui-a-porte-l-enfant-de-sa-s-uramelie_4837356_1654468.html, recogiendo el caso de la gestación por sustitución entre dos hermanas ante la infertilidad reiterada de una de ellas que había sido madre biológica hacia algunos años.

En buena medida la fortuna o desaliento en los casos suscitados se encuentran ocasionados por el país elegido por las parejas o individuos para convertirse en progenitores mediante el empleo de esta práctica, según se trate de territorios con legislación y nivel de desarrollo avanzado (significativamente, Estados Unidos, Canadá o Reino Unido) o en vías de desarrollo (Tailandia).

² Cfr. una relación somera de estas otras causas, así como de los países en los que se encuentra prohibida la maternidad por sustitución, dónde está permitida y en los que existe un vacío normativo, cfr. A. NEURAZ: «La gestation pour autrui en France et dans le monde», *La Lettre du Gynécologue*, núm. 371 (2012), pág. 28 (el acceso electrónico a este documento se puede realizar, entre otros lugares, en el siguiente enlace Web: <http://www.edimark.fr/Front/frontpost/getfiles/18525.pdf>).

En la misma línea, cfr. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Documento preliminar sobre los problemas derivados de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional*, La Haya, 2012, págs. 9 y ss. (el acceso electrónico a este documento, entre otros lugares, en <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>).

³ Cfr. art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que dispone lo siguiente:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Sin embargo, no parece que esta sea una cuestión inamovible. A pesar de la raigambre de esta interdicción en el contexto europeo y de los enormes cuestionamientos morales y éticos que ello entraña en numerosos sectores de la sociedad, se están produciendo en distintos ámbitos pequeños avances de relevancia exponencial para el reconocimiento de esta figura.

La irrupción de nuevas fuerzas en el escenario político, la creación de sociedades más internacionalizadas y culturalmente mestizadas, la relajación de cuestionamientos religiosos, los nuevos modelos de familia... contribuirán a la existencia de cambios progresivos en esta materia. Quizá puedan verse en el ordenamiento jurídico interno antes de lo esperado.

1.2. El caso del país vecino: Portugal

El debate abierto en la sociedad actual, en el ámbito nacional e internacional⁴, ha tenido como consecuencia final la reciente regulación de la maternidad subrogada en el país vecino⁵, Portugal⁶.

La Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

⁴ Sobre el debate vivido en Portugal desde la faceta de los derechos de la persona consagrados en la Constitución portuguesa, cfr. M. COSTA y C. SARAIVA LIMA: «A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade», *Lusíada. Direito. Lisboa*, núm. 10 (2012), págs. 237 y ss. El acceso electrónico a este documento se puede realizar, entre otros lugares, a través del siguiente enlace Web: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/979/1/LD_n10_6.pdf.

⁵ Como sostiene el Abogado General en el Asunto C-363/12, en los Estados miembros el panorama legislativo es diverso: la maternidad subrogada oscila entre estar legalizada y regulada expresamente, ser ilegal o no estar regulada, y existe una considerable disparidad entre los Estados miembros en cuanto a la forma en que deben regularse los acuerdos de maternidad subrogada y, en particular, los procedimientos que entrañan.

⁶ Cfr. <http://www.20minutes.fr/monde/1895511-20160721-portugal-loi-autorise-desormais-gestation-autrui>.

*de julho (procriação medicamente assistida)*⁷ ha sido la encargada de fijar el marco normativo de esta técnica reproductiva, no sin, como era de esperar, estar precedida por un tenso y complejo debate político y social.

Son reseñables las enormes reticencias planteadas para su aprobación, llegando incluso a romperse la siempre férrea disciplina de partido. El texto fue apoyado por los diputados del Partido Socialista (con la excepción de dos de ellos), del Bloque de Izquierdas, del Partido Ecologista Los Verdes, de Personas-Animales-Naturaleza y por veinticuatro diputados del Partido Social Demócrata. Votaron en contra los diputados del Centro Democrático Social, del Partido Comunista Portugués y la mayoría de los diputados del Partido Social Demócrata, así como dos diputados del Partido Socialista. Además se produjeron tres abstenciones por diputados del Partido Social Demócrata.

Resultado que no se corresponde a la división tradicional entre grupos parlamentarios de apoyo al Gobierno y grupos parlamentarios de la oposición, sino a la más clásica distinción entre izquierda y derecha⁸.

A ello se une que el Presidente de la República, el Sr. Marcelo Rebelo de Sousa, devolvió el texto a la Asamblea, sin promulgación, para que por esta se ponderara la inclusión de las recomendaciones preconizadas por el Consejo Nacional de Ética y para las Ciencias de la Vida.

⁷ Cfr. *Diário da República*, 1.ª série - N.º 160 - 22 de agosto de 2016.

Sobre el proceso parlamentario de esta norma, cfr. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/Detailhelniciativa.aspx?BID=40269>.

⁸ Cfr. <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a-5868774d546f334e7a67774c336470626d-6c7561574e7059585270646d467a4c31684a-53556b76644756346447397a4c315a6c64473874634770734-d54677a4c56684a53556b756347526d&fich=Veto-pjl183-XIII.pdf&finline=true>.

En definitiva, se dispone a tal fin, entre otras disposiciones, que la gestación mediante vientre de alquiler (art. 8)⁹:

- a. Queda limitada a la celebración de negocios jurídicos de manera excepcional.
- b. Su naturaleza siempre será gratuita, de ahí que se prohíba, de una parte, cualquier tipo de pago o donación de bienes o cuantías de los beneficiarios a la madre gestante, excepto el valor correspondiente a los gastos asumidos por el cuidado efectivo de su salud, incluidos los títulos de transporte debidamente acreditados; de otra, la celebración de estos negocios jurídicos cuando exista una relación de subordinación económica, en particular de naturaleza laboral o de prestación de servicios, entre la madre gestante y los beneficiarios.
- c. Solo será posible en los casos de ausencia de útero, de lesión o de dolencia de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer o en situaciones clínicas que así lo justifiquen.
- d. Se autorizará, en exclusiva, a través de una técnica de reproducción asistida con el recurso a gametos de, por lo menos, uno de los respectivos beneficiarios, no pudiendo la gestante por sustitución, en ningún caso, ser dadora de cualquier ovocito usado en el concreto procedimiento en el que participe.
- e. Requiere de la autorización previa del Consejo Nacional de Reproducción Médica asistida, a la cual debe anteceder el parecer de la Orden de Médicos.
- f. El contrato no puede imponer restricciones de comportamiento a la gestante

⁹ El art. 39 de esta disposición legal concreta el régimen sancionador penal para los casos de incumplimiento (Pena de prisión de dos años o pena de multa de 240 días para quien, en tanto beneficiario, formalice contratos de gestación por sustitución a título oneroso...).

ni normas que atenten contra sus derechos, libertades o su dignidad.

Aun cuando una primera lectura del texto pueda llevar a sostener que se recogen un buen número de limitaciones y exigencias a la activación de la maternidad subrogada, con un claro freno para su ejercicio; ha de afirmarse, en todo caso, que se ha pasado de una actividad prohibida y que alentaba la introducción de elementos internacionalistas con el recurso a países extranjeros a ser una materia permitida y regulada con una serie de condicionantes internos propios del Estado en la que y la para el que ha sido concebida, esto es, de la sociedad en la que ha de ser aplicada. Con su idiosincrasia particular¹⁰.

1.3. El lento caminar para los futuros cambios en el ordenamiento interno: pasito a pasito...

En lo que atañe al ámbito nacional se están produciendo debates de calado sobre la oportunidad de regular en el medio plazo la maternidad por subrogación.

Así, en primer lugar, a comienzos del año 2015 el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley para la creación de un marco regulatorio para gestación subrogada, para su debate en la Comisión de Justicia. Esta Proposición era del siguiente tenor¹¹:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

–La derogación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁰ Una primera aproximación a este texto, en A. J. VELA SÁNCHEZ: «La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto», *Diario La Ley*, núm. 8868 (2016), La Ley 8706/2016.

¹¹ Cfr. *BOCG –Congreso de los Diputados–*, Serie D, núm. 615, de 23 de febrero de 2015, págs. 7 a 10.

–Articular en el marco legislativo correspondiente la gestación subrogada entendida como la técnica por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes) como técnica reproductiva. Esta articulación tendrá los siguientes contenidos:

- Mujer gestante por subrogación será la persona que, sin aportar material genético propio y mediante un contrato de gestación por subrogación, consiente y acepta someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el objetivo de dar a luz al hijo del progenitor o progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica.
- La gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante por subrogación o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer gestante, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica.
- Solamente se podrá celebrar un acuerdo de subrogación gestacional cuando el progenitor o progenitores subrogantes hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida. Este acuerdo será irreversible a efectos de filiación.
- La mujer gestante por subrogación deberá tener más de 18 años, buen

estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias fijadas para los donantes en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Deberá haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, que este esté vivo, disponer de una situación socioeconómica estable y haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del acuerdo de gestación por subrogación.

- La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial y tendrá exclusivamente fines altruistas. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el posparto. La compensación económica será con cargo a los progenitores subrogantes y a beneficio de la mujer gestante.
- La persona o familias progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación, no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación.
- Se establecerá un Registro Nacional de Gestación por Subrogación, adscrito al ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el que se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y conozcan el marco jurídico de dicha gestación. El Registro, en una sección específica, registrará también los contratos de

gestación por subrogación que se otorguen. En cualquier caso, para suscribir en calidad de mujer gestante por subrogación un contrato de gestación subrogada será condición estar inscrita en el Registro.

- Promover en el marco de la Unión Europea una regulación común de la maternidad subrogada y de los acuerdos de subrogación transfronterizos¹².

Más cercana en el tiempo, en segundo lugar, se encuentra la Proposición no de Ley que el Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentó en la Asamblea de la Comunidad de Madrid apenas un año después de la anteriormente referenciada, en marzo de 2016, con el siguiente objeto¹³:

¹² Efectuada la votación de la Proposición no de Ley en la Comisión de Justicia (*DS –Congreso de los Diputados–*, núm. 900, de 20 de octubre de 2015) dio el siguiente resultado: votos a favor, 1; en contra, 36; abstenciones, 4.

¹³ Los debates en la doctrina científica y judicial si iniciaron bastantes años antes. Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse entre otros trabajos, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Hijos made in California», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3 (2009); A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2 (2009); A. S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCS: «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», *RAD*, núm. 6 (2011); I. Heredia Cervantes: «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, tomo LXVI, 2013; F. J. Hierro Hierro: «Gestación por sustitución y prestación de maternidad», *RDAS*, núm. 6 (2012) BIB 2012\2899; E. LAMM: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, 2013; M. PÉREZ MONGE: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», *Revista de derecho privado*, núm. 94 (2010); A. QUIÑONES ESCÁMEZ: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, núm. 3 (2009); J. RICARDO LORET DE MOLA: «Actualización sobre la gestación de sustitución por fertilización *in vitro*», *Cuadernos de medicina reproductiva*, núm. 2 (2006) y E. RUBIO TORRANO: «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9 (2011).

En la doctrina judicial es señera la SJ de Primera Instancia núm. 15 de Valencia 15 septiembre 2010 (AC\2010\1707).

«La Asamblea de Madrid insta al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantice los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción»¹⁴.

Las pretensiones de esta Proposición no de Ley eran mucho más modestas. Su ámbito de debate, el autonómico; la petición genérica realizada con una redacción amplia de protección de derechos y la especial atención a los menores y, de modo singular, la carencia de condicionantes, ni limitaciones ni concesiones, en cuanto a esa regulación futura que demandaba tampoco fueron elementos suficientes con los que facilitar su aprobación.

A esta Proposición no de Ley se presentaron tres enmiendas, una enmienda de sustitución y una de adición por parte del Grupo Parlamentario Podemos¹⁵ y una enmienda de

Sobre la práctica administrativa, cfr. F. J. HIERRO HIERRO: «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *NREDT*, núm. 190 (2016), págs. 186 y ss., recogiendo las distintas posturas emitidas en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los efectos de la maternidad subrogada en territorio nacional de acuerdo a los procedimientos seguidos.

¹⁴ Cfr. BO de la Asamblea de Madrid, núm. 49, de 10 de marzo de 2016, págs. 5458 a 5460.

Las argumentaciones en favor de ello, de manera sintética, fueron las siguientes:

- Alta demanda social. «Los ciudadanos tienen muy claro cuál es la posición respecto a este tema: un 83 por ciento de los españoles opinan que su regulación es totalmente necesaria.
- Avance de la legislación social.
- Medida de lucha contra las malas praxis.

¹⁵ Tal y como sostuvo la Sra. SERRA SÁNCHEZ (Grupo Parlamentario Podemos) en la defensa de sus enmiendas, con ellas se perseguía precisamente garantizar que la apertura de este debate sobre la gestación subrogada en nuestro país tuviera que ir ineludiblemente de la mano de la defensa de los derechos de las mujeres desde el principio, (*DS de la Asamblea de Madrid*, núm. 166, de 17 de marzo de 2016, pág. 9264).

La fundamentación de sus planteamientos estaban basados, resumidamente, en que:

- El fin altruista tiene que ver con desmercantilizar el conjunto del proceso y la relación entre quienes participan en él, «con garantizar, en definitiva, los derechos

adición¹⁶ por parte del Grupo Parlamentario Popular¹⁷. Pese a la aceptación por el partido proponente de la enmienda del Partido Popular y el rechazo de las del Grupo Podemos, la Proposición no de Ley fue finalmente rechazada no pudiendo continuar con su elevación al Gobierno de la Comunidad de Madrid y su posterior traslado al Gobierno de España¹⁸.

Quedan de manifiesto, pues, las controversias que suscita esta temática (derechos de la mujer, mercantilización del cuerpo humano...), que van mucho más allá de los sanos deseos de una familia, en cualesquiera de sus formas (monoparental, heterosexual, homosexual...) e importando y mucho los medios para la consecución del fin, de tener descendencia.

de las mujeres y evitar que mujeres en situación de precariedad o exclusión se vean empujadas a hacer un uso no deseado de su cuerpo».

- Debe garantizarse el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.
- Es necesario garantizar la existencia de un plazo dentro del cual la mujer tenga derecho a cambiar de decisión.
- Es preciso evitar situaciones en las que las mujeres se encuentren obligadas a pasar todo el embarazo encerradas en clínicas, obligadas a hacerse cesáreas, a tomar medicamentos con efectos nocivos para ellas..., en las que se fleten aviones para sacar a mujeres gestantes de zonas de catástrofe para que den a luz en contextos seguros, y luego se las devuelve a esa zona..., o en las que las agencias intermediarias se conviertan en mafia.
- En definitiva, la legalidad de la gestación subrogada en otros países debe estar condicionada a que existan para las mujeres de esos lugares los mismos derechos y las mismas garantías que se requieren para las mujeres españolas.

¹⁶ Se quería añadir, al final del apartado 1 y tras un punto y seguido, la siguiente frase: «La gestación subrogada nunca podrá tener carácter lucrativo o comercial».

¹⁷ En términos de la diputada autonómica, la Sra. GONZÁLEZ GONZÁLEZ (Grupo Parlamentario Popular), exigiendo que la normativa incluyera claramente que esta práctica nunca podría tener fines lucrativos o comerciales. La exigencia de esta regulación se sustentaba en que lo peor que le puede pasar a una sociedad es que se den prácticas en la realidad que no tengan su reflejo en la legalidad, (*DS de la Asamblea de Madrid*, núm. 166, cit., pág. 9267).

¹⁸ El resultado de la votación fue el siguiente: 126 diputados presentes; 62 votos a favor y 64 votos en contra. Cfr. *DS de la Asamblea de Madrid*, núm. 166, cit., pág. 9271. En igual sentido, *BO de la Asamblea de Madrid*, núm. 52, de 31 de marzo de 2016, pág. 5736.

1.4. Un recorrido que no se presenta fácil: el posicionamiento del Parlamento Europeo

A las rémoras que existen en los distintos Estados miembros, y que hasta la fecha no han sido suficientes para evitar los movimientos que se están produciendo en el ámbito interno de cada país (los cuales permiten aventurar que en el medio plazo se encuentren nuevas legislaciones sobre la gestación por sustitución), se une un nuevo impedimento de carácter internacional: el parecer expreso del Parlamento Europeo.

La *Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto [2015/2229(INI)]*¹⁹, en su apartado 115,

«Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos».

Reprobación que se realizó de manera tajante, por cuanto la Resolución fue apoyada por 421 votos, censurada por 86 y contó con las abstenciones de 116 eurodiputados²⁰. Una clara mayoría se mostró en contra de esta técnica

reproductiva, olvidando incluso la regulación interna de algunos Estados miembros.

Sin embargo, con independencia de la transcendencia mediática que en la actualidad posee esta figura, ha de afirmarse que fue muy escasa, significativamente inexistente, la atención requerida en el debate parlamentario. Solo se produjeron dos intervenciones para rechazar esta desaprobación.

En primer lugar, la de la Sra. Becerra Basterrechea (Alianza de los Demócratas y de los Liberales por Europa –ALDE–), señalando que, de forma extemporánea e injustificable, se condenaba la gestación subrogada comparándola prácticamente con la prostitución, la esclavitud sexual o hasta el tráfico de órganos, y pidiendo a todos los grupos que votasen en contra de este apartado al entender que la gestación subrogada es sencillamente una forma de fecundación *in vitro* que permite a muchos ciudadanos acceder a la paternidad cuando no pueden hacerlo por otra vía, debiéndose armonizar los marcos legales de los Estados para proteger los derechos de sus ciudadanos, con los niños siempre en primer lugar²¹.

En segundo lugar, por la Sra. SCHLEIN (Grupo de la Alianza Progresista de los Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo –S&D–)²², criticando que un debate tan complejo como el que rodea a la gestación por otro fuera tramitado en un párrafo de dos líneas. El necesario equilibrio entre la lucha contra la explotación y la libertad de las mujeres a decidir

²¹ Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20151216&secondRef=ITEM-015&language=ES&string=A8-2015-0344>.

²² Llama la atención sobre este particular las distintas posiciones mantenidas por las fuerzas políticas según se trate de votaciones de ámbito autonómico, nacional o Europeo. Aun cuando se tratara de textos diferentes, incitando a sentidos de votos divergentes, la siempre posible opción de modificar el texto propuesto con enmiendas de adición, sustitución, modificación, supresión o transaccionales permite afirmar que los posicionamientos entre las filas de las diferentes organizaciones políticas en nada pueden calificarse como de ortodoxos en sus variadas escalas territoriales o estructurales.

¹⁹ El acceso electrónico a este documento, entre otros lugares, se puede realizar a través del siguiente enlace Web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+VO//ES>.

²⁰ Cfr. <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d-546f334e7a67774c336470626d6c7561574e-7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a-4c315a6c64473874634770734d54677a4c56684a53556b-756347526d&fich=Veto-pjl183-XIII.pdf&inline=true>.

sobre su propio cuerpo exige de un análisis de mayor calado, rigor y profundidad²³.

La mezcolanza de derechos que se producen con esta figura bien requiere de exámenes sosegados y minuciosos, visualizando las distintas aristas y derivadas, así como sus consecuencias, no solo para los directamente intervinientes (madre gestacional y progenitores intencionales), sino también para la sociedad en la que se encuadra.

La negación de una realidad o su condena, cuando se trata por otra parte de prácticas permitidas en países de la Unión Europea, en nada contribuyen a la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos a los que de manera, quizá, un tanto rimbombante y grandilocuente se alude.

La interconexión de derechos presente bien necesita de un estudio pausado, alejado de debates pueriles y mediatizados. Mucho más cuando de instituciones de tan enorme calado se trata.

2. CUESTIONAMIENTOS PLANTEADOS²⁴

2.1. Asunto C-167/12 C.D. contra S.T.²⁵

2.2.1. El punto de partida

De manera cuasi telegráfica, la relación de los hechos es la siguiente:

²³ Cfr.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=-CRE&reference=20151216&secondRef=ITEM-015&language=ES&string=A8-2015-0344>.

²⁴ Para un estudio conjunto de ambos pronunciamientos, cfr. A. TAPIA HERMIDA: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución: (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12–)», *RTSS (CEF)*, núm. 374 (2014), págs. 134-140.

²⁵ La atención de la doctrina científica sobre este particular no se hizo esperar. Cfr. M.ª C. POLO SÁNCHEZ: «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, CD. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2 (2014), págs. 306-307.

- a. Una trabajadora en los hospitales de la *National Health Service Foundation*, organismo estatal, recurrió a la maternidad subrogada para hacer realidad su deseo de tener un hijo.
- b. El embrión se generó a partir del esperma de su pareja, siendo el óvulo fruto de una donación.
- c. Cuando aún no había transcurrido una hora desde el parto, la trabajadora comenzó a cuidar del bebé, siendo significativo que pudiera amamantarlo. Hecho que se prolongó durante tres meses.
- d. Cuatro meses después de alumbramiento fue dictada orden parental por la que se atribuyó a la trabajadora y a su pareja la responsabilidad parental plena y permanente sobre el niño.
- e. Antes del nacimiento, y sobre la base del régimen aplicable a los permisos por adopción²⁶, la trabajadora solicitó la obtención de un permiso remunerado por maternidad subrogada que le fue denegado.
- f. Meses después, antes del nacimiento del niño, la entidad demandada modificó su postura y, aplicando el régimen de permisos por adopción, otorgó a la trabajadora un permiso remunerado.
- g. En el Reino Unido la gestación subrogada está permitida y regulada bajo determinadas condiciones (entre otros requisitos, que el embrión se haya generado a partir de gametos de al menos uno de los demandantes, que estos sean marido y mujer o mantengan una relación análoga y que presenten la demanda de paternidad a más tardar transcurridos seis meses desde el naci-

²⁶ Se carecía de un régimen empresarial o legal específico en materia de gestación por sustitución.

miento del bebé y que la madre subrogada preste su consentimiento).

A pesar de la concesión final del permiso remunerado, la trabajadora interpuso demanda, basándose en la denegación inicial, alegando una discriminación ilegal por razón de sexo y/o embarazo y maternidad. Asimismo sostenía en su petición haber sufrido un perjuicio por razón de embarazo y maternidad y por el hecho de haber intentado obtener un permiso de maternidad.

Por su parte, el organismo estatal negaba toda infracción de Derecho y sostenía que la trabajadora no tenía derecho a un permiso de maternidad ni tampoco a un permiso por adopción, toda vez que dichos permisos son exclusivos de las mujeres que hayan dado a luz o adoptado a un niño.

Suspendido el procedimiento, fueron planteadas por el *Employment Tribunal Newcastle upon Tyne* al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Los artículos 1, apartado 1²⁷, y/o 2, letra c)²⁸, y/u 8, apartado 1²⁹, y/u 11, aparta-

do 2, letra b)³⁰, de la Directiva 92/85/CEE³¹, ¿establecen un derecho a disfrutar de un permiso de maternidad en favor de la madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada?

2) ¿Establece la Directiva 92/85 un derecho a obtener un permiso de maternidad en favor de una madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada en el supuesto de que:

a) pueda amamantar tras el nacimiento y/o

b) amamante efectivamente tras el nacimiento?

3) ¿Constituye una infracción del artículo 14³², en relación con los artículos 2,

³⁰ Art. 11.2.b): «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:

[...]

2) En el caso citado en el artículo 8, deberán garantizarse:

[...]

b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2».

³¹ 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) (DO L 348 de 28.11.1992).

³² Art. 14: «1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción;

b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica;

c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado;

d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

²⁷ Art. 1.1: «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».

²⁸ Art. 2: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[...]

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».

²⁹ Art. 8.1: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales».

apartado 1, letras a) y/o b), y/o 2, apartado 2, letra c)³³, de la Directiva 2006/54/CE (refundición)³⁴ el hecho de que un empresario niegue el permiso de maternidad a una madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada?

4) Debido a la relación de la trabajadora con la madre subrogada, ¿puede constituir una infracción del artículo 14, en relación con los artículos 2, apartado 1, letras a) y/o b), y/o 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 (refundición) la negativa a conceder un permiso de maternidad a una madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada?

5) Debido a la relación de la trabajadora con la madre subrogada, ¿puede constituir una infracción del artículo 14, en relación con los artículos 2, apartado 1, letras a) y/o

b), y/o 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 (refundición) el hecho de que se dispense un trato menos favorable a la madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada?

6) En el caso de que se responda afirmativamente a la cuarta cuestión, ¿es suficiente la condición de madre intencional para que ésta tenga derecho a un permiso de maternidad sobre la base de su relación con la madre subrogada?

7) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones 1, 2, 3 y 4:

a) ¿Tiene eficacia directa la Directiva 92/85 en lo que aquí atañe?

b) ¿Tiene eficacia directa la Directiva 2006/54 en lo que aquí atañe?».

2. Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

³³ Art. 2: «1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) «discriminación directa»: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable;

b) «discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios;

[...]

2. A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá:

[...]

c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE.

³⁴ 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) (DO L 204, 26.7.2006).

2.1.2. Conclusiones de la Sra. Kokott

De manera ordenada, con una buena sistemática, jalonadamente, la Sra. Kokott, Abogado General, escudriña el ordenamiento europeo para dar respuesta a las cuestiones planteadas.

No se pretende ahora reproducir su argumentación (adecuación a la estructura y objetivos finalistas de la Directiva comunitaria 92/85)³⁵, extensa y repleta de referencias al carácter tuitivo de la normativa europea (con la que en gran parte se está de acuerdo³⁶) y que discurre cual si de peldaños se tratara para descender hasta la meta propuesta, pero sí se entiende oportuno recoger la conclusión final

³⁵ El acceso a este documento se puede realizar, entre otros lugares, a través del siguiente enlace Web: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CC0167&lang1=es&type=TX&tancre=>

³⁶ En este sentido también, M.^a C. POLO SÁNCHEZ: «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, CD. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia», cit., págs. 306-307.

que realiza sobre las cuestiones prejudiciales planteadas. Su parecer es el siguiente:

«En una situación como la del procedimiento principal, una madre intencional que ha tenido un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada tiene derecho, tras el nacimiento del niño y aunque no amamante a su hijo, a un permiso de maternidad conforme a los artículos 2 y 8 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, cuya duración mínima será de dos semanas y de cuya duración total podrá descontarse la duración del permiso de maternidad que, en su caso, haya disfrutado la madre subrogada, siempre que la madre intencional haya asumido la custodia del niño tras el parto, la maternidad subrogada sea admisible en el Estado miembro afectado y se cumplan los requisitos previstos al efecto en la legislación interna.

A la luz de las circunstancias del procedimiento principal, no se aprecia una infracción del artículo 14 de 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.»

Se condiciona, por ende, el permiso de maternidad para los supuestos de maternidad subrogada a que, primero, se trate esta de una técnica de reproducción asistida permitida en el Estado miembro; segundo, se cumplan las demás exigencias fijadas por la normativa interna y, tercero, que se compartan los períodos de permiso entre la madre gestante y la madre intencional (beneficiarias ambas del permiso referenciado).

Se descarta de plano que la no concesión del mencionado permiso vulnere el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de

trato entre mujeres y hombres en el acceso y permanencia en el empleo.

En definitiva, pese a la no regulación expresa de esta figura por la normativa comunitaria, por cuanto se trataba de una técnica reproductiva impensable en el momento de su promulgación, encontraría cobijo en el carácter finalista de la Directiva europea, de modo singular en la protección de las relaciones materno-filiales perseguida por el permiso de maternidad regulado por el art. 8 de la Directiva 92/85.

La falta de previsión de esta técnica reproductiva en el momento de la promulgación de la Directiva se ve suplida con creces por la finalidad tuitiva de la maternidad entendida en sentido amplio y su contextualización al momento presente.

2.1.3. *Pronunciamento del Tribunal de Justicia*

Desoyendo en parte las conclusiones de la Abogado General, el Tribunal de Justicia concluye señalando:

«1) 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), debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.

2) El artículo 14 de 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, puesto en relación con el artículo 2, apartados 1, letras a) y b), y 2, letra c), de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo».

Centra el Tribunal de Justicia su foco de atención, al igual que hiciera la Abogado General, en el objetivo del permiso por maternidad previsto en el art. 8 de la Directiva 92/85, concretando que este no es otro que la finalidad de proteger la salud de la madre del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada del embarazo.

No obvia la referencia al carácter protector de la normativa europea para con los lazos materno-filiales, señalando que este permiso también pretende proteger las relaciones especiales de la mujer con su hijo, si bien pronto matiza que este objetivo, el perseguido por la Directiva, solo abarca el período posterior al embarazo y al parto³⁷.

Se requiere, por ende, para lucrar el permiso por maternidad que la trabajadora haya estado embarazada y haya dado a luz al hijo.

Ello no obsta, continua la Sala, para que los Estados miembros puedan aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables

³⁷ Cfr. A. TAPIA HERMIDA: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución: (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12–)», cit., pág. 137.

para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

El Tribunal realiza una lectura y exégesis de la disposición comunitaria más restrictiva³⁸, apegada a la literalidad, que la tesis defendida por la Abogado General.

En otro orden de cosas, y en eso sí coincidente con la postura de la Sra. Kokott, tampoco se entiende vulnerada la Directiva 2006/54 por la no concesión del permiso por maternidad, ya que no supone una discriminación directa basada en el sexo; ni indirecta en tanto no queda acreditado que la denegación del permiso perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores³⁹; ni por razón del embarazo⁴⁰.

³⁸ En este sentido, cfr. M.ª C. POLO SÁNCHEZ: «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, CD. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia», cit., págs. 306-307, quien afirma que este pronunciamiento se opone con toda evidencia a la interpretación amplia favorable siempre a la protección de la trabajadora y que, en este supuesto, no encuentra acomodo, por asimilación, con la figura de la adopción.

³⁹ Ante la realidad incontrovertible, sostiene la Profa. Polo, de que de modo mayoritario son las mujeres quienes se ocupan de los menores, resulta especialmente sorprendente el posicionamiento contradictorio que mantiene el TJUE al afirmar que una madre subrogante «no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño», olvidando que ello constituye simplemente una primera fase en lo que más tarde será la atención y cuidado del menor, que corresponderá por igual a cualquier trabajadora, se haya producido embarazo o no, y desconociendo así de forma implícita los supuestos de adopción, en donde tales permisos sí se reconocen inequívocamente, cfr. M.ª C. POLO SÁNCHEZ: «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, CD. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia», cit. 307.

⁴⁰ A. TAPIA HERMIDA: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución: (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12–)», cit., págs. 137-138.

2.2. Asunto C-363/12 Z. contra A Government department y The Board of management of a community school

2.2.1. Semejanzas y diferencias

El 26 de septiembre de 2013 fueron presentadas por el Abogado General, Sr. Nils Wahl, sus conclusiones al Asunto C-363/12. La cuestión debatida, en esencia, era si una mujer que no podía llevar a cabo su embarazo y que finalmente tiene a una hija biológica mediante un acuerdo de maternidad subrogada tiene derecho a un permiso laboral retribuido equivalente al permiso por maternidad o adopción.

Los datos básicos sobre el asunto planteado son los siguientes:

- a. La trabajadora, profesora en un colegio gestionado por un organismo público de Irlanda, padece una dolencia infrecuente. Aunque dispone de ovarios sanos y es por lo demás fértil, carece de útero y no puede desarrollar un embarazo.
- b. Con el fin de tener un hijo, la trabajadora y su marido se pusieron de acuerdo con una madre de alquiler para que diera a luz a un niño en Estados Unidos.
- c. Fruto del acuerdo de maternidad subrogada en el año 2010 nació una niña, que es hija biológica del matrimonio. La niña fue concebida con los gametos de sus padres intencionales. En nada se menciona a la madre de alquiler en el certificado estadounidense de nacimiento de la niña.
- d. En el ordenamiento interno se establece el derecho a un permiso retribuido por adopción y por maternidad. No existe ninguna disposición expresa en la legislación irlandesa ni en el contrato de trabajo que prevea la concesión de un permiso por el nacimiento de un hijo mediante un acuerdo de maternidad subrogada. El Derecho irlandés no regula la maternidad subrogada.
- e. Ello no fue óbice para que durante el embarazo de la madre de alquiler la trabajadora solicitase un permiso por adopción.

La denegación del permiso retribuido y el ofrecimiento de un permiso parental no retribuido derivaron en la presentación de una demanda ante el *Equality Tribunal*. Su argumentación, que había sufrido una discriminación por razón de sexo, situación familiar y discapacidad.

Ante las dudas surgidas acerca del ámbito de aplicación y de la interpretación de las disposiciones pertinentes de la legislación de la UE, el *Equality Tribunal* acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Habida cuenta de las siguientes disposiciones del Derecho primario de la Unión Europea:

- (i) artículo 3⁴¹ del Tratado de la Unión Europea,
- (ii) artículos 8⁴² y 157⁴³ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; y/o

⁴¹ Art. 3.3: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño».

⁴² Art. 8: «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

⁴³ Art. 157: «1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

(iii) artículos 21⁴⁴, 23⁴⁵, 33 y 34⁴⁶ de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

¿debe interpretarse la [Directiva 2006/54] y, en particular, sus artículos 4⁴⁷ y

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

⁴⁴ Art. 21: «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁴⁵ Art. 23: «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución».

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

⁴⁶ Art. 33: «1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social».

2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño».

Art. 34: «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales».

⁴⁷ Art. 4: «Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución».

14⁴⁸, en el sentido de que existe discriminación por razón de sexo en el caso de que a una mujer –cuyo hijo biológico ha nacido mediante un contrato de maternidad surogada y que es responsable del cuidado del hijo biológico desde el nacimiento– se le deniegue un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es compatible la [Directiva 2006/54] con las disposiciones citadas del Derecho primario de la Unión Europea?

3) Habida cuenta de las disposiciones siguientes del Derecho primario de la Unión Europea:

(i) artículo 10⁴⁹ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y/o

(ii) artículos 21, 26⁵⁰ y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

¿debe interpretarse la [Directiva 2000/78] y en particular sus artículos 3, apartado 1⁵¹,

En particular, 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».

⁴⁸ Vid. nota núm. 32.

⁴⁹ Art. 10: «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁵⁰ Art. 26: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

⁵¹ Art. 3.1: «1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;

y 5⁵², en el sentido de que existe discriminación por razón de discapacidad en el caso de que a una mujer –que sufre de una discapacidad que le impide gestar y dar a luz, cuyo hijo biológico ha nacido mediante un contrato de maternidad subrogada y que es responsable del cuidado del hijo biológico desde el nacimiento– se le deniegue un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción?

4) En caso de respuesta negativa a la tercera cuestión, ¿es compatible la [Directiva 2000/78] con las citadas disposiciones del Derecho primario de la Unión Europea?

5) ¿Puede invocarse la Convención de las [NU] sobre los derechos de las personas con discapacidad a los efectos de interpretar y/o impugnar la validez de la [Directiva 2000/78]?

6) En caso de respuesta afirmativa a la quinta cuestión, ¿es compatible la [Directiva 2000/78] y, en particular, sus artículos 3 y 5, con los artículos 5⁵³,

b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas».

⁵² Art. 5: «A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

⁵³ Art. 5: «1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas

6⁵⁴, 27, apartado 1, letra b)⁵⁵, y 28, apartado 2, letra b)⁵⁶, de [la Convención de las NU]?».

Se sustentan ahora las cuestiones prejudiciales, desatendiendo cualquier referencia a la protección de la maternidad ante el trabajo (no así el tratamiento otorgado por el Aboga-

con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad».

⁵⁴ Art. 6: «1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención».

⁵⁵ Art. 27.1.b): «1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

[...]

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos».

⁵⁶ Art. 28.2.b): «2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

[...]

b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza».

do General y el pronunciamiento del Tribunal de Justicia), sobre la normativa en materia de igualdad y no discriminación de género y por discapacidad.

Además de ello, como hitos diferenciadores con el Asunto C-167/12 sobresalen que la maternidad subrogada se trata de una práctica no regulada en Irlanda y la existencia del reconocimiento de la trabajadora como madre biológica de la niña de acuerdo con el país en el que se llevó a cabo esta técnica reproductiva, incluyéndose un elemento de internacionalidad.

2.2.2. Conclusiones del Sr. Wahl

Desde el inicio de su excurso el Sr. Wahl manifestó que no consideraba que pudiera deducirse de la Directiva 2006/54 o de la Directiva 2000/78 que una mujer en la situación de la trabajadora tuviera derecho a un permiso laboral retribuido.

Su propuesta ante el Tribunal de Justicia fue la siguiente:

«1) 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 (refundición) no se aplica en circunstancias en las que se deniega a una mujer, cuyo hijo biológico ha nacido mediante un acuerdo de maternidad subrogada, un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o adopción.

El examen de las cuestiones planteadas no ha puesto de manifiesto ningún elemento susceptible de afectar a la validez de la Directiva 2006/54.

2) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y

la ocupación no se aplica en circunstancias, como las del asunto del que conoce el órgano jurisdiccional remitente, en las que se deniega a una mujer, que sufre una dolencia que le impide gestar y cuyo hijo biológico ha nacido mediante un acuerdo de maternidad subrogada, un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o adopción.

El examen de las cuestiones planteadas no ha puesto de manifiesto ningún elemento susceptible de afectar a la validez de la Directiva 2000/78».

En su argumentación, y aun cuando no referida en la resolución a la Directiva 92/85, el Abogado General no dejó pasar la oportunidad para desmoronar o replicar la fundamentación sostenida por la Sra. Kokott sobre este particular. En tal sentido afirmó, alineándose con lo que sería el posterior pronunciamiento del Tribunal de Justicia, que está bastante claro que el objetivo de la protección que ofrece la Directiva comunitaria consiste en promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las mujeres embarazadas. El objetivo del art. 8 no es otro que proteger a la mujer durante un período en el que es especialmente vulnerable tanto antes como después del parto, ayudando a las trabajadoras a recuperarse de las limitaciones físicas y mentales derivadas del embarazo y de las consecuencias del parto, así como facilitar su vuelta al mercado de trabajo al final de su permiso, sin olvidar la importancia de las relaciones especiales que se establecen después del nacimiento entre la mujer y su hijo. Sin embargo, este objetivo, fundamenta el Abogado General, solo puede entenderse en su contexto; como un corolario lógico del parto (y de la lactancia).

De otra parte, también descarta la concurrencia de una discriminación prohibida por razón de sexo. La diferencia de trato denunciada por la trabajadora no se basa en el sexo, sino en la negativa de las autoridades nacionales a equiparar la situación de una madre comitente con la de una mujer que ha dado a luz o una madre adoptiva. La Directiva

2006/54 no se aplica al trato menos favorable alegado.

Añade además, tras analizar los cuestionamientos plantados sobre el Derecho originario, el Derecho primario e internacional y la conceptualización de la discapacidad, que en esta materia tampoco existe rasgo alguno de discriminación. El trato menos favorable que la trabajadora critica no puede considerarse incluido en el ámbito de aplicación del art. 5 de la Directiva 2000/78.

2.2.3. *Pronunciamiento del Tribunal de Justicia*

A diferencia del supuesto anterior, ahora el Tribunal de Justicia sí se hace eco de las diferentes conclusiones del Abogado General. Concluye en tal sentido:

«1) 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 particular sus artículos 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

La situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva.

2) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de dene-

gar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

La validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención».

Reitera el Tribunal los planteamientos recogidos *supra* sobre la discriminación por razón de sexo. No procede, por tanto, detenerse en ello.

En lo que atañe a la alegación presentada sobre discriminación por razón de discapacidad⁵⁷, sentencia que la afección que aqueja a la trabajadora no constituye una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78⁵⁸, por lo que esta no es aplicable en una situación como la planteada en el litigio principal.

Ningún obstáculo se deriva de la aplicación de la Convención de la ONU, por cuanto no tiene efecto directo en el Derecho de la Unión.

En definitiva, estos dos pronunciamientos, sobre temática uniforme (maternidad subrogada) y enfoques múltiples (mejora de la seguridad y salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; discriminación por razón de género o de discapacidad), han llevado a un sector de la doctrina científica a afirmar que con ellos se

⁵⁷ Cfr. A. TAPIA HERMIDA: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución: (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12–)», cit., pág. 138.

⁵⁸ La discapacidad debe entenderse en el sentido de que no solo abarca una imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de esta (punto 77 de la Sentencia).

crea jurisprudencia, apareciendo consolidada y no sujeta a posibles variaciones futuras⁵⁹.

Sin embargo, tal y como el propio Tribunal de Justicia avanza, la potestad legislativa de los países miembros es amplia. Si bien el ordenamiento europeo no obliga a los Estados miembros a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, estos, superando los mínimos establecidos, podrán aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables⁶⁰.

3. LA REPERCUSIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL INTERNA

3.1. Breve apunte introductorio

La negación del permiso de maternidad amparado en las previsiones normativas del orden comunitario en los supuestos de gestación por sustitución y el carácter abierto atribuido a los Estados para regular aquel centra ahora el debate en el ordenamiento jurídico interno y en la incidencia que la jurisprudencia analizada pudiera desarrollar en este contexto.

⁵⁹ Cfr. A. TAPIA HERMIDA: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución: (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12–)», cit., pág. 138.

⁶⁰ Cfr. Sobre el antagonismo entre los pronunciamientos del TEDH y el TJUE, cfr. C. MOLINA NAVARRETE: «Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto «Paradiso y Campanelli c. Italia», demanda núm. 25358/2012», *RTSS (CEF)*, núm. 399 (2016), pág. 200, quien señala que la Corte de Luxemburgo se encuentra anudada al formalismo positivista y el TEDH se muestra abierto a los principios de justicia material y defensor del activismo jurisprudencial en el desarrollo evolutivo del Derecho.

Las aproximaciones que, de manera limitada y parcial o con una pretensión más extensa y amplia (las menos), se han efectuado sobre esta materia por la doctrina científica *iustlaboralista* han sido numerosas en los últimos años, tomando especial atención quizá desde los pronunciamientos del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶¹. Será, sin embargo, en el análisis de la doctrina judicial recaída sobre el reconocimiento de las prestaciones por maternidad o paternidad sobre el que pivoten las disertaciones de las páginas siguientes⁶², sin que ello

⁶¹ Cfr. Sobre este particular, entre otros muchos estudios y sin ánimo de exhaustividad, C. MOLINA NAVARRETE: «Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto «Paradiso y Campanelli c. Italia», demanda núm. 25358/2012», cit., págs. 195 y ss.; J. M. GÓMEZ MUÑOZ: «Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos», *NREDT*, núm. 185 (2016), págs. 313 y ss.; S. OLARTE ENCABO: «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014?», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2 (2015), págs. 129 y ss.; A. ARIAS DOMÍNGUEZ: «Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8 (2016), págs. 75 y ss.; M. J. MORENO PUEYO: «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *RMESS*, núm. 116 (2015), págs. 21 y ss., y «La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14», *NREDT*, núm. 172 (2015), págs. 287 y ss.; F. J. HIERRO HIERRO: «Gestación por sustitución y prestación de maternidad», cit., y «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», cit.; M.ª J. CERVILLA GARZÓN: «El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución», *NREDT*, núm. 188 (2016), págs. 179 y ss.; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y S. J. DE CASTRO MEJUTO: «¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», *RGDTySS*, núm. 40 (2015) y A. SELMA PENALVA: «Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada», *NREDT*, núm. 172 (2015), págs. 295 y ss.

⁶² Se empleará en el presente estudio la doctrina judicial recaída en las solicitudes de prestación por maternidad o paternidad en el campo de la Seguridad Social, zonas próximas a las cuestiones tratadas, por cuanto hasta el momento han sido escasos los pronunciamientos en los que de manera directa se han referido a la concesión o no del permiso por maternidad en los supuestos de gestación

constituya ningún óbice al apoyo puntual en la academia.

Son dos grandes líneas las que hasta fechas recientes se han mantenido vivas. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo de fecha 19 y 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016⁶³, a buen seguro que en nada atemperarán el debate doctrinal existente, sino que, muy al contrario, contribuirán de manera decidida a avivarlo. Sin ir más allá, la existencia de votos particulares⁶⁴ sustentados en una construcción argumental lógica y poderosa alientan las posturas contrapuestas⁶⁵.

No se busca ahora reproducir los sustentos de cada una de las dos tendencias referenciadas entorno a sus posicionamientos a favor o en contra acerca de la concesión o no de la prestación por maternidad o paternidad, sino centrar la atención en cómo la jurisprudencia comunitaria, y el apuntalamiento que de esta se deriva, es asumido por cada una de ellas

subrogada. Un ejemplo de ello es la STSJ Madrid 30 marzo 2015 (JUR 2015\108842).

⁶³ Cfr. SSTs 19 y 25 octubre y 16 noviembre 2016, núm. 897/2016, 881/2016 y 953/2016, respectivamente. Las tres votadas y falladas en Pleno el 19 de octubre de 2016.

⁶⁴ Téngase presente que a la STS núm. 881/2016 se formularon tres votos particulares. El primero de ellos formulado por la Magistrada Excm. Sra. D^a M^a Lourdes Arastey Sahún; el segundo por el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López y, por último, el realizado por el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excm. Sra. Doña Milagros Calvo Ibarlucea y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

Por su parte, a la STS núm. 953/2016 también se formularon votos particulares. El primero de ellos, discrepante, realizado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, y al que adhieren los Magistrados Excm. Sra. D^a María Milagros Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto; y, el segundo, formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excm. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López y Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

⁶⁵ Con igual debate en el ámbito civilista, cfr. F. J. HIERRO HIERRO: «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», cit., págs. 198 y ss.

(recuérdese, sobre procedimientos en materia de prestaciones de la Seguridad Social)⁶⁶.

La cuestión en nada se entorna fácil. La importante conflictividad que se deriva de los valores y derechos involucrados (interés superior del menor, orden público internacional...) en poco contribuyen a posiciones dulcificadas.

3.2. A favor: seguidismo indubitado de la tesis del TJUE (minoritaria, pero en estado creciente, y ahora descabezada)

Las Sentencias del Tribunal de Justicia han servido, como pocas, para derramar y afianzar una tesis en la doctrina judicial que hasta el momento contaba con pocos exponentes, mostrándose de modo palpablemente minoritario. Eran escasas las resoluciones judiciales que se habían pronunciado en contra de la concesión del permiso de maternidad a la madre comitente en los supuestos de gestación por sustitución.

Las Sentencias del TJUE, aderezadas en el orden interno con los pronunciamientos de la jurisdicción civil, permitieron cambiar la tendencia, impulsando esta tesis restrictiva de derechos⁶⁷. Su fundamentación jurídica se

⁶⁶ Para un completo estudio sobre las pronunciamientos habidos en materia de prestación por maternidad y paternidad, cfr. F. J. HIERRO HIERRO: «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», cit., págs. 203 y ss. Encontrándose entre los primigenios trabajos en abordar estos pronunciamientos judiciales, cfr. nuestro trabajo: «Gestión por sustitución y prestación de maternidad», cit.

⁶⁷ Sin que en ningún caso pudiera entenderse que ello doblegara la tendencia mayoritaria. Cfr. en este sentido, S. OLARTE ENCABO: «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014?», cit., págs. 138 y 141, quien matiza que esta, no obstante, no es capaz de contrarrestar, per se, el sentir mayoritario en la doctrina judicial, calificando su fundamentación jurídica de insuficiente; y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN Y S. J. DE CASTRO MEJUTO: «¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», cit., pág. 69.

sustenta casi en exclusiva en estas⁶⁸, apoyada en la construcción civilista.

Se afirmaba así que «al momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que nos vemos obligados a acatar, visto su origen, en relación a la denominada maternidad por sustitución, y desde el punto de vista del derecho o no a la prestación aquí también controvertida»⁶⁹.

No se adentra, en la argumentación jurídica, en cuestiones complejas sobre la delimitación del interés superior del menor o del orden público, sino que se constriñen a aplicar la que entienden como mejor tesis jurídica aludiendo a pronunciamientos existentes⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. SSTSJ Madrid 7 julio 2014 y 5 octubre 2015 (JUR 2014\244222 y 2015\253456); Andalucía/ Sevilla 4 febrero 2015 (AS 2015\720) y País Vasco 13 mayo 2014 (AS 2014\1228) y 3 mayo 2016 (JUR 2016\117724).

Acorde con este posicionamiento judicial, cfr. M. HERRANZ HERGUEDAS: «Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución», *NREDT*, núm. 178 (2015), págs. 337 y ss.

⁶⁹ Una lectura crítica a esa postura, cfr. M. J. MORENO PUEYO: «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», cit., págs. 44 a 46 y A. ARIAS DOMÍNGUEZ: «Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad», cit., págs. 88-89 y 93-94, para quien estas sentencias no han sido bien leídas, llevándose a cabo de una manera excesivamente apresurada y deduciendo de ellas consecuencias excesivamente cerradas, maximalistas y refractarias a los matices.

⁷⁰ Una parte de la doctrina científica también se ha postulado a favor de esta tesis, si bien arguyendo, junto a los postulados anteriores, que conforme al ordenamiento jurídico interno no es posible la renuncia voluntaria a todos los derechos jurídicos derivados de la filiación [arts. 111 y 170 Código Civil (LEG 1889, 27)] y que la aplicación analógica de una norma a un supuesto no contemplado en ella solo puede realizarse en el caso de ausencia de regulación legal. Siendo así, la normativa no contempla el derecho a causar el subsidio por maternidad derivado de la gestación por sustitución, pero no por olvido o falta de previsión (lo que podría justificar la citada aplicación analógica), sino por coherencia legislativa con el resto del ordenamiento cfr. M. HERRANZ HERGUEDAS: «Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución», cit., págs. 337 y ss.

3.3. Elementos para no sentirse vinculados (el sentir mayoritario de las Salas de lo Social)

En sentido opuesto al planteamiento recogido en el apartado precedente se han manifestado también un buen número de resoluciones judiciales⁷¹.

Así, se ha señalado que como consecuencia de la más favorable legislación interna no pueden entenderse aplicables las SSTJUE de 18 de marzo de 2014, puesto que es obvio que en el ordenamiento jurídico español hay disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más beneficiosas que el contenido de mínimos de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, la cual establece unas medidas mínimas destinadas a la protección de la salud y seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁷².

⁷¹ Cfr. SSTSJ Cataluña 9 marzo, 1 julio y 15 septiembre 2015 (AS 2015\954, 1826 y 2019) y 11 febrero y 15 abril 2016 (JUR 2016\97024 y AS 2016\929); Murcia 30 marzo 2015 (JUR 2015\108842); Madrid 12 febrero y 31 marzo 2016 (AS 2016\737 y JUR 2016\117188); Castilla-La Mancha 27 mayo 2015 (AS 2015\1332); Islas Canarias/Las Palmas 27 marzo 2015 (AS 2015\1993) y SJS núm. 36 Barcelona 7 marzo 2016 (AS 2016\802).

Incluso el voto particular a la STSJ País Vasco 3 mayo 2016 (JUR 2016\117724), en el que se afirma que en aquella se produce un sustento equívoco en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

Cfr. en este sentido, S. OLARTE ENCABO: «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014?», cit., pág. 140; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA: «¿Tienen derecho las madres «subrogantes» al permiso y a la prestación por maternidad?», *RAD*, núm. 9 (2014) BIB\2014\4275 y A. TAPIA HERMIDA: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12», cit., pág. 137.

Recogiendo el resto de argumentaciones en favor de la concesión de la prestación por maternidad (finalidad de la prestación, interés superior del menor, aplicación analógica...), cfr. F. J. HIERRO HIERRO: «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», cit., págs. 208 y ss.

⁷² Cfr. M.ª D. ORTIZ VIDAL: «La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en Espa-

Nunca en ese marco de mínimos y atendiendo solo a ellos, sería su destinatario un padre biológico titular único de la relación jurídica parental como consecuencia de la renuncia de sus derechos de la progenitora biológica y que, a los presentes efectos, no ostenta la condición de titular de derechos en relación con el menor. La constancia registral del progenitor biológico no puede llevar a privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario de la prestación por maternidad en nuestra legislación.

A lo que se añade la formal discordancia entre lo que constituye el objeto de la sentencias analizadas –permiso de maternidad– y la prestación correspondiente (pues, «cada uno de ellos tiene su propia regulación hasta el punto de que puede existir el derecho al descanso...y no existir el derecho al subsidio por maternidad»).

Además, y por último, se entiende que no son aplicables los pronunciamientos del TJUE por cuanto interpretan las Directivas sobre la promoción de la mejora de la seguridad y salud en el mercado laboral de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, o la relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, mientras que la respuesta jurídica se sostiene sobre la analogía, como una técnica de aplicación del derecho prevista en el Título Preliminar del Código Civil (apartado 1 del art. 4), cuya aplicación no puede ser discutida por el criterio

ña y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *NREDT*, núm. 180 (2015), págs. 256 y ss., para quien estos pronunciamientos no pueden traducirse en que los Estados miembros no puedan conceder a la madre subrogante el permiso de maternidad, a través de disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

del Tribunal de Justicia sobre la interpretación y alcance de las Directivas ajenas a este principio o técnica aplicativa.

3.4. La valoración para el Tribunal Supremo: zanjando posturas

En el transcurso de la elaboración de este estudio se han hecho públicos dos pronunciamientos del Alto Tribunal sobre sendos recursos de casación para la unificación de doctrina en los que se planteaba si la maternidad por subrogación o sustitución podía considerarse situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento, con la particularidad de que en uno de los casos el solicitante de la prestación era un varón.

El Tribunal Supremo, en ambos casos, ha dado la razón a los solicitantes de tales prestaciones, pues ha estimado que ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios.

En lo que ahora atañe, y sobre la proyección que la doctrina del TJUE ha de tener en el ordenamiento interno, el Alto Tribunal en su sentencia de 25 de octubre de 2016, núm. 881/2016, FFJJ Cuarto y Décimo, se ha manifestado del modo siguiente:

FJ Cuarto: «En conclusión, una cosa es que el ordenamiento emanado de la UE carezca de previsiones a partir de las cuales deba accederse a la petición del Sr. Rodríguez Martínez (lo cual es cierto) y otra que obligue a desestimarla (lo que no se corresponde con la realidad). Por tanto, la argumentación axial de la sentencia de contraste debe considerarse errónea [...]».

FJ Décimo: «De las diversas Directivas de la UE que influyen sobre el tema y de las SSTJUE de 18 marzo 2014 se desprende que la cuestión examinada es ajena a las mismas. No es

discriminatorio (ni por razón de sexo, ni por discapacidad) rechazar el permiso por maternidad o las prestaciones asociadas en estos casos. Tampoco es exigible lo contrario desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales. Tales conclusiones no impiden que el ordenamiento español abrace solución contraria, dado el carácter de *norma mínima* que poseen la Directivas».

Los distintos votos particulares realizados al pronunciamiento mayoritario de la Sala y en los que se recogen sus discrepancias en nada cuestionan este aspecto⁷³. Ninguna tacha a la construcción jurídica formulada por el Magistrado-Ponente sobre este particular es referida en los votos formulados. La unanimidad del Pleno de la Sala de lo Social parece inequívoca.

En este sentido, la STS de 16 de noviembre de 2016, núm. 953/2016, FJ Noveno, ha fijado la siguiente doctrina:

«Noveno: No se opone a las anteriores consideraciones (concesión de la prestación por maternidad) lo resuelto por el TJUE en las sentencias de 18 de marzo de 2014, C-167/12 y C-363/12».

De nuevo, los votos particulares formulados no presentan referencia, ni directa ni indirecta, a la desestimación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁴.

Así se constata además de manera explícita en un tercer pronunciamiento realizado por el Tribunal Supremo. En esta línea el Alto Tribunal no ha entendido presente el requisito de contradicción cuando por parte del Letrado de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-167/12.

⁷³ Cfr. nota núm. 64.

⁷⁴ Cfr. nota núm. 64.

La existencia de algunas diferencias fácticas y normativas (amamantamiento del menor, regulación de la gestación por sustitución en el país de origen...) no constituía obstáculo alguno para la apreciación del cumplimiento de la exigencia de la contradicción. Sin embargo, la concurrencia de otras diferencias fue insalvable para apreciar la presencia de este requisito.

Así, el FJ Segundo. 4 y 5 de la STS 19 octubre 2016, Sentencia núm. 897/2016, dispuso:

«4. [...]a).– Como se cuida de precisar el propio TJUE, la protección que dispone la Directiva 92/85/CE [19/ Octubre/1992] por el concepto de «permiso de maternidad», se limita a la trabajadora «embarazada», «que ha dado a luz» o «en periodo de lactancia», por lo que «la atribución de un permiso por maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño» [apart. 37].

Diversamente, en el litigio ahora debatido la prestación reclamada alcanza como situaciones protegidas –según vimos– no solamente a la «maternidad» propiamente dicha, sino también a las situaciones asimiladas de «la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple... durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4» del Estatuto de los Trabajadores (art. 133 bis LGSS/1994).

b).– En la decisión de contraste, la Gran Sala del Tribunal de Justicia se limita a declarar que el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE «debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados ... [...]»; y que el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE [05/Julio/2006], «debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias

a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo».

Pero desde el momento en que el Derecho de la UE constituye una garantía de mínimos susceptible de ser mejorados por las legislaciones internas de los Estados miembros, la circunstancia de que el derecho pretendido no encuentre –innegablemente– apoyo en las referidas Directivas [tal como declara tajantemente según acabamos de ver– la decisión invocada como contraste], ello no impide que el derecho que se reclama pudiera estar reconocido –pese a todo– por la legislación española».

5. De esta forma resulta claro que aunque la maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no sería óbice para que el Derecho español pudiera –en su caso– atribuirle la misma consideración a los efectos legales; máxime cuando –y esta es otra diferencia entre los supuestos a contrastar– el Derecho comunitario únicamente contempla como objeto de protección la gestación propiamente dicha, en tanto que nuestra legislación de Seguridad Social atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento, lo que –al menos a efectos dialécticos– pudiera dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada; cuestión esta que no vamos a analizar en el presente procedimiento, precisamente por impedirlo la falta de contradicción.

Se concluyó, en definitiva, la falta de contradicción con la sentencia aportada como contraste.

Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión habidos hasta el momento no son extrapolables al ordenamiento jurídico interno. La resolución a los casos concretos habrá de buscarse en las normas españolas, quizá otorgantes de una mayor

protección a las disposiciones comunitarias dado el carácter de norma mínima que caracteriza a estas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8 (2016).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Hijos made in California», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3 (2009).
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2 (2009).
- CERVILLA GARZÓN, M.^a J.: «El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución», *NREDT*, núm. 188 (2016).
- COSTA, M., y SARAIVA LIMA, C.: «A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade», *Lusitana. Direito. Lisboa*, núm. 10 (2012).
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», *RAD*, núm. 6 (2011).
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos», *NREDT*, núm. 185 (2016).
- HEREDIA CERVANTES, I.: «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, tomo LXVI, 2013.
- HERRANZ HERGUEDAS, M.: «Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución», *NREDT*, núm. 178 (2015).
- HIERRO HIERRO, F. J.: «Gestación por sustitución y prestación de maternidad», *RDAS*, núm. 6 (2012).
- «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *NREDT*, núm. 190 (2016).
- LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, 2013.
- MORENO PUEYO, M. J.: «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *RMES*, núm. 116 (2015).

- «La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14», *NREDT*, núm. 172 (2015).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y DE CASTRO MEJUTO, S. J.: «¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», *RGDTySS*, núm. 40 (2015).
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto «Paradiso y Campanelli c. Italia», demanda núm. 25358/2012», *RTSS (CEF)*, núm. 399 (2016).
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: «¿Tienen derecho las madres «subrogantes» al permiso y a la prestación por maternidad?», *RAD*, núm. 9 (2014).
- NEURAZ, A.: «La gestation pour autrui en France et dans le monde», *La Lettre du Gynécologue*, núm. 371 (2012).
- OLARTE ENCABO, S.: «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014?», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2 (2015).
- ORTIZ VIDAL, M.^a D.: «La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *NREDT*, núm. 180 (2015).
- PÉREZ MONGE, M.: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», *Revista de derecho privado*, núm. 94 (2010).
- POLO SÁNCHEZ, M.^a C.: «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, CD. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2 (2014).
- QUINONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, núm. 3 (2009).
- RICARDO LORET DE MOLA, J.: «Actualización sobre la gestación de sustitución por fertilización in vitro», *Cuadernos de medicina reproductiva*, núm. 2 (2006).
- RUBIO TORRANO, E.: «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9 (2011).
- SELMA PENALVA, A.: «Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada», *NREDT*, núm. 172 (2015).
- TAPIA HERMIDA, A.: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución: (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12–)», *RTSS (CEF)*, núm. 374 (2014).
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: «La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto», *Diario La Ley*, núm. 8868 (2016).

RESUMEN

El hecho de que en un buen número de países del entorno europeo se prohíba la gestación por sustitución no ha atemperado la voluntad de muchas personas o familias de tener descendencia mediante el recurso a esta técnica reproductiva, expatriándose temporalmente y asumiendo elevados costes económicos en aras de la materialización de su deseo. Se ha provocado así, incluyendo el siempre complejo elemento de la internacionalidad, la irrupción en los debates jurídicos nacionales de cuáles habrían de ser los efectos y consecuencias que se derivarían de esta praxis. Aspecto que también ha alcanzado, con carácter primario, a las prestaciones de Seguridad Social. De modo singular, a las prestaciones o permisos por maternidad.

Se analizan aquí los pronunciamientos del TJUE recaídos sobre esta materia y su incidencia en el ordenamiento jurídico interno.

Palabras clave: Maternidad subrogada, prestaciones, Seguridad Social.

ABSTRACT

The fact that in a number of countries in the European environment banning gestation by substitution has not tempered the will of many individuals or families to have offspring by using this reproductive technique, temporarily expatriating and assuming high economic costs for the sake of The materialization of his desire. Thus, including the ever complex element of internationality, the emergence in national legal debates of what would be the effects and consequences that would derive from this practice has been provoked. This aspect has also reached, on a primary basis, Social Security benefits. In particular, maternity benefits or leave.

The ECJ rulings on this matter and their impact on the domestic legal order are analyzed here.

Keywords: Maternity surrogacy, benefits, Social Security.

El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español

Collective redundancy in EU law: contrasts and frictions with the Spanish law

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ*

1. SOBRE LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA REGULACIÓN INTERNA DEL DESPIDO COLECTIVO

La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de los últimos tres años obliga a la reflexión acerca de los límites a los que quedan sujetos los ordenamientos jurídicos nacionales. Como consecuencia de las decisiones del Tribunal europeo, el Derecho español ha tenido que replantearse conceptos hasta ahora tenido por básicos y reconocidos como verdades universales en el Derecho del Trabajo español. Entre ellos, el propio concepto de trabajador o el del centro de trabajo como unidad en la que ha de realizarse el cómputo del número de extinciones a efectos del despido colectivo.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Santiago de Compostela. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER) titulado *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad*.

A la regulación del despido colectivo son aplicables tanto el Derecho de la Unión Europea, a través de 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 colectivos¹, como el Derecho interno, representado por el art. 51 ET. No obstante, la Directiva no tiene por finalidad unificar las legislaciones nacionales, sino armonizar los elementos básicos sobre los que se han de articular las

¹ Inicialmente, la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos, tuvo por finalidad fijar unos estándares mínimos de protección frente a los despidos colectivos en los Estados Miembros que impidiesen a las multinacionales con establecimientos en diversos Estados realizar sus despidos en aquellos en los que los costes fuesen inferiores. Fue modificada por la Directiva 92/56/CEE del Consejo de 24 de junio de 1992, que trató de adecuarla a la realidad empresarial y jurídica. Sobre la evolución de estas Directivas hacia la regulación actual, véase NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *Transmisión de empresas y despidos colectivos*, en NOGUEIRA GUASTAVINO, FOTINO-POULOU BASURKO y MIRANDA BOTO (dir.s.), *«Lecciones de Derecho social de la Unión Europea»*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2011), pp. 447 y ss.).

regulaciones nacionales, que, en ocasiones, no se ajustan necesariamente a lo dispuesto en aquella, como sucede en nuestra legislación con el art. 51 ET. Por ello, en el año 2015 el Tribunal de Justicia dictó cinco sentencias precisando cuál ha de ser la interpretación correcta de la Directiva 98/59/CE. Se trata de las sentencias *Wilson*², *Lyttle*³, *Balkaya*⁴, *Rabal Cañas*⁵ y *Pujante Rivera*⁶. Como acertadamente se ha señalado, «las nuevas reglas de juego introducidas por las sucesivas reformas laborales están dando lugar a una inusitada virtualidad aplicativa de normativa internacional y comunitaria que –al menos en su traducción práctica– no siempre resulta fácil de comprender y de explicar»⁷.

Entre estas sentencias destacan las dos últimas, *Rabal Cañas* y *Pujante Rivera*, por tener su origen, precisamente, en órganos jurisdiccionales españoles y como fondo la adecuación del Derecho español. En ellas, el Tribunal pone de manifiesto el contraste entre la protección de mínimos que ofrece la Directiva

y la, al menos en teoría, superior protección que trata de ofrecer, sin pleno éxito, el legislador español, apartándose para ello del texto de la Directiva⁸.

En cualquier caso, todas ellas tienen una importante trascendencia, dado que reformulan, ampliándolo, el criterio de cómputo de los trabajadores despedidos, superando los que hasta ahora contemplaba el art. 51 ET y la jurisprudencia nacional⁹.

El Derecho de la Unión Europea, como ámbito del que procede la noción actual del despido colectivo, ofrece una «construcción artificial»¹⁰ de este, que surge mediante la suma de un determinado número de extinciones en unos umbrales espaciales (empresa o centro de trabajo) y temporales establecidos en el art. 1 de la Directiva 98/59/CE y en el art. 51.1 ET. Como consecuencia de ello, los trabajadores afectados por un despido colectivo quedan protegidos por las garantías dispuestas en su favor en la Directiva.

Esta tutela se ve reforzada, siquiera en el plano simbólico, por el derecho a la protección en caso de despido injustificado, prevista por el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamen-

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2015, *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (US-DAW) y B. Wilson contra WW Realisation 1 Ltd y otros*, Asunto C-80/14, ECLI:EU:C:2015:291.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2015, *Valerie Lyttle y otros contra Bluebird UK Bidco 2 Limited*, Asunto C-182/13, ECLI:EU:C:2015:317.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2015, *Ender Balkaya contra Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, Asunto C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2015, *Andrés Rabal Cañas contra Nexea Gestión Documental SA y Fondo de Garantía Salarial*, Asunto C-392/13, ECLI:EU:C:2015:318.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2015, *Cristian Pujante Rivera contra Gestora Clubs Dir SL y Fondo de Garantía Salarial*, Asunto C-422/14, ECLI:EU:C:2015:743.

⁷ MARTÍNEZ MORENO, C., *Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la STS de 17 de octubre de 2016 (Rec. 36/16)*, Actum Social nº 116, actualidad octubre 2016, pp.19 y ss. En palabras de la autora: «Algo debe estar pasando con los despidos colectivos en Europa cuando, tratándose de una Directiva que desde su promulgación allá por mediados de los años sesenta ni mucho menos había dado lugar a un número significativo de cuestiones prejudiciales ni pronunciamientos del TJ –al menos en comparación con otras Directivas como la de traspaso de empresas».

⁸ En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (*El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51 ET*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 2, mayo 2015, p. 114): «el contraste entre dos ordenamientos, uno de protección de mínimos en los despidos colectivos que exige consultas estrictamente cuando lo requiere la Directiva y repite Gran Bretaña, y sola para examinar la evitabilidad de despidos, y un ordenamiento como el español, que supera con mucho los mínimos de la Directiva, entre otras cosas y sobre todo, porque exige una causa justificadora de los despidos colectivos para su solicitud, que lleva a una necesaria información exhaustiva por parte de las empresas de los motivos que han llevado a la decisión de despidos».

⁹ Véase un completo análisis de estas sentencias en CASAS BAAMONDE, M^ºE., *Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresas, y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 4, 2015, pp. 374 y ss.

¹⁰ DESDENTADO BONETE, A., *La delimitación legal del despido colectivo*, en M. GODINO REYES (dir.), «Tratado de despido colectivo», Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), p. 49.

tales de la Unión Europea. Así pues, al llevar a cabo un despido colectivo, el empresario ha de respetar ciertos deberes de información y consulta exigidos por el Derecho de la Unión Europea y cuyo incumplimiento puede dar lugar, conforme al Derecho español, a la ineficacia de los despidos individuales.

Por lo tanto, solo cuando un conjunto de extinciones alcanza la consideración de despido colectivo, la Directiva obliga a someterlo a un cauce formal específico y a que sus afectados se beneficien de las garantías de información y consulta previstas en ella. Así pues, será preciso que la configuración de dichas extinciones encaje en los conceptos determinados en la Directiva, tales como los de extinciones computables, trabajadores habitualmente empleados, o centro de trabajo. De más está señalar que, por su relevancia, el significado de tales conceptos en las normas nacionales ha de concordar con el de la Directiva, aun cuando su finalidad armonizadora no alcance a las prácticas nacionales para adoptar despidos individuales o plurales, al no ser estos colectivos en el sentido de la Directiva, ni tampoco al derecho del empresario a efectuar dichos despidos¹¹.

Sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia ha negado que tales conceptos puedan definirse por remisión a las legislaciones de los Estados miembros. Señaladamente, el concepto «despido colectivo», sin ir más lejos, resulta esencial, al ser el presupuesto imprescindible para que puedan aplicarse las garantías previstas en la Directiva. Dada su trascendencia, «deben interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión». Por este motivo, las categorías jurídicas tradicionales resultarán ineficaces cuando

¹¹ Como indica NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (*Transmisión de empresas y despidos...*, cit., p. 448), la Directiva persigue una cierta armonización parcial, preservando la organización interna de las empresas, con el fin de alcanzar «una regulación europea de tipo procedimental, que busca uniformar una serie de garantías de los representantes de los trabajadores y que lo hace a través de disposiciones mínimas, de modo que los Estados Miembros o la propia negociación colectiva interna pueden introducir disposiciones más favorables para los trabajadores».

se opongan, o incluso cuando no se ajusten, a los ofrecidos por el Derecho de la Unión, de modo que el legislador nacional ya no es el único soberano sobre su propio ordenamiento jurídico.

Como es lógico, el replanteamiento de los viejos conceptos se limita a aquellos ámbitos sobre los que el Derecho de la Unión Europea puede ejercer sus competencias. Por ello, entre los objetivos de la Directiva 98/59/CE no se encuentra el de ofrecer una noción general de trabajador, pero sí la de determinar qué ha de entenderse por trabajador a los efectos del despido colectivo. Y ello aun cuando tal concepto de trabajador no se ajuste, o incluso se contraponga, a la concepción nacional ofrecida por el derecho interno de algún Estado Miembro.

Lo mismo ha sucedido con el tradicional concepto de «centro de trabajo». La más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha provocado que los operadores jurídicos nacionales se planteen su definición y sus similitudes y diferencias con el concepto de empresa. De ello ha derivado que el centro de trabajo deba ser considerado, en la actualidad, a pesar de la literalidad del art. 51 ET y de la consolidada jurisprudencia al respecto, como una unidad a la que ha de atenderse para computar el número de los despidos producidos para alcanzar los umbrales del despido colectivo.

Conviene recordar, al valorar la trascendencia del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, que el principio de seguridad jurídica nacional no constituye freno alguno para evitar la penetración de las reglas comunitarias en los derechos internos. En este sentido, sentencias como *Dansk Industri*¹² sostienen

¹² Sentencia de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri (DI) y Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*, asunto C-441/14 (ECLI:EU:C:2016:278). Esta sentencia continúa la trayectoria abierta hace más de 50 años por la sentencia *Van Gend en Loos y Costa c. Enel*, por la cual el Derecho de la Unión Europea se introduce en los Derechos nacionales, modificándolos y alterando estructuras consolidadas de los ordenamientos estatales.

que la aplicación del Derecho de la Unión Europea no puede ser obstaculizada por los Estados miembros mediante la invocación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Una interpretación distinta, que se opusiese a la aplicación nacional del Derecho de la Unión con el fin de no afectar a la seguridad jurídica derivada de la tradicional interpretación de ciertos conceptos, restaría toda relevancia a los principios de primacía y de eficacia directa de las normas europeas.

Con todo, no puede negarse que esta situación puede afectar notablemente a la confianza legítima de los ciudadanos en el cumplimiento de las normas. Especialmente en casos como el aquí analizado, en los que la letra del precepto nacional no se ajusta a la correspondiente Directiva y, por ello, el estricto cumplimiento de la letra de la ley ya no garantiza un comportamiento ajustado a Derecho. La situación se agrava cuando, como también es el caso, el legislador interno no procede a la modificación de la norma para ajustarla a lo requerido por la Directiva, obligando al ciudadano a convertirse en un fiel seguidor de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en tanto que las sentencias de este afectan al Derecho interno, incluso para obligarle a decir lo que la letra de la ley no dice expresamente y a aplicarla de manera diferente a como se había venido haciendo con anterioridad.

Si a continuación se expondrán las repercusiones que determinadas sentencias del Tribunal de Justicia producirán en la regulación del despido colectivo por nuestro Derecho español, no pueden dejar de mencionarse las consecuencias que podría haber producido la sentencia *AGET Iraklis*¹³ si la Ley 3/2012, de 6 de julio, no hubiera suprimido la necesaria autorización administrativa previa al despido colectivo. Aun cuando esta sentencia aparece

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) contra Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis*, Asunto C-201/15 (ECLI:EU:C:2016:972).

especialmente vinculada al Derecho griego, es posible extraer de ella ciertas conclusiones aplicables a la situación de nuestro Derecho español anterior a la reforma de 2012. En su Exposición de Motivos, la referida Ley 3/2012 justificó la eliminación de la autorización administrativa en la medida en que «se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales», por lo que el papel de la Administración se sustituyó por el de mediadora y asesora de las partes, con facultad de realizar advertencias y recomendaciones.

La sentencia *AGET Iraklis*, en relación con el Derecho griego sobre el que se pronuncia, considera contraria a la Directiva 98/59/CE la facultad de la autoridad administrativa de oponerse a todos o a una parte despidos colectivos tras valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional¹⁴. Para alcanzar esta conclusión, resulta muy curioso el *iter* argumentativo empleado por el Tribunal de Justicia. Como ya había manifestado en otras ocasiones, el Tribunal permite a los Estados limitar una libertad fundamental garantizada por el Tratado y por la Carta de Derechos Fundamentales, como es la libertad de establecimiento o de empresa y la libertad contractual de las empresas. Pero no resulta ser oro todo lo que reluce y el Tribunal emplea un curioso juego argumentativo que le permite concluir en un sentido mucho más restrictivo para los derechos sociales del que pudiera parecer inicialmente. En un comienzo prometedor, apela a la finalidad social del Derecho de la Unión, que obliga a sopesar, dice, «los derechos del Tratado relativos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perse-

¹⁴ En concreto, la norma griega, en defecto de acuerdo entre las partes, permite al Ministro, mediante resolución motivada «y tras tomar en consideración los documentos del expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional» denegar la autorización de una parte o de la totalidad de los despidos programados en una empresa.

guidos por la política social». Entre dichos objetivos figuran «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». De acuerdo con esta interpretación, es posible que un Estado pueda someter a la autorización administrativa la decisión de despido colectivo en caso de que no exista acuerdo con los representantes de los trabajadores, como hacía el gobierno griego. Llega a afirmar, en esta línea, que «la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad (...) y puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general»¹⁵.

Ahora bien, el giro que permitirá al Tribunal resolver en el sentido opuesto al inicio de su razonamiento, guarda relación con la formulación «de manera muy general e imprecisa» de los criterios de apreciación del gobierno griego, a saber, «la situación de la empresa» y las «condiciones del mercado de trabajo». Esta amplitud y ausencia de mayores precisiones impediría a los empresarios afectados, a juicio del Tribunal, conocer las «circunstancias concretas y objetivas» que permitirían a la administración denegar la autorización de un despido colectivo, «ya que las situaciones que permiten ejercerla son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable».

¹⁵ En el párrafo 89 de la sentencia, el Tribunal recuerda que el artículo 52, apartado 1 de la Carta «reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos consagrados por la propia Carta, siempre que tales limitaciones, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

Ni siquiera el posterior control judicial de esta decisión administrativa es suficiente, a juicio del tribunal, para satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, ya que la normativa tampoco proporciona al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa.

Así pues, el paralelismo entre la situación griega analizada por esta sentencia y la situación española anterior a la reforma de 2012 parece claro. Por lo que también parece posible, en un análisis contrafactual, anticipar la posición del Tribunal de Justicia frente a una posible reforma futura del procedimiento de despido colectivo, motivada por un cambio de circunstancias políticas respecto de las que condujeron a la reforma de 2012.

Con esta sentencia el Tribunal de Justicia parece marcar las pautas a las que debe someterse la actuación administrativa ante este tipo de vicisitudes empresariales. Una vez más, la retórica de valoración de los derechos sociales, esconde la preeminencia de las libertades económicas, que resulta inatacable. La estructura de esta sentencia es claramente similar a la de casos precedentes como *Albany*¹⁶, *Viking*¹⁷ o *Laval*¹⁸. La elaboración teórica se reaprovecha a menudo en otras sentencias fuera de su contexto, y conduce, paulatinamente, a un escenario donde la realidad del caso concreto es la excepción a esa elaboración. Paradójicamente, un discurso abstracto de defensa del modelo social se utiliza para restringir la legislación social nacional concreta, por ser

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, *Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Asunto C-67/96 (ECLI:EU:C:1999:430).

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2011, *Viking Gas A/S contra Kosan Gas A/S*, Asunto C-46/10 (ECLI:EU:C:2011:485).

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet*, Asunto C-341/05 (ECLI:EU:C:2007:809).

esta contradictoria con las libertades fundamentales.

2. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR Y DE DESPIDO A EFECTOS DEL DESPIDO COLECTIVO. LAS SENTENCIAS *BALKAYA* Y *PUJANTE RIVERA*

El reciente replanteamiento de determinados conceptos constitutivos del despido colectivo no resulta extraño, si se tiene en cuenta que dicho despido es una construcción que surge a partir del concepto ofrecido por el art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE y luego adoptado por las legislaciones nacionales. De acuerdo con dicho precepto, el despido colectivo presenta dos partes claramente diferenciadas. La primera atañe a los tipos de despidos individuales que, cuando se realizan en número suficiente, dan lugar a un despido colectivo. La segunda delimita los umbrales numéricos cuya superación, en un determinado período de tiempo, obliga al empresario a informar y consultar a los trabajadores con arreglo al procedimiento dispuesto en la propia Directiva¹⁹. En consecuencia, el despido colectivo se caracteriza por un elemento de carácter cualitativo, que configura dicho despido como el que efectúa un empresario «por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores»; y otro cuantitativo, que requiere un determinado número de extinciones en un específico umbral temporal y espacial de referencia.

Dos de las sentencias más recientes del Tribunal de Justicia en materia de despido colectivo, *Balkaya* y *Pujante Rivera*, se han ocupado de precisar la noción de trabajador al que se refiere el art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE, a los efectos del cómputo del umbral requerido para su aplicación. La segunda de ellas presenta una incidencia directa en la interpretación del art. 51.1 ET, al ser este el que origina la cuestión prejudicial.

¹⁹ Véase Sentencia *Rabal Cañas*, apartado 37.

2.1. Concepto de «trabajador». Especial referencia a la sentencia *Balkaya*

El art. 1.1.a).i) de la Directiva 98/59/CE hace depender la existencia de un despido colectivo del número de trabajadores habitualmente contratados en el centro de trabajo. Sin embargo, carece de una definición del concepto de trabajador. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de indicar que dicho concepto debe definirse conforme a criterios objetivos que caractericen la relación laboral. Pero precisamente por la relevancia que posee el concepto de trabajador, ha reiterado que, en modo alguno, puede quedar definido por remisión a la definición que ofrezca cada una de las legislaciones nacionales. Sólo un concepto uniforme en el ámbito de la Directiva evitará que los Estados puedan introducir exigencias o requisitos adicionales que dificulten la aplicación de esta o lleguen, incluso, a vaciarla de contenido.

Esta afirmación podría llegar a poner en cuestión, ni más ni menos, el propio concepto de trabajador por cuenta ajena concebido por nuestro art. 1.1 ET, así como las exclusiones que enumera su art. 1.3 ET, en la medida que uno y las otras no se ajusten al amplio concepto de trabajador que rige en el Derecho de la Unión Europea y, en particular, en la Directiva 98/59/CE.

Así las cosas, la sentencia *Balkaya*²⁰ insiste en las dos características que han de concu-

²⁰ El supuesto de hecho que origina esta sentencia tiene lugar tras el despido de un trabajador por causas económicas, como consecuencia del cierre de un centro de trabajo. Dicho despido no se benefició del procedimiento de despidos colectivos, pues en ese momento la empleadora acreditó exclusivamente una plantilla de 18 trabajadores, que no alcanzaba el umbral de 20 trabajadores previsto en la Directiva. No obstante, el Sr. *Balkaya* impugnó este despido, considerando que en dicho cómputo deberían haberse tenido en cuenta, además, tres extinciones más: un trabajador que había solicitado su cese voluntario con anterioridad a los despidos, un administrador no socio de la sociedad empleadora que la representaba conjuntamente con otro administrador (contrato de mandato, conforme a la legislación alemana), y una persona contratada en prácticas en el marco de un programa de aprendizaje y de

rrir simultáneamente para que una relación pueda calificarse de laboral²¹ y, en consecuencia, generar derechos y deberes para las personas afectadas. En primer lugar, se precisa que una persona realice, durante un tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones. En segundo lugar, que a cambio de la realización de dichas prestaciones reciba una remuneración. Por lo tanto, a los efectos de la aplicación de la Directiva 98/59/CE, el concepto de trabajador ha de interpretarse en un sentido amplio y se caracteriza por la sujeción jerárquica y por la actividad remunerada. Tal y como había afirmado el Tribunal con anterioridad, entre otras en la sentencia *Danosa*²², en la medida en que una persona reúne ambos requisitos existe una relación laboral, sin que sea pertinente para la aplicación de la Directiva 98/59/CE cuál sea la naturaleza del vínculo jurídico que le une a la otra parte de la relación laboral.

A la vista de esta amplia configuración del concepto de trabajador, no es difícil comprender que la Directiva 98/59/CE y su interpretación por el Tribunal de Justicia superan con creces la configuración interna. En concreto, la sentencia *Balkaya* califica como laboral dos relaciones jurídicas que, tanto para el Dere-

cho alemán que origina estas sentencias como para el español, estarían excluidas del concepto de trabajador, en nuestro caso por aplicación del art. 1.3 ET.

La primera de las relaciones jurídicas analizadas en la sentencia estudia el primero de los requisitos, consistente en la realización de ciertas prestaciones durante un tiempo, a favor de otra persona y bajo la dirección de esta. Afecta a un administrador que se rige por un contrato específico que, incluso de acuerdo con la propia normativa alemana que origina el conflicto, no se considera contrato de trabajo. Dicha relación jurídica, si se analizase el Derecho español, recordaría vivamente la exclusión recogida por el art. 1.3.c) ET²³. Sin embargo, la exclusión realizada por el Derecho alemán no es óbice para que la sentencia *Balkaya* califique la relación jurídica como laboral y aclare rotundamente que «la naturaleza de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión»²⁴. Así, la sentencia *Balkaya* indica expresamente, con abundantes citas de la anterior sentencia *Danosa*, la preeminencia absoluta de la relación de subordinación frente a cualquier otra característica de la relación laboral, pues «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». La concurrencia de la relación de subordinación,

reciclaje profesional, de manera que su retribución procedía directamente de la administración y no de la empresa.

²¹ Con anterioridad a la sentencia *Balkaya*, el Tribunal de Justicia ya había precisado estas características en las sentencias *Lawrie-Blum* (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg, Asunto 66/85, ECLI:EU:C:1986:284); *Allonby* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, *Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional y Secretary of State for Education and Employment*, Asunto C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18); *Kiiski* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2007, *Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki*, Asunto C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536); *Danosa* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, *Dita Danosa contra LKB L zings SIA*, Asunto C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674), y *Comisión contra Italia* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2014, *Comisión Europea contra República Italiana*, Asunto C-596/12, ECLI:EU:C:2014:77).

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2010, *Dita Danosa contra LKB L zings SIA*, Asunto C-232/09 (ECLI:EU:C:2010:674).

²³ De acuerdo con dicho artículo, se excluye del ámbito regulado por el ET: «c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

²⁴ Esta afirmación ya la había realizado el Tribunal de Justicia con anterioridad, aunque respecto a la incidencia sobre el derecho a modificar la duración del permiso para el cuidado de hijos, en su sentencia *Kiiski* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2007, *Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki*, Asunto C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536).

por lo tanto, debe ser analizada caso por caso, examinándose «las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en el 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».

En consecuencia, la sentencia *Balkaya* es clara y terminante cuando afirma que si «un miembro del 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, que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad, cumple los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido del Derecho de la Unión». Además, aunque el propio Tribunal no lo considera un factor determinante por sí mismo, sí califica de relevante que el directivo analizado no posea ninguna participación en la sociedad para la que desempeña sus funciones.

La sentencia reconoce que con esta inclusión persigue aumentar el número de beneficiarios de la Directiva que, de esta forma, beneficia a los miembros de la dirección de una sociedad de capital, pero también al resto de los trabajadores afectados por el despido colectivo. Otra interpretación que excluyese a los referidos administradores también habría impedido que se calificasen las extinciones como colectivas, al no alcanzarse el umbral numérico suficiente.

En estas circunstancias, resulta irrelevante el concepto de trabajador que puedan ofrecer los derechos nacionales. A efectos de despido colectivo, el único concepto válido de trabajador es aquel que se desprende de la Directiva 98/59/CE. En los términos de nuestro derecho nacional, esta interpretación conduce a la compatibilidad del art. 1.3.c) ET con la Di-

rectiva²⁵, en tanto que aquel excluye del concepto de trabajador al alto directivo, esto es, al consejero o miembro del órgano de administración societaria que sólo realice cometidos inherentes a dicho cargo.

La amplia interpretación del segundo de los requisitos exigidos por el art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE, el desempeño de una actividad remunerada, permite a la sentencia *Balkaya* incluir otra figura compleja en el concepto de trabajador por cuenta ajena. Se trata de quien desarrolla una actividad en prácticas de carácter preparatorio o de aprendizaje en una profesión. En concreto, se trata de una trabajadora que realizaba una formación de reciclaje profesional como auxiliar de ofimática. Pero, y aquí se encuentra el elemento verdaderamente relevante de este supuesto, su retribución no procedía directamente del empresario, sino de una ayuda económica que se le abonaba directamente a través de un programa de subvenciones públicas del servicio público de empleo alemán. Por este motivo, el Derecho nacional alemán no califica esta actividad como laboral, pues aunque en ella esté presente el elemento de la remuneración, esta no procede del empresario, sino de un tercero, en este caso el Estado. Cabe recordar que en esta misma línea se ha venido pronunciando también nuestro Derecho interno, al exigir como requisito esencial para la consideración de trabajador por cuenta ajena, que la remuneración proceda única y exclusivamente del empresario.

Esta nueva dimensión de la remuneración constituye la auténtica novedad de la sentencia *Balkaya*. Quienes prestan una actividad en prácticas ya habían sido considerados como trabajadores en una asentada jurisprudencia anterior²⁶, y ahora «no queda desvirtuada por

²⁵ En este sentido, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº. 1, enero 2016, p. 3.

²⁶ Entre otras, las sentencias *Lawrie-Blum* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, *Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg*, Asunto C-66/85, ECLI:EU:

el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, no realice una tarea completa y, por tanto, sólo trabaje durante un número reducido de horas por semana y consecuentemente no perciba más que una retribución limitada». La amplitud con la que el Tribunal de Justicia entiende el concepto de trabajador a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59/CE, se aprecia en la irrelevancia del origen de la retribución, es decir, de que esta no proceda directamente del empresario contratante, sino de un programa de subvenciones públicas. Al respecto, afirma la sentencia que «ni el contexto jurídico de la relación laboral en el Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas, ni el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de esta mediante subvenciones públicas pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora».

Así las cosas, el concepto jurídico de trabajador en el ámbito del Derecho de la Unión Europea resulta es cada vez más extenso que el que ofrecen los Derechos nacionales de los Estados Miembros, entre ellos el Derecho español, que a tales efectos resultan totalmente irrelevantes. Tan amplio concepto busca favorecer la protección que la Directiva dispensa al conjunto de empleados y evitar el menoscabo que ocasionaría al efecto útil de dicha Directiva cualquier otra interpretación más restrictiva. Además, el Tribunal de Justicia no ha podido ser más claro a la hora de precisar que tal concepto de trabajador no lo es sólo a efectos de su consideración para el cómputo de los despidos colectivos, sino que dicho trabajador también «necesita» de la protección correspondiente que le ofrece la Directiva²⁷.

C:1986:284), *Kurz* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2002, *Bülent Kurz, nacido Yüce contra Land Baden-Württemberg*, Asunto C-188/00, ECLI:EU:C:2002:694) y *Kranemann* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2005, *Karl Robert Kranemann contra Land Nordrhein-Westfalen*, Asunto C-109/04, ECLI:EU:C:2005:187).

²⁷ Así lo señala DESDENTADO BONETE, A., *La delimitación legal...*, cit., p. 56.

Esta circunstancia no deja de tener una importante repercusión en el ámbito de los Derechos nacionales, en tanto que la configuración de trabajador que ofrezca la legislación nacional ya no es suficiente para garantizar la correcta aplicación del Derecho. En otras palabras, si cómputo del número de trabajadores afectados por un despido colectivo se efectúa atendiendo exclusivamente a la literalidad de los artículos 1.1 y 1.3 ET y cumpliendo escrupulosamente la norma interna, puede resultar inadecuado a la luz de la Directiva 98/59/CE. Es inevitable plantearse si los tradicionales elementos esenciales del contrato de trabajo –ajeneidad, dependencia, remuneración y voluntariedad– han quedado reducidos, irremisiblemente a dos: dependencia y remuneración, ante los cuales han de ceder las otras características.

2.2. El concepto de «despido» y su diferencia con las extinciones asimiladas: el caso *Pujante Rivera*

Una vez más el Derecho del Trabajo español ha sufrido una importante convulsión en sus cimientos, derivada de la falta de definición expresa de un concepto esencial y determinante de la aplicación de la Directiva y de la necesaria intervención del Tribunal de Justicia en su identificación. Se trata, ni más ni menos, que del alcance del concepto de «despido», cuyo significado a nivel interno no parece ajustarse al comunitario, en el ámbito de los despidos colectivos. Tal y como se ha visto con el concepto de trabajador, también el concepto de despido empleado por la Directiva 98/59/CE resulta ser mucho más amplio que el utilizado por el Derecho nacional.

De esta cuestión se ha ocupado el Tribunal de Justicia recientemente en las sentencias *Balkaya* y *Pujante Rivera*. En ambas ha hecho notar, una vez más, la necesidad de que conceptos tan relevantes tengan una interpretación común y uniforme, independiente de la particular que de ellos pudieran ofrecer cada uno de los Estados Miembros, en tanto que

esta podría llegar a alterar el ámbito de aplicación de la Directiva y privarla de su plena eficacia.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «despido», a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59/CE, «engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento»²⁸. Así pues, para que una extinción del contrato de trabajo pueda ser considerada como despido deben concurrir dos elementos esenciales: que se ponga fin a una relación laboral existente; y que esa extinción no se produzca por voluntad del trabajador afectado²⁹. Ahora bien, estas extinciones no se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador en cualquier caso, sino sólo a los efectos del cálculo de los umbrales previstos en el art. 1.1.2º de la Directiva 98/59/CE para la existencia de despido colectivo. La diferencia entre ambos conceptos resulta fundamental ante sus importantes efectos prácticos: la protección ofrecida por la Directiva 98/59/CE sólo se aplica a los despidos. En consecuencia, las extinciones de contrato asimiladas al despido sólo se tienen en cuenta para calcular el umbral que permite aplicar la Directiva, pero los trabajadores afectados por ellas no se benefician de las medidas de protección³⁰, mientras el despido en sentido propio implica, además, la aplicación de garantías previstas en la Directiva, tales como el período de consultas³¹.

²⁸ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa*, Asunto C-55/02 (ECLI:EU:C:2004:605).

²⁹ Conclusiones del asunto *Pujante Rivera* (C-422/14), párrafo 47.

³⁰ Así se afirma en las Conclusiones al asunto *Pujante Rivera* (C-422/14), párrafo 49.

³¹ Vid. DESDENTADO BONETE, A., *La delimitación legal...*, cit., p. 38. Como afirma el autor: «un despido acordado (...) por el empresario sin consentimiento real del trabajador entrará, si se cumplen las demás condiciones, en el despido colectivo, mientras que la extinción asimilada será sólo un criterio corrector del cómputo, pues la extinción en este caso opera sólo a iniciativa del empresario, pero no mediante una decisión del mismo».

Con todo, debe haber un número mínimo de cinco despidos para que se imponga la regla de la asimilación. Así lo dispone el art. 1.1.2º de la Directiva 98/59/CE: «a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones de contrato de trabajo producidas por iniciativa del 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».

En este punto, la sentencia *Pujante Rivera* ha venido a aclarar una nueva discordancia entre la Directiva y la regulación interna española³². En concreto, se trata de la exigencia del párrafo 5º del art. 51.1 ET, según la cual: «Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, 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». La divergencia resultaba clara³³: mientras la Directiva requiere un número mínimo de 5 despidos para que se puedan asimilar otras extinciones, el art. 51 ET requiere que el número de extinciones asimilables sea, al menos, de cinco³⁴.

³² La pregunta planteada por el órgano jurisdiccional remitente es la siguiente: «El mandato de «asimilación de las «extinciones» a los «despidos» especificada en el segundo párrafo del apartado b) del artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59 se condiciona a que «siempre y cuando los despidos sean al menos 5». ¿Debe interpretarse en el sentido de que tal condición se refiere a los «despidos» efectuados o producidos previamente por el empresario en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva y no al número mínimo de «extinciones asimilables» para que opere tal asimilación?».

³³ Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (*La calificación como trabajador...*, cit., p. 5): «En realidad, el Tribunal remitente, más que dudas al respecto ha querido propiciar una interpretación abierta del precepto para que las extinciones de contratos de trabajo asimilables al despido fuera computadas y protegidos los afectados por la Directiva aunque no concurrieran cinco auténticos despidos».

³⁴ En el caso que originó la sentencia *Pujante Rivera* se habían producido 10 despidos por causas objetivas. No obstante, en los 90 días anteriores y posteriores se produjeron,

En relación con ello, el Tribunal Supremo ha ido determinando qué tipo de extinciones producidas por iniciativa del empresario pero en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador han de ser tomadas en consideración para calcular el número de despidos determinante de la calificación de despido colectivo³⁵: despidos disciplinarios declarados improcedentes, despidos objetivos por causas previstas en el art. 52.c) y d) ET, despidos de trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones públicas y finalización de contratos temporales fraudulentos.

De este modo, la sentencia *Pujante Rivera* señala que de la Directiva «se desprende claramente» que dicho requisito numérico «sólo se refiere a los despidos, lo que excluye las extinciones de contratos asimiladas a despidos». Cualquier otra interpretación, se indica, privaría de todo efecto útil a dicha condición numérica y sería contrario a lo que el legislador de la Unión pretendía referirse al adoptar las disposiciones relativas a los despidos colectivos. De este modo se rechazó que la normativa española resultase más fácil de cumplir y más favorable para los trabajadores que la Directiva 98/59/CE.

Hecha esta precisión, la sentencia *Pujante Rivera*, a través de una doctrina «novedosa y relevante»³⁶, procede a clarificar el concepto de despido. En concreto, a identificar la esencia de este para verificar si cualquier extinción del contrato de trabajo contraría a la voluntad

del trabajador puede ser considerada como un despido, incluso cuando dicha extinción no procede directamente de la voluntad del empresario, sino que es solicitada directamente por el trabajador. Así, en el caso planteado ante el Tribunal de Justicia, se trataba de resolver la posible calificación como despido³⁷ de la extinción solicitada por un trabajador ante la modificación sustancial de condiciones de trabajo acordada unilateralmente por el empresario y en perjuicio del trabajador³⁸.

La doctrina³⁹ ha señalado los desajustes existentes entre los conceptos empleados por la Directiva y por el art. 51 ET. La Directiva opera con tres conceptos: los despidos por motivos no inherentes a la persona del trabajador, las extinciones por los mismos motivos asimiladas a los despidos y las restantes extinciones. A su vez, el art. 51 ET distingue entre las extinciones por causas empresariales, las asimiladas por motivos no inherentes a la persona del trabajador y las restantes extinciones. El problema se plantea, principalmente, en relación con las extinciones que solicita el trabajador, pero que traen su causa en una previa actuación unilateral del empresario. En el caso de la sen-

además: 23 extinciones contractuales por agotamiento de la duración de contratos temporales; 5 extinciones voluntarias; 1 despido disciplinario improcedente; 1 extinción en el período de prueba y 1 extinción solicitada como reacción a una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La empresa sólo había computado el despido declarado improcedente, pero no así el resto de las extinciones, por lo que no se alcanzaba el número suficiente para aplicar el procedimiento de despido colectivo.

³⁵ Así lo señala CASAS BAAMONDE, M.E., *Unidades de cálculo...*, cit., p. 392, con cita de las sentencias TS de 25 de noviembre de 2013, 18 de noviembre de 2014, 24 de junio de 2014 y 3 y 8 de julio de 2012.

³⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La calificación como trabajador...*, cit., p. 3.

³⁷ Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., (*La calificación como trabajador...*, cit., p. 6), se trataba de calificar directamente dicha extinción como despido, no como extinción asimilable al despido, lo cual constituye «una diferencia con importantes efectos pues las extinciones asimiladas a los despidos sólo serán relevantes para el cálculo de los umbrales, mientras que si se considera un despido se aplicarían también las medidas de protección establecidas en la Directiva.

³⁸ La tercera cuestión planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona fue la siguiente: «¿Comprende el concepto de «extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador», definido en el último párrafo del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59, la extinción contractual acordada entre empresario y trabajador que, aun siendo a iniciativa del trabajador, responde a una previa modificación de condiciones de trabajo a iniciativa del empresario, por causa de crisis empresarial, y que, finalmente, es indemnizada con un importe equivalente al despido improcedente?».

³⁹ DESDENTADO BONETE, A. (*La delimitación legal...*, cit., pp. 39 y ss.) señala esta cuestión y realiza un exhaustivo análisis acerca de las extinciones computables y no computables a partir del cuadro general de las causas extintivas.

tencia *Pujante Rivera*, fue la trabajadora quien solicitó la extinción de su contrato de trabajo, pero lo hizo con arreglo al art. 50.1.a) ET. Esta particular circunstancia, a juicio del Tribunal, no permite entender que accediese voluntariamente a esa ruptura, pues «el origen de la extinción de esa relación de trabajo es la modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de la trabajadora», como fue la remuneración fija. Así pues, al no ser aceptada por la trabajadora la reducción en su remuneración impuesta unilateralmente por el empresario, «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».

Tampoco se considera suficiente para alterar este razonamiento que el empresario hubiera justificado dicha reducción salarial en causas económicas y de producción. Aun cuando la decisión final de extinguir el contrato proceda del trabajador, se considera que esta viene impulsada directamente por la voluntad individual del empleador, único responsable de la modificación sustancial *in peius* de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, en tal grado que hizo insostenible para el trabajador el mantenimiento de la relación laboral. Por lo tanto, la sentencia *Pujante Rivera* asimila esta extinción a un despido, pues la decisión del trabajador de extinguir su contrato trae su causa directa en la actuación inicial del empresario. Dicho trabajador merece, a juicio del Tribunal, beneficiarse de la protección y de los derechos que la Directiva otorga a los trabajadores despedidos. Entenderlo de otra manera, afirma el Tribunal, «alteraría el ámbito de aplicación de dicha Directiva y la privaría así de su plena eficacia».

De nuevo los efectos de esta sentencia no se limitarán tan sólo al supuesto de hecho resuelto en ella⁴⁰. El mismo razonamiento

empleado por el Tribunal para asimilar esta extinción a un despido puede aplicarse a cualquiera de las extinciones previstas por el art. 50 ET: la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado; o cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados. Pero, además, implica que a estas extinciones les serán de aplicación los derechos y garantías reconocidos en la Directiva 59/59/CE y en el art. 51 ET⁴¹.

El encaje de lo aquí descrito no halla sin embargo fácil acomodo en la práctica empresarial. Buen ejemplo de ello es la STSJ Madrid de 7 de octubre de 2016⁴². La lectura de la sentencia pone de manifiesto que el TSJ Madrid es perfectamente concedor de la jurisprudencia comunitaria, pero en su fallo, parece alejarse de lo que podría inferirse de *Pujante Rivera*, haciendo inoperante la finalidad de protección perseguida por la Directiva. La Sala madrileña, tras recordar la doctrina *Pujante Rivera* en cuanto a la consideración como despido de la extinción solicitada por el trabajador como consecuencia de un in-

a la extinción contractual solicitada por el trabajador por no acogerse el trabajador afectado a una medida de movilidad geográfica adoptada por el empresario en el marco plan de reestructuración empresarial global «al tratarse de una medida equiparable al despido por causas no inherentes a la persona del trabajador».

⁴¹ En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La calificación como trabajador...*, *cit.*, p. 7: «ello no dejará de plantear problemas, primero, porque las extinciones del art. 41.3 ET pueden ser a posteriori y, segundo, porque la exigencia de la aplicación de los derechos y garantías reconocidos en la Directiva 98/59 no se corresponde plenamente ni con los requisitos procedimentales establecidos en los arts. 41.2 y 4 ET, y al tratarse como despidos tales extinciones podría cuestionarse no solo la validez de éstas sino posiblemente también la de las mismas modificaciones sustanciales, siendo necesaria una delicada tarea de interpretación por nuestros tribunales de las consecuencias de la Sentencia».

⁴² Rec. n.º 504/201.

⁴⁰ Así, por ejemplo, la STS de 18 de mayo de 2016 (rec. n.º 2919/2014) aplica expresamente la doctrina *Pujante Rivera*

cumplimiento previo del empresario, quiere llamar la atención sobre «las peculiaridades» del supuesto concreto que analiza. En él, una vez reconocido el carácter fraudulento de los contratos eventuales realizados por la empresa, esta se comprometió a transformarlos en indefinidos, pero sin conservar la antigüedad de los afectados y modificando su dedicación de tiempo completo a tiempo parcial. Por ello, considera la Sala, la negativa de un trabajador a firmar el nuevo contrato que hubiera supuesto su permanencia en la empresa no podía ser previsto por el empleador⁴³. Así pues, en la medida en que la empresa, según la consideración de la Sala, «ha pretendido evitar toda extinción contractual mediante una actuación que, si no ha sido enteramente correcta, sí ha recibido el refrendo de la Inspección de trabajo y de los representantes legales de los trabajadores», si dicha finalidad no fue posible «tampoco cabe sancionar por no haberlo llevado a cabo». Dada su conducta, profundiza la Sala, no se infringieron las finalidades que expresamente se declaran como objetivo principal de la Directiva 98/59/CE: evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, así como reforzar la protección de los trabajadores en casos de despidos colectivos.

3. LA UNIDAD DE CÓMPUTO A EFECTOS DEL DESPIDO COLECTIVO. LAS SENTENCIAS WILSON Y RABAL CAÑAS

Por otra parte, la discrepancia existente entre la regulación de la unidad de cómputo de los despidos colectivos ofrecida por la Directiva y la que recoge el art. 51.1 ET ha sido puesta de relieve por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, pero particularmente en su sentencia *Rabal Cañas*. La intensidad con la que el Tribunal de Justicia se ha pro-

nunciado en este sentido ha obligado, incluso, al Tribunal Supremo español, a través de su sentencia de 17 de octubre de 2016, a modificar su tradicional posición y ampliar la interpretación que, hasta el momento, han venido ofreciendo los tribunales nacionales sobre el art. 51 ET.

3.1. La interpretación del «centro de trabajo» por el Tribunal de Justicia

La Directiva 98/59/CE utiliza el centro de trabajo como ámbito espacial para delimitar los umbrales requeridos por el despido colectivo. Pese a la relevancia de este concepto, carece de definición específica en la Directiva. Por ello, el Tribunal de Justicia se ha ocupado de su interpretación, con el fin de ofrecer un significado común para todos los Estados miembros, que sea independiente del que pudieran ofrecer cada uno de los derechos nacionales y que garantice la seguridad jurídica.

Inicialmente, la sentencia *Rockfon*⁴⁴ vinculó el centro de trabajo con la localización, pues se consideró como tal la «unidad a la que los trabajadores afectados por el despido se hallan adscritos para desempeñar su cometido». Pero esta interpretación tan amplia hubo de ser posteriormente matizada, y así la sentencia *Athinaiki Chartopoiia*⁴⁵ introdujo ciertas precisiones adicionales destinadas a caracterizar e identificar el centro de trabajo en el marco de una empresa. De acuerdo con ello, el centro de trabajo requiere de permanencia, estabilidad y adscripción a la ejecución de una o varias tareas determinadas. También será preciso que comprenda un conjunto de trabajadores, de medios técnicos y un grado de estructura organizativa. Desde un punto de vista negativo,

⁴³ Afirma la sentencia: «de ahí que no le resultara posible a la empresa, en modo alguno, adivinar el número de extinciones que se producirían, pues ello dependía de que los trabajadores no quisieran firmar el nuevo contrato, o de que, aun firmándolo, entendieran que se había producido un despido».

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 1995, *Rockfon A/S contra Specialarbejderforbundet i Danmark*, Asunto C-449/93 (ECLI:EU:C:1995:420).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2007, *Athinaiki Chartopoiia AE contra L. Panagiotidis y otros*, Asunto C-270/05 (ECLI:EU:C:2007:101).

también se señalaron los elementos que no han de considerarse relevantes para la noción del centro de trabajo. No se requiere que este tenga autonomía jurídica, económica, administrativa o tecnológica; ni tampoco una dirección propia facultada para realizar despidos colectivos; ni en fin, que se encuentre geográficamente separado de otros centros de trabajo⁴⁶. A lo anterior la sentencia *Wilson* añadió la irrelevancia de empleo del plural o del singular en las distintas versiones lingüísticas de la Directiva en las legislaciones nacionales que se refieren al centro de trabajo⁴⁷.

Con todo, las dos primeras sentencias respondieron a la realidad social y económica de una época bastante diferente de la actual, caracterizada por la globalización y una estructura empresarial radicalmente diferente a la de entonces. Esta nueva situación originaría, de mantenerse invariable aquella interpretación de centro de trabajo, «un efecto adverso para los trabajadores»⁴⁸. Por ello, el principal problema,

⁴⁶ Como indica CASAS BAAMONDE, M.E. (*Unidades de cálculo de los umbrales numéricos...*, cit., p. 377), tanto la sentencia *Rockfon* como *Athinaiki Chartopoiia* responden a una primera jurisprudencia del Tribunal de Justicia que «reposaba sobre la lógica económica compensada con una cierta dimensión social» propia de la primera Directiva de los años 70, preocupada por reforzar la protección de los trabajadores y evitar los despidos al margen de los requisitos de la Directiva, «impidiendo el ejercicio del libre poder organizativo empresarial para desvirtuar los derechos de información y consulta de los trabajadores», lo que justifica la definición «muy amplia y abierta y al tiempo localista, del concepto de centro de trabajo».

⁴⁷ En este sentido, indica la sentencia que «carece de pertinencia el hecho mencionado en la vista ante el Tribunal de Justicia de que, en concreto, las versiones en lengua inglesa, española, francesa e italiana emplean «centro de trabajo» en plural» tanto en la letra a) inciso i) como en la a) inciso ii) de la Directiva. Y añade que «nada en la redacción del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 89/59 sugiere que haya de darse un significado distinto a los términos «centro de trabajo» y «centros de trabajo» que figuran en el mismo párrafo de dicha disposición».

⁴⁸ Conclusiones a la sentencia *Rabal Cañas* (Asunto C-392/13, ECLI:EU:C:2015:68). Como señala RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., (*El concepto de centro de trabajo...*, cit., p. 107), en los casos resueltos por las sentencias *Lyttle*, *Rabal Cañas* y *Wilson* «la aplicación a los despidos del concepto jurisprudencial local de centro de trabajo podría significar, salvo que la legislación nacional no estableciera una disciplina más

como no podía ser de otra manera, se originó con los despidos realizados por empresas titulares de varios centros de trabajo, cuando en cada uno de estos no se alcanzaban los niveles numéricos exigidos por el art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE, pero sí se alcanzaban si el cómputo se realizaba a nivel de empresa. Por ello, en la sentencia *Lyttle*⁴⁹, el Tribunal ahondó en la configuración del centro de trabajo como «una entidad diferenciada» en el marco de una empresa, sin perjuicio de que ambas –centro de trabajo y empresa– puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades distintas. Partiendo de esta idea, la sentencia *Lyttle* dio un paso más, al aclarar que el cómputo del número de extinciones necesario para determinar la existencia de un despido colectivo ha de realizarse en cada centro de trabajo considerado por separado. En otras palabras, el mínimo de veinte extinciones requeridas por la Directiva en un período de 90 días habrá de producirse «en un centro de trabajo concreto de una empresa, y cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo período, alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores». El Tribunal no dudó en reconocer que la toma en consideración de todos o de varios de los centros de trabajo de la empresa, del modo propuesto por el juzgado remitente, aumentaría el número de trabajadores que podrían beneficiarse de la protección de la Directiva 98/59/CE, siendo este uno de sus objetivos. Pero también

favorable, la desprotección de un gran número de trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo, de ahí la trascendencia de la cuestiones planteadas y de las tres sentencias que han resuelto estas cuestiones».

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2015, *Valerie Lyttle y otros contra Bluebird UK Bidco 2 Limited*, Asunto C-182/13 (ECLI:EU:C:2015:317). En este caso, el Juzgado de lo Social de Irlanda del Norte, Belfast, dado el objetivo de la Directiva de cubrir el mayor número de despidos posibles por causas económicas, planteó al Tribunal de Justicia, entre otras, la siguiente cuestión prejudicial: «¿La expresión «al menos igual a 20» recogida en el artículo 1, apartado 1, [párrafo primero] letra a), inciso ii), de la Directiva se refiere al número de despidos entre todos los centros de trabajo del empresario o al número de despidos en cada centro de trabajo. En otras palabras, ¿la cifra «20» se refiere a 20 en un concreto centro de trabajo, o a 20 en total?».

recordó que no es este el único objetivo perseguido por ella. La Directiva «no sólo pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, sino también, por un lado, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y por otro lado, equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión». No era la primera vez que el Tribunal rechazaba la posibilidad de emplear como umbral de cómputo la totalidad de la empresa o más de un centro de trabajo⁵⁰. Tampoco será la última vez, pues este mismo argumento se empleó posteriormente en la sentencia *Rabal Cañas*, para señalar la incorrecta transposición realizada en este punto por el legislador español.

Es sabido que el legislador español, al regular el despido colectivo en el art. 51 ET, no optó por el centro de trabajo, sino por la empresa como unidad de cálculo del número de extinciones producidas. Las discrepancias sobre esta cuestión y su ajuste a los requisitos exigidos por la Directiva fueron acalladas por la jurisprudencia, que señaló sistemáticamente la adecuación entre la normativa nacional y la comunitaria, por ofrecer la primera una mayor protección para los trabajadores. El pronunciamiento más representativo al respecto fue el contenido en la STS de 18 de marzo de 2009⁵¹. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, a través de la reciente sentencia *Rabal Cañas*, obligó al Tribunal Supremo a modificar su tradicional posición para ofrecer, en su sentencia de 17 de octubre de 2016, una interpretación conforme a los requisitos de la Directiva.

3.2. La discutida repercusión de la sentencia *Rabal Cañas* en el Derecho español

⁵⁰ Ya lo había señalado en las sentencias *Comisión contra Reino Unido* (C-383/92); *Comisión contra Portugal* (C-55/02) y *Confédération générale du travail y otros* (C-385/05).

⁵¹ Rec. n.º. 1878/2008

A la hora de valorar la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ordenamiento jurídico español, la sentencia *Rabal Cañas* se alzó como uno de los máximos exponentes. No en vano, como se ha dicho, el origen de esta sentencia procede de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, sobre la correcta interpretación del art. 51 ET.

El supuesto de hecho que dio lugar a esta sentencia se encuentra en la empresa Nexea, integrada en el grupo mercantil Correos, que contaba con dos centros de trabajo en Madrid (con 164 trabajadores) y Barcelona (con 20 trabajadores). Tras diversas extinciones realizadas por la empresa en ambos centros de trabajo, se despidió al Sr. Rabal Cañas y a otros 12 trabajadores del centro de Barcelona por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, obligando a cerrar dicho centro y a transferir el personal restante al de Madrid. El Sr. Rabal Cañas impugnó su despido al considerarlo nulo, por entender que incumplía el procedimiento previsto por la Directiva 98/59/CE. Para el trabajador se habría alcanzado el umbral numérico a partir del cual es obligatorio el procedimiento de despido colectivo, dado que deberían haber sido computadas todas las extinciones de los contratos de trabajo producidas, incluyendo los contratos de duración determinada.

En dicha cuestión prejudicial, el Juzgado planteó cuatro preguntas al Tribunal de Justicia. Es representativo que este alterase el orden de las respuestas para comenzar, precisamente, con la última de ellas y más relevante para la correcta interpretación del precepto nacional: la precisión del concepto «centro de trabajo» y su indebido tratamiento por el art. 51 ET⁵². En este punto destaca la admisión por

⁵² La pregunta formulada fue la siguiente: «¿Admite el concepto de «centro de trabajo», como «concepto de Derecho Comunitario» esencial para la definición de lo que deba entenderse como «despido colectivo» en el contexto del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 y dado el carácter de norma mínimo de la misma establecido en su artículo 5, una interpretación que permita que la norma e trasposición o traslación a la

parte del Tribunal de Justicia de esta cuestión y descartar su carácter hipotético –en contra de la opinión del Gobierno español– pese a que el centro de trabajo de Barcelona no alcanzaba los umbrales para la aplicación de la Directiva. El Tribunal descartó que esta cuestión pudiera presentar tan sólo un carácter hipotético⁵³ ya que la referencia realizada por el legislador español a la empresa y no al centro de trabajo, en uso de la facultad concedida por el art. 5 de la Directiva de introducir disposiciones legislativas más favorables a los trabajadores, podría llevar a obstaculizar el procedimiento de información y consulta previsto en aquella.

Rabal Cañas recordó la interpretación uniforme para todos los Estados que sentencias como *Rockfon* y *Athinaiki Chartopoiia* habían ofrecido del concepto de «centro de trabajo». También, recordando lo indicado en *Wilson* y *Lyttle*, quiso señalar la diferencia entre los conceptos de «empresa» y «centro de trabajo», incidiendo en que «el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa. No obstante ello no excluye que el centro de trabajo y la empresa puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades distintas». Pero, en el caso de que la empresa sí disponga de varios centros de trabajo, como sucede en *Rabal Cañas*, «es la entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido, y son los despidos efectuados en dicha entidad los que han de tomarse en consideración separadamente de los efectuados en otros centros de trabajo

normativa interna del Estado miembro, el artículo 51.1 del [ET] en el caso de España, refiera el ámbito de cómputo del umbral numérico, exclusivamente al conjunto de la «empresa», con exclusión de aquellas situaciones en las que –de haberse acogido el «centro de trabajo» como unidad de referencia– habrían superado el umbral numérico establecido en dicho precepto?».

⁵³ En este sentido, el Tribunal recuerda que la negativa a pronunciarse sobre una petición de decisión judicial planteada por un órgano nacional «sólo está justificada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder útilmente a las cuestiones planteadas».

de esa misma empresa». Por lo tanto, añadió tajantemente, la sustitución del término centro de trabajo por el de empresa, realizada por el legislador español, no implica necesariamente una mejora de la protección de la Directiva⁵⁴. Sólo puede considerarse más 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 requeridos» por la Directiva para aplicar la calificación de despido colectivo. Esta obligación, añadió, «es independiente de adicionales exigencias impuestas por el Derecho nacional a las empresas que empleen habitualmente menos de 100 trabajadores».

Por consiguiente, *Rabal Cañas* obligó al replanteamiento del art. 51 ET tal y como se recoge actualmente. Bien es cierto que el Tribunal en modo alguno dio a entender que dicha redacción sea contraria, en todo caso, a la Directiva⁵⁵, ni que se oponga a ella la utilización de la empresa en lugar del centro de trabajo. Esto es, será posible que el cómputo del número de despidos se realice a nivel de empresa cuando suponga un incremento de la protección ofrecida a los trabajadores. Pero, por el contrario, el texto literal del art. 51 ET

⁵⁴ Con todo, como recuerda CASAS BAAMONDE, M.E. (*Unidades de cálculo...*, cit., p. 394), el concepto de centro de trabajo empleado en el art. 51.1 ET a efectos del cálculo de los umbrales correspondientes al despido colectivo «es independiente de su definición por el artículo 1.5 del propio Estatuto», en la medida en la que el centro de trabajo, en el contexto de la Directiva 98/59/CE es un concepto propio del Derecho de la Unión Europea que no puede ser definido por remisión a las legislaciones nacionales.

⁵⁵ En las propia expresión empleada por la sentencia *Rabal Cañas*: «el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra A) de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a 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».

se opone a la Directiva cuando el cómputo a nivel exclusivamente empresarial implique privar de dicha protección a trabajadores que, si se computase el número de despidos en el centro de trabajo, se hubieran beneficiado de los derechos y garantías que les ofrece la Directiva. Por lo tanto, la utilización del concepto de empresa para computar el número de despidos sólo podrá realizarse si conlleva «una añadidura» y no reduce la protección de los trabajadores que sí se obtendría empleando como referencia el «centro de trabajo»⁵⁶.

3.3. Reinterpretación y modificación del art. 51 ET por la STS de 17 de octubre de 2016

Sin duda, el legislador español quiso ofrecer una protección mayor para los trabajadores afectados por un despido colectivo de la que permitía la Directiva. Ampliando el umbral de referencia a la empresa, en lugar de limitarlo al centro de trabajo, se abarcaba la situación de los trabajadores pertenecientes a una empresa con varios centros de trabajo y con una plantilla en cada uno de ellos que no alcanzase los 20 trabajadores. Una situación más frecuente en la España de la época.

Sin embargo, el error del legislador nacional, señalado por *Rabal Cañas*, no fue tratar de ampliar la protección de la Directiva, pues el deseo de mejora nacional de la protección

de mínimos ofrecida por ellas forma parte del código genético de cualquier directiva. Dicho error procede de la forma en la que el legislador optó por mejorar dicha protección, sustituyendo para ello el concepto de centro de trabajo por el de empresa, en lugar de incluir la empresa como elemento complementario del centro de trabajo. Esta sustitución creó un agujero en la protección ofrecida por la Directiva⁵⁷. Con todo, la sentencia *Rabal Cañas* no fue la primera en señalar este peligro al legislador español. En su momento ya había sido puesto de manifiesto, aunque de una manera muy hipotética; la STS 18 de marzo de 2009 advirtió de: «la posibilidad de que la aplicación de la Directiva en algún hipotético supuesto, pudiera determinar un efecto no menos favorable que la norma nacional». Con todo, la sentencia no pareció considerar que esta circunstancia pudiese generar una situación de peligro suficientemente relevante, más bien al contrario, como se desprende de la siguiente afirmación: «en cualquier caso, no enerva lo ya señalado con respecto a que la función de garantía y protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos –a la que se refiere la propia norma comunitaria– la cumple mejor nuestra norma de derecho interno».

3.3.1. La STSJ País Vasco de 21 de mayo de 2015

Apenas cuatro días después de la publicación de la sentencia *Rabal Cañas*, el TSJ País Vasco aplicó su doctrina en la sentencia dictada el día 21 de mayo de 2015⁵⁸. El supuesto de hecho que originó esta sentencia tuvo lugar tras el despido de 27 trabajadores en el centro de trabajo de Mungia, perteneciente al grupo

⁵⁶ En este sentido, CASAS BAAMONDE, M.E. (*Unidades de cálculo...*, cit., p. 395) indica que: «no se opone a la Directiva utilizar la «empres como unidad de referencia (...) dado que la utilización del concepto de «empresa» para computar el número de despidos que determina su calificación de colectivo únicamente puede hacerse si es más favorable para esa calificación, esto es, si supone «una añadidura» y no si reduce la protección de los trabajadores que se obtendría de medir el número de despidos en la unidad de referencia «centro de trabajo», unidad de referencia «mínima» en la regulación de la Directiva para el cómputo del número de despidos y su calificación como colectivos a la que han de atenerse en todo caso los Estados miembros, es obligado concluir que la aplicación del artículo 51.1 del ET de conformidad con el artículo 1, apartado 1 de la Directiva, interpretado por la Sentencia *Rabal*, exige medir los umbrales numéricos del despido colectivo en la empresa y en el centro de trabajo».

⁵⁷ Como señaló GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Empresa, centro de trabajo y de despido colectivo*, Revista Información Laboral, núm. 6/2015 (BIB 2015/2565), la utilización del centro de trabajo como unidad de cómputo está garantizada por la Directiva, de modo que el legislador español sólo podía añadir un nivel de protección adicional, pero sin excluir esta otra alternativa.

⁵⁸ Rec. n.º 972/2015.

de empresas Zardoya-OTIS, que a su vez disponía de otro centro de trabajo en Madrid. El 24 de febrero de 2015, la empresa comunicó a 12 trabajadores la extinción individual de sus contratos por causas objetivas y productivas que, sumadas a otras ocurridas en los 90 días anteriores, daban lugar a un total de 27 extinciones en un centro de trabajo de 77 trabajadores perteneciente a una empresa que empleaba a más de 3.000. El comité de empresa impugnó dichas extinciones por entender que constituían un despido colectivo, y así lo estimó la STSJ País Vasco de 21 de mayo de 2015, aplicando la doctrina de la sentencia *Wilson* y, especialmente, *Rabal Cañas* y considerar dicho centro de trabajo de Mungia como marco de referencia para el cómputo del número de extinciones⁵⁹. De acuerdo con ello, la Sala computó todas las extinciones realizadas en el período de 90 días, salvo las producidas por cumplimiento del término fijado.

En cuanto a la determinación del ámbito de referencia, a pesar de que la Sala indicó expresamente su conocimiento acerca del «intenso debate jurídico que se está produciendo» derivado de la jurisprudencia del Tribunal supremo, en particular de la Sentencia de 18 de marzo de 2009, pero también de la muy reciente sentencia *Wilson*, que consideró el centro de trabajo cuando los centros estén bien diferenciados y, en especial, la sentencia *Rabal Cañas*, cuyo criterio decidió seguir «por ser resolutive de duda interpretativa de la legislación nacional española sobre la cuestión que ahora toca

⁵⁹ El supuesto de hecho que originó esta sentencia tuvo lugar tras el despido de 27 trabajadores en el centro de trabajo de Mungia, perteneciente al grupo de empresas Zardoya-OTIS, que a su vez disponía de otro centro de trabajo en Madrid. El 24 de febrero de 2015, la empresa comunicó a 12 trabajadores la extinción individual de sus contratos por causas objetivas y productivas que, sumadas a otras ocurridas en los 90 días anteriores, daban lugar a un total de 27 extinciones en un centro de trabajo de 77 trabajadores perteneciente a una empresa que empleaba a más de 3.000. El comité de empresa impugnó dichas extinciones por entender que constituían un despido colectivo, y así lo estimó la STSJ País Vasco de 21 de mayo de 2015, aplicando la doctrina *Wilson* y, especialmente, *Rabal Cañas* y considerar dicho centro de trabajo de Mungia como marco de referencia para el cómputo del número de extinciones.

decidir». De acuerdo con ella, el cómputo se realizó a nivel de empresa, porque de otro modo «no nos hallaríamos ante un despido colectivo, ya que se habrían producido 27 extinciones en una plantilla de más de 3.000 personas, por lo que el umbral mínimo de afectación debiera ser el de 30 personas para el período de 90 días». Por ello, con el fin de ofrecer una protección adicional a los trabajadores afectados⁶⁰, la Sala vasca asume el criterio del centro de trabajo en aplicación de la doctrina *Rabal Cañas*⁶¹.

La línea iniciada por esta sentencia fue rápidamente seguida por otros juzgados⁶² y tribunales nacionales⁶³.

3.2.2. La STSJ Cataluña de 22 de febrero de 2016

El origen de esta sentencia se encuentra directamente vinculado a la sentencia *Rabal*

⁶⁰ En palabras de MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, p. 162: «este plus de protección que reciben los trabajadores supone un plus de cargas para los empresarios que, bajo la interpretación de la norma nacional, habrían actuado correctamente, con lo que se crearía un nuevo, enésimo, factor de inseguridad jurídica para la gestión empresarial en nuestro país, ya maltrecha». Sin perjuicio de que, pese a ello, la sentencia realice «una correcta aplicación del Derecho vigente, por lo que la manifiesta inseguridad creada empresarialmente no es imputable a la sentencia, sino a los desajustes, reales o potenciales, entre leyes».

⁶¹ Sobre esta sentencia, véase MOLINA NAVARRETE, C., *Despido colectivo de hecho en un centro de trabajo de un grupo empresarial: una nueva doctrina judicial ¿correctora o abrogatoria?*, CEF, n.º 388, julio 2015, pp. 157-165. Para el autor, la relevancia de esta sentencia es clara «en el mundo de la justicia del caso concreto (...) porque de haberse seguido la jurisprudencia social actualmente rectora o dominante, no se hubiera producido la protección de los trabajadores que la sentencia les da».

⁶² Así el JS Las Palmas de Gran Canaria de 15 de diciembre de 2015 (proc. n.º 394/2015) declaró nulos los más despidos realizados por la empresa Newrest Group Holding, S.A. al tomar como unidad de cómputo el centro de trabajo del Aeropuerto de Gran Canaria (Gando).

⁶³ Entre otras, las sentencias TS Castilla y León (Burgos) de 4 de septiembre de 2015 (rec. n.º 520/2015); TSJ Andalucía (Málaga) de 30 de septiembre de 2015 (rec. n.º 1076/2015) declaran la nulidad de los despidos al haberse superado en el centro de trabajo el número de extinciones señaladas en el art. 51 ET.

Cañas. Ante la solución ofrecida a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, este resolvió anular las extinciones realizadas por considerarlas como un despido colectivo. Esta decisión supuso, sin embargo, ignorar la expresa indicación del Tribunal de Justicia acerca de la improcedencia del despido colectivo en este caso concreto, ya que el centro de trabajo de Barcelona ocupaba en el momento del despido, sólo a veinte trabajadores y no a más de veinte, como exige la Directiva. Pese a ello, la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 10 de junio de 2015⁶⁴ decidió integrar el ordenamiento comunitario y el nacional y anular los despidos, entre ellos el de Rabal Cañas, por no haberse seguido el procedimiento de despido colectivo⁶⁵. La empresa impugnó esta sentencia en suplicación ante el TSJ Cataluña, que estimó el recurso a través de la sentencia de 22 de febrero de 2016⁶⁶ y declaró la procedencia de los despidos.

La decisión de la Sala catalana interpreta y aplica la doctrina *Rabal Cañas* de modo diferente al de la STSJ País Vasco de 21 de mayo de 2015. Bien es cierto que, en este caso, el supuesto de hecho presentaba notables diferencias con el de Zardoya-OTIS. Para comenzar, el centro de trabajo de Barcelona de la empresa Nexea no empleaba a más de 20 trabajadores, a diferencia del vasco. De ahí que la Sala catalana acusase al Juzgado de lo Social de Barcelona de aplicar la «técnica del espiguelo normativo», utilizando lo más favorable de la Directiva y del art. 51.1 ET e ignorando lo des-

favorable de una y de otro. El fin del Juzgado de lo Social, a juicio de la Sala catalana, se centra tan solo en uno de los dos perseguidos por la Directiva, de modo que trata de proteger los derechos de los trabajadores, pero no atiende a la equiparación de las cargas de las empresas en todos los Estados Miembros⁶⁷.

En consecuencia, la sentencia dictada en suplicación anula la de instancia por considerar que «además de contrariar el propósito de homologación que busca el derecho de la Unión, tal decisión sigue unos criterios propios de *lege ferenda*» y supone «una actuación más propia del legislador que la actuación judicial», al extender la interpretación del art. 51.1 ET «más allá de la extensión que dicta la recta interpretación de sus términos (art. 3.1 del CC) y no es tal la que equipara o incluye dentro de la expresión empresa el concepto de centro de trabajo, excediendo los términos del precepto»⁶⁸.

⁶⁷ Así la sentencia entiende que: «si atendemos a ambos fines, de un lado, un mínimo homogéneo de protección para los trabajadores (...) y de otro, la equiparación de las cargas de las empresas de la Unión –no podemos aceptar la interpretación dada por el juez de instancia a la sentencia del TJUE que respondió a sus cuestiones, cuando aquel señala que procede reparar la inadecuación de la norma de transposición (art. 51.1 ET) por vía interpretativa y –como solución más acorde con la finalidad de la Directiva y la voluntad de mejorarla del legislador español de 1994– entender y aplicar que el umbral numérico establecido en dicho precepto, art. 51.1 ET, debe entenderse referido indistintamente a la empresa o al centro de trabajo, de lo cual se infiere que –tal y como postuló desde el primer momento en la demanda inicial– la empresa demandada debió haber integrado la extinción contractual del demandante en un proceso de despido objetivo».

⁶⁸ Interpretación esta que ha merecido por parte de la doctrina tanto críticas (CASAS BAAMONDE, M.E., Unidades de cálculo..., cit., p. 398, considera la acusación de espiguelo «no resistiría un análisis fundado», en tanto que «no cabe –sin actuación del legislador– sino la aplicación integrada de la ley interna con la Directiva») como avales (entre otros *vid.* MOLINA NAVARRETE, C., *¿Cuál es el ámbito de cómputo...*, cit., p. 143: «el juego de la norma más favorable, que sin duda también vincula al juez, no sólo a los poderes públicos, no debe confundirse, en efecto, con el espiguelo normativo, por lo que el juez nacional debe elegir entre aplicar la normativa española, si de ella se deriva efectivamente una solución más favorable que la comunitaria, o esta, si no es así, pero entonces deberá aplicar estrictamente

⁶⁴ Autos n.º 85/13.

⁶⁵ En ella se rechaza la existencia de «espiguelo» entre los aspectos más favorables de la norma interna y la comunitaria y se señala que «procede reparar la inadecuación de la norma de transposición (art. 51.1 ET) por vía interpretativa, y –como solución más acorde con la finalidad de la Directiva y la voluntad de mejorarla del legislador español de 1994– entender y aplicar que el umbral numérico establecido en dicho precepto, art. 51.1 ET, debe entenderse referido, indistintamente, a la «empresa» o al «centro de trabajo», de lo cual se infiere que –tal y como se postuló desde el primer momento en la demanda inicial– la empresa demandada debió haber integrado la extinción contractual del demandante en un proceso de despido colectivo».

⁶⁶ Rec. n.º 5499/2015.

3.3.3. La STS de 17 de octubre de 2016

Era, pues, cuestión de tiempo que el Tribunal Supremo hubiera de pronunciarse sobre la correcta integración del art. 51.1 ET y así lo hizo con ocasión del recurso de casación presentado contra la STSJ País Vasco de 21 de mayo de 2015 que, aplicando la doctrina *Rabal Cañas*, consideró el centro de trabajo como marco de referencia para computar el número de extinciones y entender producido un despido colectivo. Este pronunciamiento del Tribunal Supremo deviene especialmente importante, pues confirma una de las dos posibles interpretaciones a las que había dado lugar la sentencia *Rabal Cañas* en la doctrina judicial española en detrimento del adoptado por la STSJ Cataluña de 22 de febrero de 2016, que calificó de indebido «espiguelo normativo» la amplia interpretación del art. 51.1 ET que, al permitir el cómputo a nivel de centro de trabajo y no de empresa, superara el alcance previsto por el legislador español.

La STS de 17 de octubre de 2016⁶⁹ representa hasta el momento el colofón a las conclusiones sufridas por el marco normativo y jurisprudencial del despido colectivo. Aunque la función del Tribunal Supremo en esta sentencia no fue la de unificar doctrina, sino la de confirmar o no la aplicada por la sentencia recurrida, sí merece la pena tener en cuenta las diferencias presentes entre la sentencia vasca y la dictada nueve meses después por el TSJ Cataluña.

Ante la meridiana claridad con la que sobre esta cuestión se ha venido pronunciando el Tribunal de Justicia, especialmente en las sentencias *Wilson*, *Lyttle* y *Rabal Cañas*, el Tribunal Supremo no tuvo otra opción que analizar la adecuación entre el art. 51. ET y

la Directiva, para finalmente, ratificar y completar la jurisprudencia nacional asentada, principalmente, desde su STS de 18 de marzo de 2009. En su análisis, el Tribunal Supremo, remitiéndose a lo ya indicado en la sentencia *Rabal Cañas*, reconoció que el art. 51 ET «no ha realizado correctamente la transposición de la Directiva 98/59». Se aceptó, pues, que la inmejorable voluntad empleada por el legislador español no resulta necesariamente más favorable para los trabajadores a los que debe proteger. En tales casos, no quedaría amparada por el art. 5 de la Directiva, que permite a los Estados Miembros mejorar la protección ofrecida por ella. Así las cosas, la Sala recordó que la propia STS de 18 de marzo de 2009 ya había advertido de este tratamiento desfavorable, aunque lo contempló como una hipótesis poco probable.

Dado que la Directiva carece de efecto directo entre particulares, el Tribunal Supremo trató de ofrecer una interpretación del art. 51 ET conforme a la Directiva. Al amparo del art. 4 bis LOPJ, que confirma el deber de las autoridades judiciales nacionales de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva. En este punto, la Sala se adelantó a la necesaria reforma legislativa para corregir, en la medida de lo posible, la incorrecta transposición legal que, insiste la Sala, no fue fruto del desconocimiento del Derecho de la Unión Europea, sino de la ya referida habilitación al legislador nacional ofrecida por el art. 5 de la Directiva para fijar un régimen interno más favorable. En consecuencia, con el fin de integrar en el art. 51.1 ET la corrección realizada por el Tribunal de Justicia y ofrecer una mínima seguridad jurídica a empresas y trabajadores, el Tribunal Supremo «ratifica» y «completa» su doctrina anterior.

El Tribunal Supremo ratificó y completó la STS de 18 de marzo de 2009 y ofreció una nueva interpretación del art. 51.1 ET «conforme» a la finalidad buscada por la Directiva. Demostró, asimismo, ser consciente de los límites que conlleva la interpretación conforme. Esta requiere que la Directiva objeto de inter-

–superando la cuestión de la falta de una eficacia horizontal de las directivas– la normativa comunitaria).

⁶⁹ Véase un comentario sobre esta sentencia en MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *¿Cuál es la unidad de cómputo del despido colectivo? La empresa y el centro, según convenga*, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016, rec. núm. 36/2016, CEF, n.º 405, diciembre 2016, pp. 186-190.

pretación contenga mandatos claros, precisos e incondicionados, como así sucede, y también que estos no den lugar a un resultado *contra legem* del Derecho nacional. Ambos requisitos se consideraron cumplidos. El primero, en tanto que «el mandato de la Directiva es claro, rotundo y terminante al imponer el centro de trabajo como unidad de garantía mínima de los derechos de los trabajadores». El segundo, al admitir que «nuestra normativa laboral no contrapone la empresa y el centro de trabajo como unidades de referencia empresarial necesariamente diferenciadas, sino que por el contrario, los asimila y equipara en su tratamiento jurídico», como demuestran los artículos 41, 47, 51.2º y 63 y ss. ET, entre otros⁷⁰.

Para ello, consideró al centro de trabajo como unidad de cómputo a efectos del despido colectivo, y fijó las condiciones cualitativas (características organizativas y de funcionamiento en relación con la globalidad de la empresa) y cuantitativas (número de trabajadores empleados y/o afectados) que, acumulativamente, debe reunir un centro de trabajo para que le sea de aplicación la Directiva «y que impone a la legislación interna la obligación de respetar las garantías que caracterizan los despidos colectivos». Para fijar estos requisitos la Sala acudió a lo ya establecido en las sentencias *Wilson, Lyttle y Rabal Cañas*. Cualitativamente, consideró ajustada a estos efectos la definición de centro de trabajo ofrecida por el art. 1.5 ET: «unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Esta definición se completa con el o menos importante

⁷⁰ Muy crítica con la calificación de ambos conceptos como nociones equiparables o íntimamente vinculadas se muestra MARTÍNEZ MORENO, C., *op. cit.*: «cuando lo cierto es que la noción de centro de trabajo se utiliza para diferenciarlo de la empresa como ámbito de imputación normativa específico en aquellos casos de empresas pluricelulares en las que la estructura de la organización se encuentra disgregada». También señala la autora que se citen como equivalentes en el ámbito de la participación y la acción sindical en la empresa, donde lo que ocurre «es justamente lo contrario, que son ámbitos excluyentes o esferas de conformación de los órganos o instancias representativas autónomas».

requisito cuantitativo que, a los efectos de la consideración de despido colectivo, establece la Directiva 98/59/CE: sólo se aplicará a aquellos centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores, descartando la posibilidad de extender sus garantías a los que ocupen un número inferior.

Además, el Tribunal Supremo confirmó la interpretación ofrecida por la sentencia recurrida, recalando la necesidad de que el centro de trabajo a afectos del despido colectivo deba ocupar necesariamente a más de 20 trabajadores en el momento en el que se produzcan los despidos, para garantizar la dimensión plural del despido colectivo y evitar cualquier otra interpretación que «daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento» de los trabajadores de las empresas que sólo tengan un centro de trabajo frente a las que tienen varios.

En consecuencia, el Tribunal Supremo reinterpretó las exigencias del art. 51.1 ET a la luz de la Directiva 98/59/CE y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia y calificó como despido colectivo: «tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1 ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores». Con ello, la Sala parece poner fin a la controversia judicial sobre el modo en el que ha de interpretarse, en este punto, nuestra legislación nacional⁷¹. Bien es cierto que esta labor judicial, aunque imprescindible, no puede sustituir la necesaria labor legislativa. Sólo una nueva redacción del art. 51.1 ET acorde a los términos requeridos por la Directiva y

⁷¹ Como indica MARTÍNEZ MORENO, C., *op. cit.*: esta sentencia, a pesar de la argumentación circular y de ciertas contradicciones e incongruencias señaladas por la autora, «tiene la virtud de haber salvado, al menos de momento, la necesidad de llevar a cabo una reforma política de emergencia en un contexto político nada facilitador de una intervención de esta naturaleza».

señalados por el Tribunal de Justicia, podrá ofrecer la necesaria seguridad jurídica a las empresas y a los trabajadores.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

A partir de la sentencia *Rabal Cañas* las empresas habrán de realizar un «doble cómputo o escrutinio (centro de trabajo-empresa)» para calcular el número de extinciones contractuales a iniciativa del empresario con el fin de determinar la calificación del despido⁷².

De las sentencias *Balkaya* y *Pujante Rivera* resulta la necesidad de computar, a efectos de la determinación del umbral mínimo y necesario para la aplicación del despido colectivo, a los trabajadores temporales, al personal directivo, a los trabajadores en prácticas aunque no reciban su remuneración directamente del empresario, a aquellos trabajadores que hayan solicitado la extinción de su contrato de trabajo como consecuencia de actuaciones previas y unilaterales del empleador, ya se trate de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o por dimisiones causales o despidos indirectos.

La sentencia *Pujante Rivera*, además, obliga a considerar como despido la extinción del contrato de trabajo solicitada por los trabajadores que no acepten la previa modificación sustancial de sus condiciones de trabajo por el empresario. En consecuencia, y no menos importante, dichos trabajadores se beneficiarán de los derechos y garantías previstos en la Directiva 98/59/CE y en el art. 51 ET.

La sentencia *AGET Iraklis*, aunque no afecte a una situación actual presente en nuestro Derecho interno, sí habrá de ser tenida en cuenta por el legislador nacional a la hora de valorar una futura reforma del art. 51 ET que pudiera resucitar y delimitar las pau-

tas de actuación de la autorización administrativa en los despidos colectivos.

Todos estos elementos habrán de ser tenidos en cuenta por el legislador cuando acometa la necesaria reforma del art. 51 ET. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de octubre de 2016 parece haber aclarado la cuestión, el mandato implícito en toda directiva obliga a la adaptación de la legislación española en esta materia. Sólo así se garantizará el efecto útil de la Directiva 98/59/CE y se proporcionará a los operadores la seguridad jurídica imprescindible en una cuestión de tanta relevancia, económica y personal, como es el tratamiento del despido colectivo.

BIBLIOGRAFÍA FINAL

- CASAS BAAMONDE, M. E., *Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores*, Derecho de las Relaciones Laborales, n.º 4, 2015, pp. 373-400.
- DESDENTADO BONETE, A., *La delimitación legal del despido colectivo*, en M. GODINO REYES (dir.), «Tratado de despido colectivo», Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pp. 29-68.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., ¿Cuál es la unidad de cómputo del despido colectivo?. La empresa y el centro, según convenga, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016, *rec. núm. 36/2016*, CEF, n.º 405, diciembre 2016, pp. 186-190.
- , *La impugnación de la extinción individual del contrato de trabajo del trabajador afectado por un despido colectivo tras las últimas sentencias del Tribunal de Justicia*, Derecho de las Relaciones Laborales, 2015, pp. 550-564.
- MARTÍNEZ MORENO, C., *Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la STS de 17 de octubre de 2016 (Rec. 36/16)*, Actum Social n.º 116, actualidad octubre 2016, pp.19 y ss.
- MOLINA NAVARRETE, C., *Despido colectivo de hecho en un centro de trabajo de un grupo empresarial: una nueva doctrina judicial ¿correctora o abrogatoria?*, CEF, n.º 388, julio 2015, pp. 157-165.

⁷² CASAS BAAMONDE, M.E., *Unidades de cálculo...*, cit., p. 395.

- , «¿Cuál es el ámbito del despido colectivo?: Una lectura pro comunitati a favor de la empresa (favor business), CEF, n.º 398, mayo 2016, pp. 139-144.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012).
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *Transmisión de empresas y despidos colectivos*, en NOGUEIRA GUASTAVINO, FOTINOPOULOU BASURKO y MIRANDA BOTO (dirs.), «Lecciones de Derecho social de la Unión Europea», Tirant lo Blanch (Valencia, 2011), pp. 415-464.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51 ET*, Derecho de las Relaciones Laborales, n.º 2, mayo 2015, pp. 105-115.
- , *La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59*, Derecho de las Relaciones Laborales, n.º1, enero 2016, pp. 1-7.

RESUMEN

Las recientes sentencias del Tribunal de Justicia en el ámbito del despido colectivo han puesto de manifiesto los desajustes existentes entre la regulación ofrecida por la Directiva 98/59/CE y la inadecuada transposición realizada por el art. 51 ET. Hasta el momento, los órganos judiciales han tratado de solventar, en la medida de sus posibilidades, estos desacuerdos normativos. Para ello, los tribunales nacionales han realizado un importante ejercicio de interpretación conforme pues, hasta el momento, la pasividad del legislador ha dejado en sus exclusivas manos la determinación de conceptos tan relevantes para esta materia como qué ha de entenderse por despido, o la necesidad de atender al centro de trabajo como unidad de cómputo respecto del número de extinciones.

Palabras clave: Despido colectivo, trabajador, centro de trabajo, Rabal Cañas, Pujante Rivera, *AGET Iraklis*.

ABSTRACT

The most recent cases of the European Court of Justice about collective redundancies have shown important disagreements between Directive 98/59/EC and the inadequate transposition made by art. 51 ET. Until now, courts have tried to resolve, as far as they can, these legal maladjustments. In order to this, courts have made a remarkable implementation of the principle of conforming interpretation because of the legislator's passivity, which has left to courts the determination of such relevant concepts as what does dismissal mean, or the need to consider the workplace as a measuring unit in order to calculate the number of contract terminations.

Keywords: Collective redundancy, worker, workplace, Rabal Cañas, Pujante Rivera, *AGET Iraklis*.

La adaptación del ordenamiento jurídico español a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de no discriminación

The adaptation of the Spanish legal system to the European Court of Justice's case law related to discrimination

M^a TERESA VELASCO PORTERO*

1. INTRODUCCIÓN

La banalización que nuestra sociedad ha hecho del uso de las palabras igualdad y no discriminación no debe hacernos olvidar que jurídicamente hacen referencia a conceptos bien distintos, con una configuración y límites marcados por su consagración legal y su interpretación jurisprudencial. Nuestra Constitución consagra la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, debiendo informarlo (art. 1), y cuya realización efectiva está encargada a los poderes públicos (art. 9). Por su parte, en el art. 14. 1 CE se recogen dos principios: el de igualdad de trato y el de no discriminación¹;

la prohibición de discriminación (prohibición de trato diferente si se basa en criterios particularmente rechazables) es de aplicación tanto en relación al trato que dispensen la ley y los poderes públicos como en el ámbito de las relaciones privadas, mientras el mandato sobre la igualdad de trato se limita a la actuación de los poderes públicos. La igualdad como derecho que vincula a los poderes públicos admite tratamientos diferenciados si así se justifica o se considera razonable.

Por tratarse de un derecho consagrado constitucionalmente como uno de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional en adelante (TC) ha tenido una importante labor en su interpretación y delimitación, siendo muy abundante su jurisprudencia en este sentido. La normativa laboral como el resto del ordenamiento está sometida al derecho a la igualdad, y se ha comprometido de manera expresa con la lucha contra la discriminación,

* Profesora titular de área en Universidad Loyola Andalucía. Acreditada profesora titular por la ANECA.

Este artículo se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER) *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y concedido a un equipo encabezado desde la Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Por todos, LÓPEZ CUMBRE, L., «*Libertad de contratación y principio de igualdad de trato en el ámbito empresarial*»,

en Igualdad y no discriminación en el mundo laboral (Coord. GARCÍA MURCIA, J.), Gobierno del Principado de Asturias, 2008, p. 107.

de manera muy particular con la discriminación por razón de sexo².

En el desarrollo y consolidación del ordenamiento español en esta materia ha tenido gran influencia, como no podía ser de otra manera, la normativa comunitaria³. Los textos fundacionales, las distintas reglas comunitarias y por supuesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han sido elementos fundamentales para ir configurando los textos jurídicos nacionales y su aplicación judicial. En el momento actual, los textos comunitarios clave respecto a los derechos a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales son, sin lugar a dudas, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva de igualdad racial) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva de igualdad en el empleo), que han sido objeto de una amplia atención por parte del Tribunal de Justicia. Para el caso concreto de la igualdad por razón de sexo es también fundamental la Directiva 2006/54/CE, 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). Por medio de estas Directivas se intenta garantizar la igualdad de trato y al mismo tiempo ofrecer una protección eficaz contra la discriminación por alguno de los motivos que en ellas se mencionan expresamente y que son el origen racial o étnico en la primera de ellas, los motivos de

religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en la segunda y el sexo en la tercera⁴. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre diversas cuestiones relativas a estas directivas, tanto en orden a la delimitación de los conceptos de igualdad y no discriminación como en lo concerniente a las distintas causas de discriminación prohibidos por esta normativa. El impacto de esta jurisprudencia en nuestro ordenamiento ha sido importante, máxime cuando algunas de las resoluciones del Alto Tribunal se han producido a instancias de nuestros propios tribunales nacionales; en este trabajo analizaremos de manera crítica cómo se han adaptado a ello nuestra legislación y nuestra jurisprudencia, a excepción de las decisiones relativas a la discriminación por razón de sexo que, por formar por sí mismas un *corpus* complejo y extenso merecen un estudio independiente.

De las distintas causas de discriminación prohibidas expresamente por las Directivas estudiadas, la que está mereciendo más atención por el TJUE en los últimos años es sin lugar a dudas la discriminación por razón de edad, en lo que afecta a los distintos momentos de la relación laboral: discriminación en el acceso al trabajo, discriminación en el desarrollo de la relación laboral (salario) y discriminación en cuanto a la extinción del contrato. Por otra parte, el conjunto de sentencias que más influencia están teniendo en nuestra jurisprudencia y doctrina judicial es la relativa a la enfermedad y discapacidad como causa de discriminación, cuestión respecto de la cual el debate sigue abierto. Por tanto, es a estas dos causas de discriminación a las que dedicaremos más atención en nuestro estudio, sin dejar de mencionar otras menos abordadas pero sin lugar a dudas también interesantes, como son la orientación sexual y el origen racial o étnico.

² Recordemos que en su desarrollo se ha dictado una ley transversal, la LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que entre otros temas se ocupa de la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo y las relaciones laborales.

³ Vid. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y ROBLES CIFUENTES, H., *Los aspectos laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 11.

⁴ Vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *NREDT*, nº 191, 2016.

2. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN

2.1. La no discriminación por razón de edad como principio de derecho comunitario: la sentencia *Mangold*⁵ y la sentencia *Dansk Industri (DI)*⁶

Desde la sentencia *Mangold* la no discriminación por razón de edad se considera un principio de derecho comunitario y como tal ha sido recogido por nuestros tribunales nacionales en múltiples ocasiones. Esta es una de las principales aportaciones de esta sentencia, junto a su doctrina sobre la necesidad de probar la vinculación entre la medida diferenciada por razón de edad y un objetivo legítimo coherente con la política de empleo para que dicha medida no sea discriminatoria⁷.

La sentencia tuvo su origen en el litigio entre el Sr. Mangold y el Sr. Helm sobre un contrato de trabajo de duración determinada celebrado entre ellos. El 26 de junio de 2003 el Sr. Mangold, que contaba en ese momento 56 años de edad, celebró un contrato de trabajo con el abogado Sr. Helm, que empezó a surtir efecto el 1 de julio de 2003. Dicho contrato se pactó con una duración determinada, estableciéndose como fecha de finalización el 28 de febrero de 2004, basándose la temporalidad exclusivamente en la ley alemana entonces vigente de fomento de la celebración de contratos de duración determinada con trabajadores de más de 52 años. En el caso objeto del litigio, el carácter temporal del contrato se basaba en lo dispuesto en la frase cuarta del artículo 14, apartado 3 de esta ley, en relación con la frase primera de la Ley sobre trabajo a tiempo parcial y de duración determinada, de 21 de diciembre de 2000, que adaptó el Derecho interno a la Directiva

1999/70 (en lo sucesivo, *TzBfG*), para fomentar la celebración de contratos de duración determinada con trabajadores de edad avanzada, ya que el trabajador tenía más de 52 años. El trabajador, Sr. Mangold, alegaba que la cláusula de temporalidad incluida en el contrato era incompatible con el Acuerdo marco y con la Directiva 2000/78, en la medida en que limitaba la duración de su contrato, aunque tal limitación fuese conforme con el artículo 14, apartado 3, de la *TzBfG*. Para el empresario, existía una razón objetiva para la celebración de un contrato de duración determinada, y esta razón es la dificultad de dichos trabajadores para encontrar trabajo habida cuenta de las características del mercado de trabajo.

El *Arbeitsgericht München*, tribunal nacional, dudó de la compatibilidad del artículo 14, apartado 3, primera frase, de la *TzBfG* con el Derecho comunitario. Nos interesan las dudas planteadas con respecto a la posible incompatibilidad con el artículo 6 de la Directiva 2000/78, en la medida en que la reducción de la edad en que se podrían celebrar contratos de trabajo de duración determinada de 58 a 52 años que llevó a cabo mediante la Ley alemana de 2002, realizada sin razón objetiva, no garantizaba la protección en el trabajo de las personas de edad avanzada, considerando el tribunal alemán que tampoco se respetaba el principio de proporcionalidad. Por otra parte, y con no menor importancia, el tribunal remitente planteaba la cuestión de si en un litigio entre particulares el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dejar inaplicadas normas de Derecho interno incompatibles con el Derecho comunitario. A este respecto consideraba que la primacía de éste debería llevar a la conclusión de que la totalidad del artículo 14, apartado 3, de la *TzBfG* es inaplicable, por lo que debía aplicarse la norma fundamental del apartado 1 del mismo artículo, que exige la concurrencia de una razón objetiva para celebrar un contrato laboral de duración determinada.

Como hemos dicho, la sentencia *Mangold* es particularmente interesante en dos de sus afirmaciones. La primera, en relación con la

⁵ STJCE de 22 de noviembre de 2005. Asunto C-144/04.

⁶ Sentencia de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri (DI)* contra *Sucession Karsten Eigil Rasmussen*, Asunto C-441/14.

⁷ En este segundo aspecto nos detendremos más adelante, cuando desarrollemos la doctrina del TJ respecto a la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por razón de edad.

adecuación o no a la Directiva 2000/78 de la modificación introducida en la normativa nacional en el sentido de permitir, sin límite alguno y a menos que exista una conexión estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo empresario, celebrar contratos de duración determinada con trabajadores de más de 52 años; respecto a ello el Tribunal hace varias reflexiones, que podemos resumir en que considera que se trata de un objetivo legítimo pero que la medida no es admisible porque el estado no demostró la conexión entre la medida y el objetivo. Sobre esto volveremos en el apartado siguiente de este trabajo. En este momento lo que nos interesa es la segunda afirmación, a la que llega cuando partiendo de esta conclusión la sentencia aborda la cuestión de qué normativa debe aplicar el órgano jurisdiccional nacional si la disposición nacional se opone a una directiva sobre igualdad cuyo plazo de transposición aún no ha finalizado (como era el caso en aquel momento de la Directiva 2000/78). El Tribunal entiende que el principio de discriminación por razón de edad no es un principio creado por dicha Directiva, sino que es un principio general de Derecho comunitario, que encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Por todo ello, considera que los tribunales nacionales deben dejar sin aplicación la normativa nacional contraria al principio de igualdad, garantizando la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables. En este sentido, el fallo de la sentencia declara expresamente que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de edad dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la ley nacional contrarias, incluso aunque no haya expirado todavía el plazo de adaptación del Derecho interno a dicha normativa».

Esta doctrina ha sido confirmada en diversas ocasiones por el TJUE⁸, y ha sido asumida

⁸ Caso *Kücükdeveci*, Sentencia de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07; Caso *Dansk Industri (DI)* contra *Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*. Sentencia de 14 abril 2016.

y aplicada por nuestra jurisprudencia y doctrina judicial. Recientemente el TJUE ha vuelto a pronunciarse sobre el tema, completando su doctrina, en la sentencia *Dansk Industri (DI)*, de 19 de abril de 2016. En este asunto el tribunal nacional danés, que conocía de un litigio entre particulares, preguntaba en esencia si el principio general de no discriminación por razón de la edad debe ser interpretado en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la debatida en el procedimiento principal, en virtud de la cual un trabajador no puede percibir una indemnización por despido si tiene derecho a una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se ha incorporado antes de cumplir 50 años. Asimismo, si se considerase de aplicación entre particulares, hasta qué punto habría que ponderar dicho principio y su efecto directo con el principio de seguridad jurídica y el principio, vinculado a éste, de protección de la confianza legítima. En este contexto, el tribunal remitente también se pregunta si, al realizar esta ponderación, puede o debe tener en cuenta que los Estados miembros tienen el deber de reparar el perjuicio ocasionado a los particulares por la incorrecta transposición de una Directiva, como en el caso de la 2000/78.

Resolviendo estas cuestiones, la sentencia del TJUE reitera que el principio general de no discriminación por razón de la edad concretado por la Directiva 2000/78 encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y que también resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que dicho principio, ahora consagrado en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe considerarse un principio del Derecho general de la Unión. Asimismo, precisa que puesto que la Directiva 2000/78 no consagra por sí misma el principio general de no discriminación por razón de la edad, sino que se limita a concretarlo en materia de empleo y de trabajo, por lo que «el alcance de la protección concedida por esa Directiva no rebasa el concedido por dicho

principio. Considera que, al aprobar esta Directiva, el legislador de la Unión Europea quiso definir un marco más preciso, destinado a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de trato y, en especial, a determinar distintas posibles excepciones a tal principio, acotándolas mediante una definición más clara de su ámbito de aplicación» (23).

Por otra parte, y en lo relativo a si una Directiva puede ser invocada en un litigio entre particulares, el TJUE recuerda que «en el caso de un litigio entre particulares (...) una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona» (30). Sin embargo, «el Derecho de la Unión debe ser interpretado en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación» (43)⁹.

Con arreglo a todo ello el fallo de la sentencia resolvió expresamente que «el principio general de no discriminación por razón de la edad, tal como lo concreta la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre

de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que, también en un litigio entre particulares, se opone a una normativa nacional, como la debatida en el procedimiento principal, en virtud de la cual un trabajador no puede percibir una indemnización por despido si tiene derecho a una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se ha incorporado antes de cumplir 50 años, con independencia de si opta por permanecer en el mercado de trabajo o por jubilarse».

Entrando en la repercusión que ha tenido esta sentencia en nuestros tribunales, hay que señalar que ha sido citada en numerosas ocasiones, aunque en muchas de ellas lo ha sido para considerar que la doctrina que sienta no es de aplicación al caso que habían de resolver. Es el caso de la SAN 143/2016, de 23 de septiembre, que descartó la aplicación de dicha doctrina a un supuesto de despido colectivo en que se obligaba a los trabajadores mayores de 57 años a prejubilarse en condiciones tales que no les permitía, salvo excepciones, acceder a la jubilación, ofertándoles, caso de no aceptar la propuesta, una indemnización de 20 días por año, cuando a los otros trabajadores se les ofertaron 35 días por año de servicio. La AN descartó la aplicación de la doctrina de la sentencia *Dansk Industri* porque en el caso debatido no se obligaba a los trabajadores a prejubilarse obligatoriamente sin indemnización, ya que se había convenido como alternativa al despido colectivo un plan de rentas, financiado por la empresa, cuyos destinatarios eran los trabajadores mayores de 57 años, quienes podían aceptarlo o no, en cuyo caso se les ofertaba una indemnización inferior a la que se ofertaba a los trabajadores de menor edad. A juicio de la Sala «dicho trato diferenciado no es discriminatorio, puesto que la cercanía a la jubilación comporta, por la mayor protección social a los trabajadores mayores de 55 años, un factor objetivo y no arbitrario como criterio de selección en los despidos colectivos». En su apoyo citaba la STC

⁹ Estas dos afirmaciones han tenido una gran repercusión en nuestro ordenamiento, siendo citadas en multitud de sentencias.

66/205¹⁰, en la que en un supuesto similar se consideró que seleccionar a los mayores de 55 años «es un criterio proporcionado y adecuado siempre que se adopten medidas efectivas para minimizar el perjuicio causado a los afectados». También se apoya la AN en las STJUE *Asunto Prigge* de 13 de septiembre de 2011, seguida por las SsTSJ de Navarra 305/2016 de 9 junio, 319/2016 de 16 junio y 321/2016 de 16 junio, en las que se concluye que no constituye discriminación por razón de edad que los trabajadores en los que concurren diferentes circunstancias tengan diferentes salidas en el marco de un despido colectivo negociado.

Por su parte el TSJ Andalucía también ha seguido esta doctrina un conjunto de sentencias relativas a despidos individuales basados en un despido colectivo realizado por el Ayuntamiento de Jerez, en que uno de los criterios de selección utilizados fue «el de extinguir el contrato de los es que, a 20 de agosto 2012 tengan 59 años o más años de edad» justificando dicho criterio el empleador en la consideración de que la selección de dichos empleados permite por una parte reducir los efectos negativos del despido en el empleo sobre los afectados, en la medida en que al estar dichas personas más cercanas a la edad de jubilación, estarían un menor tiempo en situación de desempleo y podrían, en caso de cumplir los requisitos legalmente, acceder a la pensión de jubilación anticipada o jubilación ordinaria. En segundo lugar, consideraba el Ayuntamiento que también se reducían de esta manera los efectos negativos sobre el conjunto de los empleados, en la medida en que si se vieran afectados otros empleados de menor edad, teniendo en cuenta la situación de crisis que atraviesa el país y la elevada de desempleo, tanto en la ciudad como en el conjunto del país, éstos estarían un mayor de número de días en situación de desempleo, existiendo incluso la posibilidad en que agotada la prestación e incluso el subsidio, no tuvieran la posibilidad de encontrar un nuevo

empleo. Adicionalmente, el mantenimiento en plantilla de dichos empleados (extinguendo el contrato de trabajo de otros empleados) repercutiría negativamente, a corto y medio plazo en la delicada situación económica del Ayuntamiento que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediatamente, a sustituir dichos trabajadores, a medida que los mismos se fueran jubilando, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la Corporación de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando para sustituirlos. El TSJ resolvió que, efectivamente, la selección de trabajadores que tuvieran cumplidos los 59 años, estando por tanto próximos a la jubilación, es un criterio adecuado y proporcionado que no supone discriminación, declarando la procedencia del despido individual en el marco del despido colectivo. Para llegar a este fallo, el TSJ recuerda que el TJUE mantiene su doctrina de no aplicación directa de una Directiva en un litigio entre particulares, pero al mismo tiempo enfatiza la obligación asumida por los Estados de adoptar las medidas necesarias para que pueda alcanzarse el objetivo perseguido por la Directiva 2000/78/CE, y que tal obligación se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, «incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales». Por tanto, considera que cuando el órgano jurisdiccional nacional se encuentre en un conflicto como el ahora analizado, debe resolver la cuestión en términos que se adecuen al objetivo perseguido por la norma comunitaria, recordando que «la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Siendo todo ello así, el TSJ sostiene que el caso debatido no se encuentra dentro del ámbito de protección de la Directiva, ya que junto a las medidas de alcance normativo, potencialmente aplicables a todos los trabajadores, en el pacto empresa-representación trabajadora se mejoró la situación económica de los despedidos de 55 años de edad o más, con la finalidad de compensar siquiera fuera parcialmente la

¹⁰ STC 66/2015 de 13 de abril de 2015.

pérdida de rentas de un trabajador anteriormente en activo. Las mejoras consistían en un Convenio Especial con la Seguridad Social suscrito por la Corporación abonando además la cotización del empleado hasta que cumplierse la edad de 61 años, y ofreciendo además un servicio de recolocación al trabajador. A juicio de la Sala tales medidas, junto con las legales, minimizaban el impacto económico producido al trabajador por la extinción de su contrato, y de ahí que se estimase que el criterio de la edad, resulte proporcionado y no vulnerador del invocado art. 14.CE en cuanto a un trato no permitido, por discriminatorio, en razón de la mayor edad de los trabajadores despedidos¹¹. El TSJ no solo se apoya en la jurisprudencia del TJ, sino que expresamente hace referencia a la STC 66/2015 de 13 de abril en la que, enjuiciando una decisión empresarial tomada en un procedimiento de despido colectivo para la extinción de 252 contratos de trabajo en el que se alcanzó el acuerdo de extinguir 211 contratos, con el criterio de selección establecido en la memoria acordando la formalización del convenio especial para los mayores de 55 años, el TC aborda el argumento empresarial de que los trabajadores despedidos mayores de 55 años sufrirían un «menor perjuicio» que el que pudieran sufrir otros trabajadores de menor edad que hubieran sido seleccionados por la empresa en lugar de los primeros, ya que la normativa vigente «brinda mayor protección social a los mayores de 55 años». En el caso de los mayores de 55 años, el TC entiende que se produce esa situación de mayor protección social con los requisitos de justificación y proporcionalidad, basándose en tres argumentos: «1) la cobertura que da nuestro sistema de seguridad social en esta materia, a través

del subsidio para mayores de 55 años previsto para quienes carezcan de determinados niveles de renta y se prolonga hasta el acceso a la pensión de jubilación; 2) la obligación empresarial de concertar un convenio especial con la TGSS en esos casos (art. 51.9 ET); 3) la prestación complementaria por desempleo que había dispuesto la empresa para los trabajadores de mayor edad» sin que se entre a enjuiciar cuál sea el coste de tales decisiones empresariales para el sistema de protección social público. El TC afirma que esta «mayor protección» de los trabajadores de edad avanzada con respecto a los restantes «sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, siempre que se cumplan determinadas exigencias».

Por otra parte, la sentencia del TJUE que nos ocupa también ha sido recogida por el TS en lo relativo a que «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra», en su sentencia 497/2016 de 8 junio. El asunto en cuestión era sobre retribución de las vacaciones y sobre la aplicación o no de la Directiva 2003/88.

Por último, también se ha invocado esta jurisprudencia del TJUE en un tema de máxima actualidad no referido a discriminación por razón de edad. Lo han hecho las SSTJ del País Vasco 1962/2016, de 18 octubre y 2016/2016, de 18 octubre, que resuelven que hay obligación de indemnizar con 20 días de salario por año de servicio a los trabajadores vinculados con una Administración Pública por un contrato obra a la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, igual que los trabajadores fijos, se han apoyado entre otras en la sentencia *Dansk Industri*, en lo referente a que «el órgano jurisdiccional nacional no puede basarse en el principio de confianza legítima para seguir aplicando una regla de Derecho nacional contraria al principio general de no discriminación por razón de la edad, tal como lo concreta la Directiva 2000/78».

¹¹ En los mismos términos y referentes al mismo despido colectivo se pronuncian las SSTSJA: 2390/2016 de 22 septiembre; 2433/2016 de 22 de septiembre; 2391/2016 de 22 septiembre; 2319/2016 de 15 septiembre; 2280/2016 de 14 de septiembre; 2281/2016 de 14 de septiembre; 2294/2016 de 14 de septiembre; 2279/2016 de 14 de septiembre; 2203/2016 de 21 de julio; 2206/2016 de 21 de julio; 1962/2016 de 30 de junio; 1823/2016 de 23 de junio y 1940/2016 de 30 de junio.

2.2. La justificación de las medidas que introducen diferencias de trato por razón de edad

Es una de las cuestiones más importantes a las que ha debido enfrentarse el TJUE¹². Según la Directiva 2000/78 las diferencias de trato no constituyen discriminación si media justificación y la medida se atiene al principio de proporcionalidad; la jurisprudencia del TJUE sobre este tema ha ido creciendo en los últimos años, en que ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el tema, ofreciendo pautas muy interesantes que ya han sido tenidas en cuenta por nuestros tribunales y cuya importancia probablemente sea aún mayor con el tiempo. La diversidad de la casuística analizada por el TJUE nos permite distinguir las soluciones ofrecidas para los distintos momentos de la relación laboral en que se pueden producir las diferencias de trato.

2.2.1. La discriminación por razón de edad en la contratación: La sentencia Wolf¹³ y su matización por la sentencia Vital Pérez¹⁴. La reciente sentencia Gorka Salaberria¹⁵

Sobre el tema de la fijación de una edad mínima para el acceso al empleo se ha pronunciado el TJUE en diversas ocasiones, considerando en principio que el requisito de la edad es admisible siempre y cuando se vincule a un rendimiento físico imprescindible para desempeñar correctamente en el caso de que se trate.

En la sentencia *Wolf*, de 12 de enero de 2010, el TJUE respaldó la fijación de una edad

máxima de acceso al cuerpo de bomberos en 30 años porque respondía al objetivo de garantizar una capacidad física plena para el adecuado ejercicio de la actividad profesional de los bomberos. La vinculación entre la edad y la capacidad física fue acreditada en aquel caso por el gobierno alemán con una serie de estudios científicos. Curiosamente, esta sentencia ha sido citada en numerosas ocasiones por nuestro TS para considerar la improcedencia de la casación en varios casos en que se habían desestimado solicitudes de prolongación de servicio activo hasta los 70 años, existiendo un plan de ordenación de los recursos humanos. En estos casos se consideraba que el objetivo legítimo era favorecer el empleo de los trabajadores más jóvenes por el abandono de los de mayor edad, así como favorecer el rejuvenecimiento de la plantilla con el fin de conseguir una mayor eficacia en la prestación de la asistencia sanitaria. Entre otras, podemos citar las SSTs de 8 noviembre 2012, de 10 octubre 2012, de 24 septiembre 2012, de 21 septiembre 2012, de 14 septiembre 2012, de 14 septiembre 2012, de 29 marzo 2012, de 9 marzo 2012, de 9 marzo 2012 y de 5 marzo 2012.

Posteriormente, el TJ ha matizado su criterio en la sentencia *Vital Pérez*. En este caso se ponía en cuestión una convocatoria del Ayuntamiento de Oviedo, que fijó en 30 años la edad máxima para acceder a su Cuerpo de Policía Local. A diferencia de lo resuelto en el caso *Wolf* con respecto a los bomberos, aquí el TJUE consideró que no concurrían las características de plena forma física que justificaban la resolución del caso *Wolf*, al tratarse de un cuerpo de policía de proximidad. Por tanto, desestimó la fijación de un límite de edad tan estricto, por considerar que era una medida desproporcionada para lograr el objetivo perseguido. Esta sentencia ha tenido su reflejo en la doctrina de nuestros tribunales, por ejemplo en la Sentencia 46/2015 de 11 marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander (Comunidad Autónoma de Cantabria), que estima la demanda interpuesta en procedimiento para la protección de

¹² CABEZA PEREIRO, J. «Justificaciones proporcionadas de la discriminación por razón de edad», VV.AA., *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant, 2010.

¹³ STJUE de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08.

¹⁴ STJUE de 13 de noviembre de 2014, asunto C-416-13.

¹⁵ STJUE de 16 de noviembre de 2016, asunto C-258/15.

derechos fundamentales contra la Base 2^a B del proceso de selección de personal para la Policía Local del Ayuntamiento de Santander, al no ser admitida la demandante por exceder del límite de edad de 30 años.

También se han hecho eco de esta sentencia el TS, la AN y los TSJ. La STS de 28 enero 2016 con respecto a la exigencia de una edad máxima en el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas aprobado por el Real Decreto 35/2010, de 15 enero, consideró que los argumentos aportados para el establecimiento de un límite de edad estaban justificados en ese caso concreto, por lo que su impugnación era improcedente; también se apreció la justificación en el caso de la contratación temporal de dos brigadas para la prevención y defensa contra incendios forestales de concello, en que se imponía un requisito de edad y unas pruebas físicas (TSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a), sentencia núm. 641/2015 de 18 noviembre. En cambio, en el caso de Policía Local las SsTSJ de Galicia 112/2015 de 25 febrero y 681/2014 de 26 de noviembre no consideraron justificada el establecimiento de una edad máxima de 36 años para los aspirantes, por lo que apreciaron la existencia de discriminación y consideraron procedente la nulidad.

En el caso de la creación de una bolsa de agentes interinos de policía local para prestar servicio de forma temporal en la *Ertzaintza* se consideró que la fijación de la edad máxima para presentarse en 35 años: vulneraba el principio de igualdad, por ausencia de justificación objetiva y razonable (STSJ País Vasco 172/2015 de 10 marzo). Tampoco se entendió justificada la fijación de una edad máxima de 30 años para presentarse a cursos de formación en la Policía en la STS de 1 febrero 2016. Igualmente en STS de 24 noviembre 2015 con respecto a la Guardia Civil y la fijación de una edad máxima de 30 años para participar en el turno libre, sin que se acreditase justificación, ni en STS de 29 de enero de 2015 con respecto a la fijación de una edad máxima de 55 años para participar en el proceso

selectivo para la provisión de una plaza de Intendente. Tampoco se consideró justificada la fijación de un límite de edad en la STS de 16 de mayo de 2012, en el caso del Cuerpo Nacional de Policía y un proceso selectivo convocado para cubrir plazas de alumnos del centro de formación de la división de formación y perfeccionamiento, en que se fijaba una edad máxima de treinta años para participar en el turno libre. Ni en el caso resuelto por STS de 14 de diciembre de 2012, en que se cuestionaba la fijación de una edad máxima de 30 años para participar en el turno libre al proceso selectivo convocado para acceder a la Escala Ejecutiva.

En cambio, el TC ha admitido la constitucionalidad de fijar una edad máxima para concurrir a los procesos de acceso por el turno de movilidad con acenso, en su STC 29/2012 de 1 de marzo. En este caso el TC consideró que la diferencia de trato establecida encontraba su justificación en las características de la plaza y en las consecuencias que la cobertura de la misma por una persona mayor de la edad establecida ocasionaría al servicio en el municipio receptor y, por tanto, no era discriminatoria.

Así las cosas, el TJUE se ha vuelto a pronunciar sobre el tema en la Sentencia *Gorka Salaberría Sorondo/Academia Vasca de Policía y Emergencias*¹⁶, de 15 de noviembre de 2016. En este caso el Sr. Gorka Salaberría Sorondo impugnó la legalidad de una convocatoria publicada por la Academia Vasca de Policía y Emergencias para seleccionar agentes de la Ertzaintza (Policía Autónoma Vasca), a cuyo tenor los candidatos no debían haber cumplido la edad de 35 años para poder participar en el proceso selectivo. A juicio del Sr. Salaberría Sorondo, que tenía más de 35 años en el momento de su participación en el proceso selectivo, el límite de edad establecido restringía el derecho a acceder a las funciones públicas sin causa razonable. Lo reciente de esta sentencia, de 15 de noviembre de 2016, motiva que

¹⁶ Sentencia de 15 de noviembre de 2016, asunto C-258/15.

todavía no haya tenido repercusión en nuestros tribunales.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia reconoce que la norma establece una diferencia de trato basada directamente en la edad, aunque esto no quiere decir por sí mismo que vaya contra la Directiva ya que, según su propio tenor literal, una diferencia de trato basada en la edad no tendrá carácter discriminatorio cuando una característica vinculada a la edad, como la posesión de capacidades físicas específicas, constituya un requisito profesional esencial y determinante. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia recuerda que las funciones relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física, por lo que el hecho de poseer capacidades físicas específicas para poder cumplir las misiones esenciales de la *Ertzaintza* puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante para el ejercicio de dicha profesión.

El TJUE hace algunas precisiones respecto a las diferencias entre este caso y el resuelto en la sentencia *Vital Perez*. En primer lugar, considera que las funciones desempeñadas por los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas son distintas de las encomendadas a la Policía Local. Además, en este caso se acredita la circunstancia de que se está produciendo un envejecimiento masivo de la Policía, lo que hace necesario tomar medidas para el reemplazo generacional. También se da la circunstancia de que no se trata de desempeñar funciones administrativas, para las cuales hay un proceso de selección diferente. En consecuencia, el Tribunal de Justicia declara que puede considerarse que la norma española es adecuada al objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento de la *Ertzaintza*.

Hay que destacar la importancia que han tenido en la sentencia las detalladas alegaciones de la Administración sobre la edad de la

plantilla y la necesidad de rejuvenecerla. En opinión del Abogado General que compartimos el art. 4.1 de la Directiva, relativo a los requisitos profesionales necesarios para el ejercicio de una actividad, «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que fija en 35 años la edad máxima para la selección de los agentes de la *Ertzaintza*, en la medida en que este límite sea estrictamente necesario para restablecer una estructura de edades que ya no suponga un riesgo para el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de dicha Policía». Estamos de acuerdo en que esta afirmación se desprende también de las anteriores sentencias del TJUE, como hemos visto anteriormente. Habrá que esperar para ver la repercusión de esta sentencia en la jurisprudencia y doctrina judicial española.

2.2.2. *La discriminación por razón de edad en el desarrollo de la relación laboral (condiciones de trabajo): La sentencia Specht y la Sentencia Undland*¹⁷

Ambas sentencias han interpretado que los arts. 2 y 6 apdo. 1 de la Directiva 2000/78 se oponen a que las personas sean retribuidas exclusivamente en función de su edad. Se refieren a una ley alemana que establecía un sistema retributivo de los funcionarios en función de su edad, que aunque fue modificada para ajustarse a los requerimientos comunitarios no consiguió su objetivo porque con el nuevo sistema igualmente se daba el caso de que funcionarios en situaciones comparables cobraban salarios diferentes en función de la edad con que hubiesen entrado.

En el asunto *Undland* el tribunal nacional alemán preguntaba si los artículos 2 y 6,

¹⁷ Sentencia de 19 de junio de 2014, Asuntos *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 y Sentencia de 9 de septiembre de 2015, Asunto *Undland*, C-20/13.

apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional en virtud de la que, dentro de cada grado de funciones, el escalón de salario base de un juez se determina, al tiempo de su nombramiento, en función de la edad de ese juez. Fue la misma cuestión analizada en la sentencia *Specht*, y en ambos casos el TJUE concluyó que así sucedía, porque la clasificación de un funcionario en el momento de su entrada en funciones, en un escalón de sueldo base en función de su edad excedía de lo que era necesario para lograr el objetivo legítimo perseguido por la referida Ley. Expresamente el TJUE considera que «carece de incidencia en este aspecto la circunstancia de que las disposiciones discutidas en el litigio principal tengan como objetivo recompensar la experiencia profesional o la competencia social de los jueces» (35).

Sin embargo, la sentencia *Undland* añade que la fijación de un sistema de reclasificación profesional dentro de un nuevo sistema retributivo de los jueces ya nombrados antes de la entrada en vigor de esa legislación, y que prevé que el escalón retributivo en el que éstos quedan clasificados en adelante se determine exclusivamente en función del importe del salario base que percibían en aplicación del antiguo sistema retributivo, siendo así que éste se sustentaba en una discriminación basada en la edad del juez, en cuanto la diferencia de trato que esa legislación implica puede justificarse por el objetivo de proteger los derechos adquiridos.

En concreto en España la doctrina sentada en estas sentencias ha sido invocada tanto por el Tribunal Supremo como por el TSJ de Madrid.

En el caso que llegó al Tribunal Supremo¹⁸, se trataba de un artículo del convenio colectivo del sector de las colectividades de Cataluña de 2013, que permitía una contratación tem-

poral excepcional con motivo de la crisis de trabajadores menores de 35 años con un salario inferior al fijado para el resto de los trabajadores¹⁹; la justificación también se vinculaba a la falta de experiencia, así como a la crisis del sector. El Tribunal Supremo ha considerado que el diferente trato salarial no tiene una justificación objetiva y razonable, por lo que decretó la nulidad de la tabla salarial establecida para los nuevos contratos de menores de 35 años. Esta Sentencia del TS ha sido a su vez invocada por el TSJ de Madrid para resolver un asunto en el que se dilucidaba sobre la validez de un acuerdo en que se fijaban distintas condiciones laborales en función no de la edad sino de la fecha de entrada en la empresa. Se trataba de la impugnación de una conciliación judicial en la que se fijaba un régimen de condiciones laborales diferentes entre distintos grupos de trabajadores, estableciéndose esa distinción en razón a la diferente fecha de su contratación laboral. La empresa alegaba que la diferente tabla de condiciones se justificaba en el hecho de que el origen de la conciliación fue un «dudoso» proceso de conflicto colectivo frente a una decisión empresarial que modi-

¹⁹ Art. 13 Convenio Colectivo del sector de las Colectividades de Catalunya para el año 2013, que fue publicado en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya el 6.8.2013 (LCAT 2013, 476), «Contratación de primer empleo en el sector: Durante la vigencia del presente convenio se mantienen las categorías para trabajadores/as que acceden a su primer empleo en el sector o carecen de experiencia profesional. (...). Se estipula que la permanencia en dicha categoría de los trabajadores/as contratados será como máximo de un año. Una vez cumplido este periodo pasarán a ocupar la categoría superior cuya función desempeñen. La comisión paritaria controlará en todo momento la evolución de empleo que produzca dicha categoría. Para estas categorías se aplicarán los salarios que figuran en los siguientes anexos: Barcelona: nivel 5 bis; Tarragona: nivel 7 bis; Lleida: nivel 5 bis; Girona: nivel 7 bis». Artículo 24 del referido convenio: «Nuevo nivel retributivo: Mientras perdure la actual situación de crisis económica en la que nos encontramos y siempre que la tasa de desempleo supere el 15% (SEPE), las empresas, con el objetivo de fomentar la creación de empleo y contribuir con ello a paliar la elevada tasa de paro juvenil, podrá realizar contrataciones a trabajadores/as menores de 35 años y por un periodo máximo de 3 años. Finalizado dicho periodo las empresas reconocerán el nivel propio de las funciones realizadas, adecuando a la misma el salario correspondiente a dicha categoría».

¹⁸ STS (Sala de lo Social, Sección 1^a), de 24 noviembre 2015.

fico una condición más beneficiosa de los trabajadores, en el que la empresa iba a alegar caducidad de la acción, ante lo cual las partes prefirieron llegar a un acuerdo. Para el TSJ, sin embargo, que las partes intentasen evitar el desarrollo de un complicado proceso judicial no justifica el haber llegado a un acuerdo que pudiese ser ilegal. Por tanto, ya que la diferencia de trato tendría que haber sido justificada de manera razonable y proporcionada para no ser discriminatoria y no lo fue, la sentencia decreta la nulidad de la conciliación.

2.2.3. *La discriminación por razón de edad en la extinción del contrato*

Como hemos señalado, el artículo 6 de la Directiva prevé que los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituyan discriminación si se cumplen dos requisitos: que estén justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional en segundo lugar que los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios. Abundando en ello, el propio artículo 6 contiene una relación de posibles diferencias de trato que no serán consideradas discriminatorias cuando se cumplan los requisitos anteriormente descritos, así como la autorización a que los Estados miembros puedan disponer diferencias de edad para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a ellas, aunque con la exigencia de que en este caso no se produzcan discriminaciones por razón de sexo.

En este sentido, la Directiva 2000/78 entra en colisión con la institución de la jubilación forzosa, que nuestro ordenamiento había reconocido de forma oscilante y debatida. La jubilación forzosa ha sido una institución empleada de manera frecuente por nuestro derecho, aunque siempre rodeada de polémica que ha hecho necesaria su aclaración jurisdic-

cional. Ya en 1981 tuvo ocasión de pronunciarse nuestro TC al hilo de la DA 5ª de la versión original del ET de 1980, que advierte de la discriminación que supondría la imposición de una edad de jubilación forzosa general, absoluta e incondicional para todos los sectores de actividad, dejando sin embargo abierta la posibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en determinadas actividades y con ciertas condiciones para fomentar y repartir el empleo²⁰. Esto dio lugar a diversas reformas del texto de la DA 10ª ET²¹, hasta llegar a la que estuvo vigente hasta 7 de julio de 2012, que permitía el establecimiento de cláusulas convencionales de jubilación forzosa en determinadas circunstancias, en cuya fijación tuvo una importancia clave tanto la jurisprudencia del TC como la Directiva 2000/78 y la correspondiente jurisprudencia del TJUE a la que nos vamos a referir a continuación.

De esta manera, el texto de la DA 10ª ET vigente hasta 7 de julio de 2012 ni fijaba una edad de jubilación forzosa ni establecía una posibilidad de prolongación del servicio de los trabajadores a partir de una determinada edad. En concreto, para que una cláusula de jubilación forzosa fuese válida señalaba tres criterios:

²⁰ El descarte definitivo de la jubilación forzosa de alcance general se consolida con la STCo 58/1985, de 30 de abril.

²¹ La mencionada Sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaró inconstitucional el establecimiento de forma directa e incondicionada de la extinción de la relación laboral a una determinada edad, por su directa afectación al derecho al trabajo. Sobre el segundo párrafo de la DA 5ª el TC se pronunció en la Sentencia 58/1985, de 30 de abril, admitiendo que la jubilación forzosa podía ser objeto de la negociación colectiva. El Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995 recuperó la regulación de la jubilación forzosa, en su Disposición adicional 10ª, modificando su redacción con la finalidad de adecuar su contenido a la doctrina del Tribunal Constitucional. Posteriormente el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, la derogó, para ser nuevamente recuperada por la Ley 14/2005, de 1 de julio. (Sobre la evolución histórica de la jubilación forzosa en nuestro país, *vid.* BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., «La modificación de la Disposición adicional 10ª del ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación», *Temas Laborales*, nº 121/2013, pp. 108-110).

a) Que lo hubiera previsto así expresamente un convenio colectivo. No podía fijarse por contrato de trabajo ni tampoco incorporarse a las bases de la convocatoria de selección de personal.

b) El trabajador afectado debía acreditar el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, que eran los 65 años (o la edad posterior señalada por la Ley 27/2011). Por tanto, no era posible fijar edades inferiores, como con anterioridad a la Ley 14/2005 algunos convenios colectivos instituían y la jurisprudencia había convalidado.

c) Que se instituyeran a través de convenio colectivo otros requisitos de carácter empresarial (política de empleo) e individual de cada trabajador (derecho a la pensión de jubilación contributiva).

Por otra parte, la DA 10^a ET también obligaba a que el convenio colectivo que fijaba una edad de jubilación forzosa vinculase tal opción «a objetivos coherentes con la política de empleo» expresados en el propio convenio. La DA señalaba como tales la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores y, finalmente, como cláusula de cierre cualquier objetivo que se dirija «a favorecer la calidad del empleo». Hay que resaltar que esta relación de objetivos no era una lista cerrada, sino que tenía carácter orientativo. Por otra parte, la ambigua expresión «calidad del empleo» fue interpretada por la jurisprudencia incluyendo supuestos como la promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar o la implantación de innovaciones tecnológicas, entre otras, «que repercutan en la bondad del empleo»²². Los objetivos tenían que ser concretos, reflejados de forma específica y no general y que apareciesen vinculados a la jubilación forzosa aunque no apareciesen en el mismo precepto en el que

se regulase la jubilación sino en otros como los dedicados a política de empleo, siempre que estuviesen vinculados de forma inequívoca con la jubilación forzosa²³.

En esta regulación tuvo gran peso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el tema. Según dicho Tribunal, la prohibición de toda discriminación por razón de edad no impide que existan cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos y que la normativa comunitaria es compatible con cláusulas de jubilación forzosa referidas al trabajador que alcance el límite de edad previsto y que cumpla con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva²⁴. La validez de estas cláusulas está sujeta a una doble condición: que estén justificadas en el marco del derecho nacional de manera objetiva y razonable por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto. En todo caso, el Tribunal de Justicia ha señalado que la concreción de dicha autorización mediante un convenio colectivo no queda en sí misma exenta de todo control judicial²⁵. Considera que la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional favorece la diversidad en el empleo, y es por tanto un objetivo reconocido en la Directiva 2000/78, aunque en todo caso el interés que representa el mantenimiento en activo de dichas personas tiene que tomarse en consideración respetando asimismo otros intereses que pudieran ser divergentes, como es el caso del reparto del trabajo entre las generaciones y la inserción profesional de los jóvenes trabajadores²⁶.

²³ STS de 12-5-2009 (RCUD 2153/2007).

²⁴ STJCE (Gran Sala), de 16 octubre 2007. Caso *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S.A.* (TJCE 2007\272).

²⁵ STJCE, de 12 octubre 2010. Caso *Rosenblatt* (TJCE 2010\297).

²⁶ STJCE, de 21 julio 2011. Caso *Fuchs* (2011\227).

²² STS de 22-12-2008 (RCUD 3460/2006).

En concreto, la sentencia *Fuchs* hizo especial hincapié en que los Estados deben demostrar la legitimidad del objetivo invocado con un elevado nivel de exigencia probatoria, no siendo suficiente apelar a afirmaciones generales acerca de la idoneidad de la medida para contribuir a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. La elección puede basarse en «consideraciones de carácter económico, social, demográfico o presupuestario que incluyen datos existentes y comprobables. Pero también en previsiones que, por su propia naturaleza, pueden revelarse inexactas y, por tanto, conllevan un grado de incertidumbre». También puede «basarse en consideraciones de carácter político, que a menudo implican una decisión entre varias opciones posibles y no permiten tampoco dar certidumbre al resultado anticipado». En definitiva, la medida no debe resultar irrazonable en relación con el objetivo perseguido y debe basarse en elementos cuyo valor probatorio corresponde apreciar al juez nacional.

Tanto el TS como los TSJ tuvieron en cuenta las exigencias de la doctrina del TJCE a la hora de resolver sobre el carácter discriminatorio o no de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa establecidas al amparo de la legislación vigente antes del 7 de julio de 2012, refiriéndose expresamente a la sentencia *Fuchs* varias resoluciones tanto del Tribunal Supremo como de distintos Tribunales Superiores de Justicia²⁷. Por ejemplo,

²⁷ TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), Sentencia 100/2015 de 5 febrero que declaró la procedencia de jubilación forzosa en caso de cláusula establecida en convenio colectivo, vinculada a objetivos de política de empleo, con cumplimiento del compromiso convencional del mantenimiento del número de empleados en la empresa y no amortización de la vacante; TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª), Sentencia 443/2015 de 15 junio, considerando procedente la jubilación forzosa del trabajador establecida en el IV Convenio Colectivo de AENA, cumpliéndose el requisito de vinculación a objetivos coherentes de empleo con compromiso convencional de no amortizar la vacante y de cubrirla con un nuevo empleado y, en definitiva, el mantenimiento del número de empleados de la empresa; TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), Sentencia 229/2015 de 23 marzo sobre extinción del contrato de trabajo en sector de

se utilizaron los criterios sentados en la sentencia *Fuchs* al hilo de un convenio que, junto a la cláusula de jubilación forzosa incluía un compromiso anejo de no amortizar la vacante y cubrirla con un nuevo empleado. En los litigios planteados a raíz de este convenio se consideró que se daba cumplimiento a las exigencias de la Disposición Adicional 10ª del ET según la cual la jubilación obligatoria «deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad en el empleo», y que al mismo tiempo se respetaban los criterios fijados por el Tribunal de Justicia en esta sentencia y en otras anteriores como las SSTJ de 5 de marzo de 2009, *TheQueen v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-388/07 y 18 de noviembre de 2010, *Georgiev*, Asuntos acumulados C-250/09 y 268/09²⁸. También se consideró que cumplía

transporte terrestre; TSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia 2890/2014 de 30 diciembre, sobre extinción del contrato de trabajo en sector de transporte aéreo.

²⁸ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 17 junio 2014, sobre extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa del trabajador establecida en convenio: art. 84 del Convenio Colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos: cumplimiento del requisito de vinculación a objetivos coherentes de empleo: compromiso convencional de no amortizar la vacante y de cubrirla con un nuevo empleado y, en definitiva, el mantenimiento del número de empleados de la empresa; STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 octubre 2013 sobre extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa del trabajador establecida en convenio: cumplimiento por el IV Convenio Colectivo de AENA del requisito de vinculación a objetivos coherentes de empleo: compromiso convencional de no amortizar la vacante y de cubrirla con un nuevo empleado y, en definitiva, el mantenimiento del número de empleados de la empresa; STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), Sentencia núm. 100/2015 de 5 febrero sobre jubilación forzosa, validez de cláusula establecida en convenio colectivo, vinculada a objetivos de política de empleo, con cumplimiento del compromiso convencional del mantenimiento del número de empleados en la empresa y no amortización de la vacante; TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª), Sentencia núm. 443/2015 de 15 junio sobre jubilación forzosa del

los criterios de la sentencia *Fuchs* el caso de una cláusula de jubilación forzosa en que la empresa acreditó haber adoptado medidas como la conversión de contratos temporales en indefinidos y reubicaciones que no han supuesto la pérdida de puestos de trabajo, entendiendo el TSJ que en este supuesto las medidas claramente contribuían a la estabilidad en el empleo²⁹.

La necesaria vinculación entre la diferencia de trato por razón de edad en el momento de la extinción del contrato y el objetivo legítimo de fomento de empleo también fue puesto de manifiesto, como hemos visto, en la sentencia *Mangold*, con referencia a la regulación nacional alemana que permitía (sin límite alguno y a menos que existiese una conexión estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo empresario) celebrar contratos de duración determinada con trabajadores de más de 52 años. Respecto a ello, el TJ consideró que la finalidad de la normativa era facilitar la inserción de estos trabajadores, lo cual en principio justificaría la diferencia de trato por razón de

trabajador establecida en convenio: cumplimiento por el IV Convenio Colectivo de AENA del requisito de vinculación a objetivos coherentes de empleo: compromiso convencional de no amortizar la vacante y de cubrirla con un nuevo empleado y, en definitiva, el mantenimiento del número de empleados de la empresa.

²⁹ TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5^a), Sentencia núm. 523/2015 de 22 junio: respecto a los controladores de la circulación aérea se establece la validez de la cláusula de convenio que establece la jubilación forzosa al cumplir los 65 años o aquella que legalmente esté vigente en cada momento al haberse adoptado por AENA medidas que claramente contribuyen a la estabilidad en el empleo, a través de la conversión de contratos temporales en indefinidos y reubicaciones que no han supuesto la pérdida de puestos de trabajo; para determinar la edad resulta de aplicación el art. 122 del Convenio Colectivo sobre cómputo recíproco de cotizaciones, pues la posibilidad de solicitar el interesado que se totalicen los periodos de servicios prestados para el Ministerio de Fomento determina que, con independencia de su voluntad, ese periodo puede ser computado a los efectos de determinar la edad en la que podría jubilarse. También en aplicación de esta cláusula del convenio de AENA, la STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5^a), Sentencia núm. 229/2015 de 23 marzo y la STSJ Asturias núm. 2890/2014 de 30 diciembre.

edad; a pesar de ello no admitió la validez de la medida, considerando que hay que comprobar que los medios utilizados para lograr el legítimo objetivo son adecuados y necesarios, y que en el caso analizado no lo eran por tratarse de una medida vinculada exclusivamente a la edad y sin que se exigiese conexión con una situación de desempleo anterior, más o menos continuado. A ello entendió que había que unir el hecho de que no se hubiese demostrado que la fijación de un límite de edad como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, de manera autónoma de cualquier otro requisito, fuese objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción de los trabajadores desempleados de edad avanzada.

Actualmente esta doctrina del Tribunal de Justicia respecto a la posibilidad de fijar una edad de jubilación forzosa ha dejado de tener aplicación práctica en nuestro ordenamiento, ya que la Ley 3/2012, de 6 de julio, en su Disposición final 4.2, modificó la DA 10^a del Estatuto de los Trabajadores con la finalidad de impedir que, como se hacía hasta ese momento, los convenios colectivos pudiesen establecer cláusulas de este tipo, declarándolas nulas y sin efectos³⁰. Esta medida no vino motivada por exigencias del derecho comunitario sino que se enmarca en el propósito del legislador de retrasar la salida de los trabajadores del mercado de trabajo y su acceso a la pensión de jubilación. De todas formas, considerando la volubilidad de nuestro legislador en estos temas, no sería de extrañar que en los próximos años volvieran a permitirse, en todo caso con sometimiento a las limitaciones expuestas.

³⁰ Esta regla es de aplicación a los convenios suscritos después de la entrada en vigor de la ley, estableciéndose por medio de la DT 15 de la propia ley un régimen transitorio para los convenios suscritos con anterioridad, que ya no está en vigor al ser derogado expresamente por el apartado 6 de la Disposición derogatoria única del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3. LA ENFERMEDAD Y DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y SU INTERRELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA

La cuestión de la equiparación o no entre «enfermedad» y «discapacidad» reviste especial relevancia puesto que la segunda está expresamente reconocida por la Directiva y nuestra Constitución como causa de discriminación prohibida.

La doctrina del TJCE sobre el tema se inicia a raíz de una consulta realizada en relación con la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/78/CEE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por medio de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Dicha ley 62/2003 modificó el art. 4.2. c) ET en el sentido de prohibir expresamente la discriminación *por discapacidad* y el art. 17.1 ET para señalar expresamente que se entenderán nulas las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o *discapacidad*. Con base en esta Directiva y su trasposición a nuestro ordenamiento, el auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Madrid planteó una cuestión prejudicial al TJCE para que se pronunciara expresamente sobre si, a tenor de la citada Directiva, el concepto de discapacidad englobaba la situación de enfermedad o discapacidad temporal. El magistrado argumenta que «la protección frente a prácticas discriminatorias fundamentadas en la discapacidad de los trabajadores debe dispensarse desde el momento en que la enfermedad como condición de salud se aprecie relevante» y, para el caso de que el TJCE considerase que enfermedad y discapacidad son conceptos diferentes y que la norma comunitaria no resulta aplicable, planteó la posibilidad de que se considerase que la enfermedad constituye una seña identitaria no específicamente citada que debe añadirse a aquéllas en relación con

las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación³¹.

La STJCE de 11 de julio de 2006 considera 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, y que el legislador escogió deliberadamente en el art. 1 de la directiva un término que difiere del de enfermedad. Así pues, señala el TJCE, «es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos». El Tribunal justifica su decisión en el carácter temporal de la enfermedad mientras que, por el contrario, la discapacidad posee un carácter permanente.

A los efectos del problema que nos ocupa, las dos afirmaciones más importantes del fallo del Alto Tribunal son las siguientes: en primer lugar, que «una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de

³¹ Unas semanas más tarde, la Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado Social 33 de Barcelona omite la cuestión prejudicial y directamente califica como nulo un despido sin causa en situación de incapacidad temporal al interpretar, básicamente, que la Directiva y su posterior transposición a nuestro ordenamiento mediante Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, amplía las causas discriminatorias a la discapacidad y, en estrecha relación con dicho concepto, a la situación de incapacidad temporal o enfermedad. A criterio del juzgador, «Si había alguna duda respecto a que la enfermedad pudiese constituir una causa de discriminación prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, se ha de entender disipada con la transposición mediante la Ley 62/2003 de la Directiva 2000/78, por la cual se establece un marco general para la lucha contra la discriminación por, entre otros motivos, la discapacidad(...) En este sentido, conviene señalar que no hay ningún motivo razonable para excluir la situación de incapacidad temporal, por su carácter transitorio, del concepto genérico de discapacidad como una de las causas de discriminación prohibida recogidas en el artículo 1 de la mencionada Directiva 2000/78 (...) Cabe añadir, además, que aunque se entendiese –como hace el Tribunal Supremo– que esta conveniencia empresarial no tiene, en sí misma, intencionalidad discriminatoria (discriminación directa), se habría llegar a la conclusión de que comporta una discriminación indirecta, en tanto que, en palabras del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una (...) discapacidad».

una enfermedad no está incluida en marco general de la Directiva» y, en segundo lugar, que «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 prohíbe toda discriminación».

Esta sentencia vino a confirmar la adecuación a la Directiva del criterio de nuestro TS, que ante la falta de mención expresa de la enfermedad entre las causas de discriminación prohibidas por el art. 14.2 de la CE venía considerando en primer lugar que la enfermedad no puede equipararse a la discapacidad y, en segundo lugar, que la enfermedad ni está expresamente prevista entre las causas de discriminación del art. 14.2 CE ni se puede considerar incluida entre las genéricas «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» de su inciso final. Expresamente, el FJ 2º de la STS de 29 de enero de 2001 (RJ 2001\2069) establece 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 para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en que resulte apreciable el elemento de segregación.» Este criterio ha sido mantenido posteriormente en todas las ocasiones en que el TS ha tenido que pronunciarse sobre el tema³². Es interesante señalar que, a pesar de que esta doctrina se refiere en principio a los casos genéricos de enfermedad, dejando abierta la posibilidad de que se considere discriminatorio algún caso de enfermedad que por sus características espe-

ciales «pueda apreciarse un elemento de segregación», en ningún caso ha sido apreciado dicho elemento el propio TS.

De hecho, tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema a raíz de las sentencias del TSJ de Cataluña de 12 de julio de 2006 y 7 de septiembre 2006³³, dictadas en Sala General, que se referían al despido coetáneo de 41 empleados de la empresa SEAT todos ellos en situación de incapacidad temporal o que lo habían estado recientemente, mediante sendas e idénticas comunicaciones disciplinarias individuales en las que se invocaba, genéricamente, «una disminución continuada de su rendimiento laboral, siendo el mismo inferior al pactado». Todos los despidos fueron reconocidos como improcedentes por la empresa pocos días después y los respectivos Juzgados de lo Social habían dictado sus sentencias declarando la nulidad de los despidos, por entenderlos discriminatorios por segregacionistas. Las mencionadas sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña ratificaron las declaraciones de nulidad, apreciando también el elemento segregacionista del despido en su carácter masivo. Todas ellas fueron casadas y anuladas por el TS en sus sentencias de 11 y 18 de diciembre 2007 y de 22.1.2008³⁴, que descartó el carácter masivo de los despidos individuales como elemento de segregación. Sobre el caso más paradigmático de concurrencia de este elemento, que es el del despido de un trabajador afectado por el virus VIH no tenemos pronunciamiento del TS, aunque sí ha sido calificado como despido nulo por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón³⁵.

³² STS de 12 julio 2004 (RJ 2004\7075) ; STS de 23 sep7 tiembre 2002 (RJ 2006\1923); STS de 22 enero 2008 (RJ 2008\1621); STS de 18 diciembre 2007(RJ 2008\800) ; STS de 11 diciembre 2007 (RJ 2008\2884); STS de 23 mayo 2005 (RJ 2005\9656); STS de 27 enero 2009 (RJ 2009\1048); STS de 12 julio 2012 –referente a desistimiento en periodo de prueba estando el trabajador en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo– (RJ 2012\9598); STS de 22 septiembre 2008 (RJ 2008\5533).

³³ TSJ Cataluña, Sentencia núm. 5939/2006, de 7 septiembre, TSJ Cataluña, Sentencia núm. 5340/2006, de 12 julio.

³⁴ STS de 11 de diciembre 2007 (Rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 4355/2006), STS de 18 de diciembre de 2007 (Rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 4194/2006) y STS de 22 de enero de 2008 (Rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 3995/2006).

³⁵ Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de la Plana (Comunidad Valenciana), Sentencia núm. 269-2005 de 7 junio (AS 2005\2559).

La doctrina del TJ sería incluso más restrictiva que la del TS, puesto que en ella no cabría este supuesto de discriminación en el caso de que la enfermedad sea causa de segregación. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este asunto, en concreto en su Sentencia 62/08³⁶. Se trataba de un trabajador al que se le manda carta de despido basada en la supuesta defraudación de la buena fe contractual que la empresa situaba en el hecho de que el trabajador, al inicio de su relación laboral «ocultó intencionadamente» a la empresa la existencia de un cuadro clínico de enfermedad crónica, que le había motivado numerosas bajas por incapacidad temporal en trabajos anteriores³⁷. El TC coincide con el TS en que no todo criterio de diferenciación ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14, pues en ese caso la prohibición de discriminación (art. 14.2 CE) se confundiría con la igualdad de trato (art. 14.1 CE)³⁸; también corrobora la jurisprudencia del TS en el sentido de que «no cabe duda de que el estado de salud del trabajador (...) puede constituir un factor de discriminación (...). Así ocurrirá (...) cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato»³⁹; en virtud de todo ello, concluye que «una decisión de despido (...) basada en la pretendida incapacidad para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o

no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye por sí misma una decisión discriminatoria»⁴⁰. Por tanto, con esta sentencia el TC respalda la tesis del TS así como sus argumentos⁴¹.

Así las cosas, una sentencia del TJUE vino a introducir fisuras en esta doctrina. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) Caso *HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros*. Sentencia de 11 abril 2013. Se trataba de dos trabajadoras danesas despedidas por inasistencias al trabajo a causa de dolencias dorsolumbares que les impedían un trabajo a tiempo completo. El tribunal nacional planteó, entre otras cuestiones prejudiciales, si el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente. Además, preguntó si dicho concepto debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable, en el sentido de que también comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable y en el sentido de que la naturaleza de las medidas que ha de adoptar el empleador es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable el referido concepto.

A este respecto, el TJUE falló que «el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una en-

³⁶ Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 62/2008 de 26 de mayo, rec. 3912/2005.

³⁷ Antecedente de hecho 2 de la STC 62/2008.

³⁸ FJ 5º.

³⁹ FJ 6º.

⁴⁰ FJ 6º.

⁴¹ Para RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. «Despido por enfermedad y discriminación», *Relaciones Laborales*, nº 20, 2008, p. 61, esta sentencia puede suponer el punto final en el tratamiento de los efectos del despido por enfermedad del trabajador.

fermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.» Es decir, que el TJUE considera que el concepto de discapacidad abarca la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, si esta limitación es de larga duración.

Algún autor consideró que esto es una verdadera rectificación de lo afirmado en 2006, suponiendo un cambio de enorme relevancia conceptual⁴². En nuestra opinión no es tanto una rectificación como una matización, ya que se mantienen los requisitos exigidos por la STJCE de 2006 en el sentido de que se produzca una limitación derivada de dolencias, que sea un obstáculo para la vida profesional⁴³, y que sea de larga duración⁴⁴.

Más recientemente otra sentencia del TJUE ha venido a remover las aguas de las fronteras de la discapacidad. Nos referimos a

la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, *Fago g Arbejde (FOA) y Kommunerne Landsforening (KL)*, que se pronuncia sobre la posible equiparación entre obesidad y discapacidad dando un giro hacia un modelo social de discapacidad inspirado en el derecho norteamericano. Dicha sentencia concibe la discapacidad como una «limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo 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»⁴⁵.

Siendo esta la doctrina de nuestros altos tribunales, la persona trabajadora que sufre un proceso de enfermedad o un accidente que le ocasiona dolencias físicas, psíquicas o mentales y cuya situación no puede subsumirse en el concepto de discapacidad no está suficientemente protegida frente a posibles tratos peyorativos por parte de la empresa⁴⁶. Y, sin em-

⁴⁵ Vid. *in extenso* PÉREZ BENEYTO ABAD, José Joaquín, «Obesidad, discapacidad y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en RAMÍREZ BENDALA, M.D. (Coord.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)*, Laborum, 2015, pp. 135 y ss.

⁴⁶ Aquí hay que hacer referencia a que las personas aquejadas de obesidad si están legalmente protegidas frente a las discriminaciones, ya que aunque no haya sido suficientemente reseñado y haya pasado relativamente desapercibido en el ámbito laboral, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, establece en su art. 37 una prohibición de discriminación por razón de sobrepeso u obesidad:

«Artículo 37. *Prohibición de discriminación*. 1. Está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad. 2. Se considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 3. Se considera discriminación indirecta, por esta razón, la situación con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. 4. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sobrepeso u obesidad. 5. Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto. 6. Los poderes públicos adoptarán

⁴² En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V., «Discriminación laboral por enfermedad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866, 2013 (2013). Para SEMPERE, esta sentencia obliga a revisar la separación entre enfermedad y discapacidad, delimitando una nueva figura a la que denomina «enfermedad asimilada» y cuya protección será la misma de la de la discapacidad. Las dolencias lumbares (sobre las cuales se pronuncia expresamente la sentencia) tendrían esta consideración, y también otras como la diabetes o el asma.

⁴³ Parágrafo 43 STJCE de 11 de julio de 2006: «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.»

⁴⁴ Parágrafo 45 STJCE de 11 de julio de 2006: «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.»

bargo, el riesgo de ese trato peyorativo, sobre todo de despido, es elevado; máxime cuando el propio ET reconoce que una de las causas de despido por circunstancias objetivas es la excesiva morbilidad del trabajador. No olvidemos que dicha causa de despido ha sido ampliada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, con lo que nuestro legislador incide en la consideración de un criterio «economicista» según el cual las faltas de asistencia al trabajo por enfermedad, que hacen que el trabajador no sea rentable, son una causa lícita para extinguir el contrato⁴⁷.

La más reciente sentencia en este tema es la STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., y otros*, Asunto C-395/15.

La cuestión discutida era la de los trabajadores despedidos por incurrir en una incapacidad temporal, y su posible consideración como discriminación. La sentencia del TJUE puede tener gran repercusión en nuestro ordenamiento, puesto que abre la posibilidad de entender como discriminatorio el cese de un trabajador basado en su incapacidad. En concreto, considera el TJUE que el concepto de

«discapacidad» excluye la situación del trabajador que se encuentra en una situación de incapacidad temporal, con arreglo a su Derecho nacional, de duración incierta, sólo si cuando se comete el hecho presuntamente discriminatorio la incapacidad del interesado no presenta una perspectiva bien delimitada en cuanto a su perspectiva en cuanto a su finalización a corto plazo o que pueda prolongarse significativamente. Será el órgano jurisdiccional el que deba determinarlo, teniendo en cuenta los datos objetivos, en particular los documentos y certificados sobre el estado de esa persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Por tanto, en este momento la cuestión de la duración que debe tener una disfuncionalidad física con repercusiones laborales para considerarla «discapacidad» a efectos de protección frente a discriminaciones está en manos de los tribunales nacionales, puesto que ya no se exige que sea permanente. Hay que tener en cuenta que 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, define la discapacidad como «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Este criterio ya no es válido para separar la enfermedad de la discapacidad a efectos de protección antidiscriminatoria. Sin llegar a tener ese carácter permanente, la incapacidad temporal podría estar incluida en el concepto de discapacidad. Según el TJUE será cada juez el que decida, tras las comprobaciones oportunas, si la limitación tiene carácter de durabilidad: «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, como puso de manifiesto, en

medidas específicas, a favor de las personas con sobrepeso u obesidad, para corregir situaciones patentes de desigualdad, así como medidas de intervención y fomento para la prevención y tratamiento de la obesidad, especialmente, de la obesidad infantil y de otros trastornos alimentarios».

⁴⁷ RUIZ CASTILLO, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 209 y ss. al haber desaparecido el umbral colectivo (índice de absentismo del total de la plantilla del 5%), se ha hecho desaparecer el único elemento objetivo y la empresa puede singularizar la medida sobre uno o varios trabajadores en particular, con la justificación de su falta de rentabilidad. TOSCANI GIMÉNEZ, D., («Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012», *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012) considera que en todo caso tiene que existir una relación con la aptitud del trabajador para la realización del trabajo, porque si esta no existe el factor enfermedad será tomado entonces como un elemento de segregación y el despido será nulo. Entiende que esta es la razón de que la reforma de 2012 haya incluido en el art. 52 d) que tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave (p. 16 de 38).

esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona» (56).» 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»

No es desde luego la última palabra del TJUE en este tema, pues todavía está pendiente la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social, n^o 1 de Cuenca, al que se le ha atribuido el número de Asunto C-270/16⁴⁸. Se pregunta por la adecuación a la Directiva del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, en tanto que permite extinguir el contrato por un determinado número de faltas de asistencia a un trabajador, aun cuando dichas faltas pueden estar justificadas por una situación de discapacidad. Es evidente la importancia que tendría en nuestro ordenamiento la resolución del TJ en el caso de que la sentencia declarase la inadecuación del art. 52 ET a la Directiva⁴⁹.

4. ORIENTACIÓN SEXUAL

La orientación sexual no es una de las causas de discriminación expresamente prohibidas por el artículo 14 de nuestra Constitución,

aunque sí por la Directiva 2000/78. El TJ ha tenido un importante papel en su interpretación, garantizando la aplicación de los derechos laborales a las parejas del mismo sexo.

En este sentido, reviste importancia la sentencia *Römer*⁵⁰ que resolvió el caso de la denegación de una pensión complementaria de jubilación a un ciudadano alemán por el hecho de no estar casado. Se trataba de un homosexual que, al no reconocer la legislación alemana el matrimonio entre personas del mismo sexo, se había inscrito como pareja estable. El TJ consideró que el sr. Römer había sufrido una discriminación directa por motivos de orientación sexual, puesto que en derecho alemán la pareja estable inscrita se encuentra en una situación de hecho y de derecho análoga a la del matrimonio a efectos de dicha pensión. Posteriormente, en 2012, la sentencia *Hay*⁵¹ resolvió sobre un convenio colectivo que reservaba el disfrute de un permiso especial retribuido y una prima salarial para quienes hubieran contraído matrimonio y se lo denegaba a quienes hubiesen suscrito pacto civil de solidaridad. Hay que tener en cuenta que el matrimonio solo se permitía a parejas de distinto sexo. La sentencia del TJ considera que se trata de una discriminación directa por orientación sexual: «aunque una diferencia de trato no se base expresamente en la orientación sexual de los trabajadores, sino en la situación matrimonial de éstos, seguirá constituyendo una discriminación directa, habida cuenta de que, al estar reservado el matrimonio a las personas de distinto sexo, los trabajadores homosexuales se verán en la imposibilidad de cumplir el requisito necesario para obtener la ventaja reclamada». Muy pronto el TJ tuvo que volver a pronunciarse so-

⁴⁸ Diario Oficial de la Unión Europea C 279, de 1 de agosto de 2016.

⁴⁹ Como acertadamente pone de manifiesto MANEIRO VÁZQUEZ, Y., en «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n^o. 191, 2016, págs. 145-178.

⁵⁰ *Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C-147/08 (ECLI:EU:C:2011:286).

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013, *Frédéric Hay contra Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Asunto C-267/12 (ECLI:EU:C:2013:823).

bre un caso similar. En el caso *ACCEPT*⁵², el Tribunal resolvió un supuesto de discriminación por razón de sexo en materia de contratación de personal. Se trataba de las declaraciones de un directivo de un club de fútbol rumano que afirmó públicamente que jamás contrataría a un jugador homosexual, que el TJ consideró contrarias a la Directiva a pesar de que no se trataba ni del empresario ni del responsable de contratación, declarando la responsabilidad del empresario si no se distanciaba de dichas declaraciones.

El TJ se ha pronunciado nuevamente sobre este tema en la sentencia *David L. Parris contra Trinity College Dublin y otros*, de 24 de noviembre de 2016, asunto C-443/15. La cuestión prejudicial se plantea por el Tribunal de lo Social de Irlanda el 11 de agosto de 2015, y encuentra su origen en el litigio entre el Sr. Parris y el Trinity College de Dublín, los ministerios de educación y de gasto público, y la autoridad en materia de educación superior, por la negativa del Trinity College «a reconocer a la pareja del Sr. Parris, en la fecha del fallecimiento de éste, el derecho a la pensión de supervivencia prevista por el plan de pensiones de empleo al que estaba afiliado el Sr. Parris». El Sr. Parris llevaba conviviendo con su pareja del mismo sexo más de 30 años cuando se planteó el conflicto⁵³. Había sido contratado en 1972 por el Trinity College como profesor, y admitido como afiliado no cotizante a un plan de pensiones gestionado por la entidad, plan que quedó cerrado al profesorado incorporado a partir del 31 de enero de 2005. El plan preveía el pago de una pen-

sión de supervivencia al cónyuge o, desde el 1 de enero de 2011, a la «pareja registrada» del afiliado, siempre y cuando está falleciese con anterioridad. La citada pensión sólo se abonaría «si el afiliado ha contraído matrimonio o celebrado una unión civil registrada antes de su sexagésimo año». En el Reino Unido está permitido el registro de parejas civiles desde el 21 de diciembre de 2005, y el Sr. Parris había registrado su unión civil el 21 de abril de 2009, a la edad de 63 años, ya que en aquel momento no había posibilidad jurídica de formalizar el registro según el derecho irlandés. El 19 de julio de 2010 se aprobó la ley de uniones civiles en Irlanda, con entrada en vigor el 1 de enero de 2011, y el Sr. Parris, que se había acogido a la posibilidad de jubilación anticipada a partir del 31 de diciembre de 2010, presentó en septiembre de dicho año su solicitud al Trinity College para que se reconociera el derecho de su pareja registrada a una pensión de supervivencia a su muerte. Le fue denegada por resolución de 15 de noviembre, y más tarde confirmada por resolución de la autoridad en materia de educación superior el 17 de mayo de 2011. Mientras tanto, la unión civil que había registrado el Sr. Parris en 2009 en el Reino Unido fue reconocida en Derecho Irlandés por el cambio legislativo de 12 de enero de 2011.

Los argumentos utilizados para denegarle la solicitud fueron el haber sido formulada antes del reconocimiento por el Estado irlandés de su unión civil registrada, y el hecho de que las normas reguladoras del plan de pensiones del Trinity College excluían el pago de la pensión de supervivencia «cuando el afiliado ha contraído matrimonio o ha celebrado una unión civil registrada después de la edad de 60 años». El sr. Parris consideraba que estaba sufriendo una doble discriminación: por razón de edad y por razón de orientación sexual.

El TJUE considera que no existe discriminación directa porque las parejas registradas supervivientes no reciben un trato menos favorable que los cónyuges supervivientes, por lo

⁵² La Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2013, *Asociatia ACCEPT contra Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii*, Asunto C-81/12, (ECLI:EU:C:2013:275). El responsable de un equipo de fútbol rumano declaró que prefería recurrir a un jugador de cantera en lugar de contratar a un futbolista presentado como homosexual y, supuestamente, estas declaraciones frustraron la contratación de dicho futbolista.

⁵³ Seguimos el acertado resumen del relato fáctico efectuado por ROJO TORRECILLA, E. en su blog: <http://www.eduardo-rojotorrecilla.es/2016/12/nuevamente-sobre-posible-discriminacion.html>

que respecta a la prestación de supervivencia controvertida en el asunto principal, y que, por tanto, la normativa nacional relativa a esa prestación no crea una discriminación directa basada en la orientación sexual. Tampoco indirecta, porque el Derecho de la Unión, y en particular la Directiva 2000/78, no obligan a Irlanda ni a prever, antes del 1 de enero de 2011, el matrimonio o una forma de unión civil para las parejas homosexuales, ni a dar efectos retroactivos a la Ley de uniones civiles y a las disposiciones adoptadas en aplicación de dicha Ley, ni tampoco, por lo que respecta a la prestación de supervivencia controvertida en el litigio principal, a prever medidas transitorias para las parejas del mismo sexo en las que el afiliado haya cumplido ya los 60 años de edad en la fecha de entrada en vigor de la citada Ley.

En cuanto a la posible discriminación por razón de edad, considera que en principio existe una diferencia de trato por razón de edad, respecto de la cual hay que analizar si tiene una justificación razonable. A este respecto, al supeditar la adquisición del derecho a acogerse a una prestación de supervivencia al requisito de que el afiliado se haya casado o haya celebrado una unión civil registrada antes de la edad de 60 años, la citada disposición no hace más que prever una edad límite para tener derecho a esa prestación. Es decir, la normativa nacional controvertida en el litigio principal establece una edad para poder tener acceso a la prestación de supervivencia que deriva del plan de pensiones de que se trata. «En esas circunstancias, procede considerar que la regla 5 de ese régimen de pensión establece una edad de admisibilidad a una prestación de vejez, y que, por tanto, una disposición de ese tipo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78. De ello se desprende que la diferencia de trato en razón de la edad creada por una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no constituye una discriminación basada en la edad.»

En nuestro país está permitido el matrimonio homosexual desde el año 2005, y aún más reciente es la regulación de la identidad de género o de la transexualidad. En la última década se han introducido normas muy concretas respecto a las personas transexuales en la legislación penal, civil, sanitaria y laboral, entre las que se destaca, la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. A nivel nacional no existe ninguna norma integral sobre el tema, aunque sí se ha iniciado la regulación de aspectos concretos en algunas comunidades autónomas, como es el caso de la Ley Foral 12/2009 de Navarra, la Ley 14/2012 del País Vasco, la Ley 2/2014 de Andalucía, y la Ley 8/2014 de Canarias, y con carácter general la Ley 2/2014 de Galicia, y la Ley 11/2014 de Cataluña.

Nuestro TC se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el tema, y su postura está resumida en la STC 92/2014 de 10 junio. Según el TC, entre las prohibiciones de discriminación proscritas por el art. 14 CE «ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de la orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Sin embargo, no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Para que esto fuese así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. Continúa su argumentación considerando que la opción del matrimonio como unión que sólo cabe entre personas de diferente sexo es una opción del legislador acorde con nuestra Constitución, sin que ello implique, no obstante, que esa sea la única configuración constitucionalmente legítima de la institución. Por todo ello, «la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para

acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 C.E., ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (SSTC 184/1990 y 66/1994)». Abundando en ello, expone que esta cuestión no se opone al art. 14 CE por la razón de que «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes» (STC 184/1990; ATC 222/1994)». Por todo ello considera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio, como la pensión de viudedad, «a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual» (ATC 222/1994, FJ 2). Las uniones de hecho heterosexuales resultaban excluidas del acceso a la pensión porque pudiendo acceder al matrimonio decidían libremente no hacerlo y, por tanto, no cumplir con los requisitos legales, debiendo, por tanto, correr con las consecuencias de ello (STC 184/1990). Las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento –lo que habría de cambiar después– era una configuración clásica o tradicional del mismo, que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad.

Esta doctrina no ha estado lejos de controversia dentro del propio TC. De hecho la STC 92/2014 contiene un voto particular suscrito por cuatro magistrados, que consideran que, «constatada la existencia de un impedimento legal que afectaba a determinadas uniones de hecho y no a otras a la hora de producirles unas consecuencias restrictivas de derechos (en el caso el acceso a una determinada prestación de la Seguridad Social), lo que debía valorarse es si en la regulación de la pensión de viudedad aplicable al caso a quo el legislador habría incurrido en

la utilización de un criterio discriminatorio en razón de la orientación sexual, por cuanto, como las parejas de hecho del mismo sexo no podían contraer matrimonio, se habría establecido una condición de imposible cumplimiento para sus integrantes.» El voto particular se remite a la STJUE *Hay*, ya mencionada, por considerar que existe la misma imposibilidad de justificar la diferencia de trato que en el supuesto allí planteado.

Nuestros TSJ también se han pronunciado sobre el tema. La STJ Cataluña 5080/2012, de 5 de julio, aplicó la normativa comunitaria que prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual para reconocer como beneficiario de pensión de viudedad a una pareja de hecho homosexual sin inscripción en registro específico. También la STJ Cataluña núm. 594/2014, reconociendo como beneficiaria de pensión de viudedad a una pareja de hecho femenina, sin hijos en común, por ser el hecho causante anterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y considerando que existía discriminación en razón de la orientación sexual. El TSJ de Andalucía en su sentencia núm. 3365/2013 de 12 diciembre considera que la exigencia de que la pareja hubiese tenido hijos en común para acceder a la pensión de viudedad es discriminatorio, no obedece a ninguna razón objetivamente justificada y conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, al ser de imposible cumplimiento por razones biológicas o jurídicas.

Por tanto, se observa que los Tribunales Superiores de Justicia mantienen una postura más abierta a la consideración de existencia de discriminación por orientación sexual en los casos de denegación del acceso a la pensión que el TC.

5. DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO

La raza es una de las causas de discriminación expresamente prohibidas por el art. 14.2 de la CE; asimismo, tras la reforma operada por

el Tratado de Amsterdam el antiguo art. 13 del TCE (hoy art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) introdujo una cláusula a favor de la lucha contra las discriminaciones entre por motivo de origen racial o étnico, entre otras. El contenido de esta base jurídica tiene un carácter promocional de la igualdad, que supone una obligación positiva de hacer para los Estados y está en la base de la aprobación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. El art. 11 de esta Directiva implica a empresarios y organizaciones en la lucha contra la discriminación racial en las empresas y su transposición a nuestro ordenamiento se hizo por medio de los artículos 27 a 43 de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (que modificó entre otras normas varios artículos del ET).

El TJ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en alguna ocasión. La primera de ellas en la Sentencia *Centrum*⁵⁴ en la que el TJ considera incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43/CE el supuesto de un empleador que declara públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial. Para el TJ existe discriminación directa, produciéndose una inversión de la carga de la prueba, debiendo ser el empleador el que demuestre lo contrario. Es un supuesto parecido al del caso del directivo del club de fútbol que manifestó que no contrataría homosexuales, ya que existe discriminación aunque no haya víctima identificable. Posteriormente en la Sentencia *Galina Meister*⁵⁵, respecto a un trabajador que alegaba de forma verosímil que reunía las condiciones previstas en un anuncio de contratación, el TJ consideró que el trabajador no tenía derecho a acceder a la información que indica si el em-

presario ha contratado a otro candidato. Sin embargo, que el empresario deniegue totalmente el acceso a la información puede constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Será el órgano jurisdiccional nacional el que lo determine según las circunstancias del litigio principal.

Ninguna de estas sentencias ha tenido repercusión en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M.A., (*Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar*, en BALLESTER PASTOR (coord.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2010).
- BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., «La modificación de la disposición adicional 10^a del ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación», *Temas Laborales*, n.º 121/2013, pp. 108-110
- CABEZA PEREIRO, J., (*Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad*, en BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2010).
- CARRIZOSA PRIETO, E., *La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria*, Revista Doctrinal Aranzadi Social n.º 7/2012.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., (*A propósito de la STJUE de 13 de noviembre de 2014 (Vital Pérez), que declara contrario al ordenamiento comunitario el tope de edad de 30 años exigido para el ingreso en un Cuerpo de Policía Local (1)*, La Ley Unión Europea, n.º 24, Marzo 2015, LA LEY 2521/2015.
- , (*Igualdad de trato y protección de trabajadores minusválidos (Directiva 2000/78/CE)*, en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2005).
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y ROBLES CIFUENTES, H., *Los aspectos laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 11.

⁵⁴ Caso *Centrum voor gelijkheid van Kansen en voor racismebestrijding* contra *Firma Feryn NV*. Sentencia de 10 de julio de 2008.

⁵⁵ *Galina Meister* contra *Speech Design Carrier Systems GmbH*. Sentencia de 19 abril 2012. TJCE 2012/92.

- GOÑI SEÍN, J. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi (Cizur Menor, 2016).
- LÓPEZ CUMBRE, L., «Libertad de contratación y principio de igualdad de trato en el ámbito empresarial», en *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral* (Coord. García Murcia, J.), Gobierno del Principado de Asturias, 2008, p. 107
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», Nueva revista española de derecho del trabajo, N.º 191, 2016, págs. 145-178.
- MENÉNDEZ SEBASTIAN, P., (*El efecto directo horizontal de la Directiva 2000/78 (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI –Ajos A/S– vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)*, La Ley Unión Europea, N.º 38, Año IV, 30 de Junio de 2016, Editorial LA LEY.
- MIRANDA BOTO, J.M., *Contrato de trabajo y edad del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Una tendencia pujante*, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, La Ley-Wolters Kluwer (Madrid, 2015).
- PELAYO OLMEDO, J.D., *Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune*, Revista General de Derecho Europeo, n.º 37, 2015.
- PÉREZ BENEYTO ABAD, José Joaquín, «Obesidad, discapacidad y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en RAMÍREZ BENDALA, M.D. (Coord.) *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)*, Laborum, 2015, pp. 135 y ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Despido por enfermedad y discriminación», *Relaciones Laborales*, n.º 20, 2008.
- RUIZ CASTILLO, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., *La edad para trabajar (al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo)*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 897/2015.
- , «Discriminación laboral por enfermedad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 866, 2013.
- TELLO PINTO, Y. H., *La discriminación por orientación sexual y el convenio colectivo– análisis del caso Frederic Hay (comentario a la STJUE de 12 de diciembre de 2013)*, Revista de Información Laboral num. 5/2014.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., («Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012», *Relaciones Laborales*, n.º 19-20, 2012.

RESUMEN

El derecho comunitario protege frente a diversos factores de discriminación, no solo el sexo. Los textos clave respecto a los derechos a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales son, sin lugar a dudas, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva de igualdad racial) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva de igualdad en el empleo), que han sido objeto de una amplia atención por parte del Tribunal de Justicia. Su jurisprudencia ha influido en nuestra legislación y en la labor de nuestros tribunales, sobre todo aunque no de manera exclusiva en lo relativo a la edad y a la delimitación entre enfermedad y discapacidad.

Palabras Clave: Igualdad, Tribunal de Justicia, Jurisprudencia.

ABSTRACT

The community law takes into account different discrimination factors, not only the gender. The most important texts about principle of equal opportunities and equal treatment are the Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin and the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. The European Court of Justice has interpreted these directives in multiples occasions. The EU case-law has had influence in the Spanish law and the Spanish jurisprudence above all in terms of age, and differentiating between illness and disability.

Keywords: Equal treatment, European Court of Justice, Jurisprudence.

Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria

Working time and right to holidays according to the Ecj's case law

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ*

1. LA DIRECTIVA 2003/88/CE SOBRE TIEMPO DE TRABAJO

Regular la jornada de trabajo no ha sido nunca una tarea sencilla porque, tratándose de uno de los elementos nucleares del contrato de trabajo, es indudable que nos encontramos ante una materia compleja, con muchas aristas y en la que confluyen tensiones e intereses muy heterogéneos (económicos, higiénico-sanitarios, políticos, sociales o culturales por citar sólo algunos de los más relevantes). Hay un inagotable debate abierto sobre aspectos relativos a jornada y tiempo de trabajo, que mantiene en constante revisión incluso algunos de sus presupuestos más básicos.

* Prof. Ordinaria Derecho del Trabajo y SS. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. mjlopez@comillas.edu

Este artículo se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER) *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y concedido a un equipo encabezado desde la Universidad de Santiago de Compostela.

La reducción del número máximo de horas de trabajo, por ejemplo, es un tema recurrente que vuelve a cobrar actualidad en los últimos tiempos como medida de reparto de empleo para hacer frente a la crisis económica. No es claro, con todo, que exista una correlación automática entre reducción de jornada y creación de nuevos puestos de trabajo y tampoco existe consenso sobre cómo repartir los costes económicos que traería consigo— esto es si la reducción de jornada debe venir acompañada de una rebaja proporcional de salarios o no. Las experiencias legislativas de países cercanos, como las leyes francesas de las 35 horas semanales, no han dado resultados positivos, si bien es cierto que en el caso francés la reducción no era lo suficientemente sustancial como para provocar un impacto significativo en la creación de empleo; y el límite semanal marcaba tan solo el umbral máximo de la jornada ordinaria, que podía ampliarse a través de otros mecanismos¹.

¹ Horas extraordinarias o a través de los llamados RTT, días de reducción de tiempo de trabajo con los que el empresario compensa los excesos de jornada por encima de las 35 horas.

Como se ha señalado², sin embargo, algunas otras iniciativas de ámbito más restringido sí parecen haber tenido una acogida más favorable y es, en cualquier caso, una tendencia atractiva que con seguridad dará lugar a nuevos planteamientos y reflexiones.

Otro elemento conflictivo es la gestión flexible del tiempo de trabajo. En nuestro sistema, pueden encontrarse diversos ejemplos de medidas de flexibilización del tiempo de trabajo (horas extraordinarias, cómputo anual de la jornada, distribución irregular, acumulación quincenal del descanso semanal), que han ido ampliándose y ganando en profundidad a raíz de las últimas reformas normativas. La conciencia de que el trabajador más valioso es el más disponible ha ido abriéndose paso como una vía para racionalizar la organización de los recursos e incrementar la productividad y competitividad de la empresa. En situaciones adversas, además, la flexibilidad interna que pueda aplicar el empresario contribuye a reducir o evitar otras medidas más traumáticas de extinción de contratos y reducción de plantilla. Pero no puede obviarse que una mayor flexibilidad conlleva un recorte importante para los derechos del trabajador, interfiriendo en los tiempos inicialmente planificados para el ocio y la atención de las responsabilidades familiares. Es preciso, por tanto, asegurar una mayor bidireccionalidad en estos mecanismos de flexibilidad, de forma que puedan conciliarse las necesidades productivas y organizativas del empresario con los intereses familiares y personales del trabajador³.

² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.- MERCADER UGUINA, J. R. El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo), *Información Laboral*, núm. 10, 2016 citan como ejemplos la semana de 30 horas implantada en la empresa Toyota en 2002 o el programa piloto del Ayuntamiento de Gotemburgo en 2015 para establecer una jornada diaria de 6 horas sin reducción proporcional del salario.

³ BALLESTER PASTOR, M^a A. La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo, *Revista Derecho Social*, núm. 62, 2013.

Y a este respecto, se atisba otra cuestión a resolver de cara a futuro, cual es la relativa a la desconexión del trabajador. No se trata ya, sólo, de garantizar el descanso del trabajador o una planificación adecuada de sus tiempos de trabajo sino de asegurar, igualmente, que en los períodos de «no-trabajo» se produce una desvinculación real con el entorno laboral. Algo que se ha ido complicando con el paso del tiempo y la irrupción de las nuevas tecnologías, que mantienen al trabajador permanentemente «enganchado» incluso contra su voluntad. La reciente reforma laboral francesa⁴ regula la puesta en marcha por la empresa de medidas que controlen el uso de los dispositivos digitales para proteger el tiempo de descanso y vacaciones, en la línea de lo que venían haciendo ya algunas empresas (así, Volkswagen ya prevé desde 2011 que los servidores se mantengan apagados entre la finalización de la jornada a las 18 h. y las 7 h. del día siguiente). En nuestro país, no ha tenido por ahora demasiado eco esta problemática pero su actualidad y la afectación de un número cada vez más elevado de trabajadores hace prever que recibirá una atención mayor y que, en ausencia de previsiones normativas, será la negociación colectiva la encargada de arbitrar fórmulas adecuadas para su solución.

En este panorama convulso, la intervención comunitaria ha centrado sus esfuerzos en una ordenación del tiempo de trabajo que proteja la seguridad y salud de los trabajadores. Este es el objetivo declarado expresamente por la Directiva 93/104/CE y por la vigente Directiva 2003/88/CE, que codifica la anterior. Las normas comunitarias adoptan este enfoque higiénico-sanitario y se ocupan, por tanto fundamentalmente, de establecer períodos mínimos de descanso diario y semanal, vacaciones, jornada máxima semanal y algunos aspectos del trabajo nocturno, a turnos y del ritmo de trabajo. Son, en cualquier caso, disposiciones mínimas susceptibles de ser excep-

⁴ Art. L. 2242-8 apartado 7 CT, *vid.* al respecto GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.- MERCADER UGUINA, J. R. El permanente debate..., cit.

cionadas, además, en múltiples supuestos, en función del sector o de la actividad concreta desempeñada⁵. Esta óptica parcial se revela claramente insuficiente casi desde sus inicios y ha dado impulso a sucesivos procesos de revisión de la Directiva 2003/88/CE, ninguno de los cuales ha prosperado hasta la fecha. Las diversas propuestas de modificación de la Directiva buscan introducir una mayor flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo sin poner en peligro los derechos de los trabajadores (flexiseguridad en el término acuñado en el ámbito comunitario) y prestando especial atención a los derechos de conciliación familiar. El complejo entramado sobre el que se asienta la jornada ha impedido, sin embargo por el momento, conseguir un punto de equilibrio entre los distintos intereses confluyentes, que mantienen posiciones enconadas en aspectos tan relevantes como el concepto de tiempo de trabajo o la duración de la jornada máxima y la cláusula *opting-out* (que, como es sabido, permite a los Estados miembros exceptuar la aplicación de la duración máxima de trabajo semanal siempre que el trabajador consienta expresamente a la ampliación de la jornada)⁶. Como consecuencia de todo ello, se ha instalado un cierto «halo de provisionalidad»⁷ en torno a la Directiva que condiciona los análisis sobre la misma y, en algunos casos, las intervenciones legislativas. Sólo así se explica la naturalidad con la que se asume en nuestro ordenamiento el cómputo anual de la jornada, frente a la excepcionalidad con la que la plantea la Directiva, que permite a los Estados Miembros que a través del convenio colectivo utilicen períodos de referencia de 12 meses siempre y exclusivamente por razones objetivas, técnicas o de organización del tra-

⁵ Cap. V, arts. 17-22.

⁶ En detalle, MARTÍN PUEBLA, E. El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2016, PAZOS PÉREZ, A. Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CE sobre tiempo de trabajo, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016.

⁷ En expresión de CABEZA PEREIRO, J. Algunas reflexiones a la vista del asunto Tyco sobre el concepto de «tiempo de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2016, p. 37.

bajo (art. 19); o bien, los saldos interanuales en la distribución irregular de la jornada del art. 34.2 ET previstos tras la Ley 3/2012, que permiten compensar las diferencias resultantes más allá del año natural de referencia⁸.

No es fácil valorar el impacto que esta situación de transitoriedad puede tener en la recepción de la jurisprudencia comunitaria y excede con mucho el propósito de este trabajo hacer un repaso minucioso de las distintas resoluciones del Tribunal sobre la Directiva 2003/88/CE. Centraremos nuestra atención en dos figuras que son, a nuestro juicio, representativas y reflejan las dificultades de acomodación de nuestro sistema interno en esta materia. En la primera de ellas, las vacaciones, poco cuestionada en los términos en que se reconoce por la Directiva, la interpretación expansiva del TJUE ha resultado decisiva para ampliar los perfiles internos de la institución y ha dado pie a varias modificaciones legislativas. En lo que se refiere, sin embargo, al concepto de tiempo de trabajo, la posición del Tribunal genera también importantes conflictos interpretativos pero, a pesar del complicado encaje conceptual con algunas de nuestras previsiones internas, el legislador parece mostrarse mucho más cauteloso, ante la expectativa de una anunciada modificación de la norma comunitaria que facilite la adaptación.

2. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE TIEMPO DE TRABAJO Y SU TRASLACIÓN A NUESTRO DERECHO INTERNO

El art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE⁹ define tiempo de trabajo como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en

⁸ En este sentido, MONREAL BRINGSVAERD, E. La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo, *RL*, núm. 20, 2014.

⁹ En los mismos términos se recoge esta definición en la Directiva 93/104/CE.

ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Y, en contraposición, la norma considera tiempo de descanso «todo período que no sea tiempo de trabajo».

Sobre esta base, el TJUE considera que estamos ante conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores. Los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de estos conceptos porque ello haría peligrar el efecto útil de la Directiva. Sólo una interpretación autónoma puede garantizar la plena eficacia de la Directiva así como una aplicación uniforme de estos conceptos en la totalidad de los Estados miembros. Y, a este respecto, se recuerda que el art. 2 de la Directiva no forma parte de las disposiciones de dicha Directiva que pueden ser objeto de excepciones (STJCE 9 septiembre 2003, caso Jaeger (TJCE 2003, 250), STJCE 1 diciembre 2005, caso Dellas (TJCE 2005, 361).

Los conflictos sobre lo que deba considerarse o no tiempo de trabajo se suscitaron tempranamente en relación con las guardias médicas. En la STJCE 3 octubre 2000, caso SIMAP (TJCE 2000, 234) el Tribunal parte de la idea de que el concepto de tiempo de trabajo se prevé en la Directiva en contraposición al de período de descanso. Son dos conceptos que se excluyen mutuamente y que no contemplan categorías intermedias, que podrían ser de utilidad para regular la actividad de los médicos durante las guardias. Desde esta perspectiva, las guardias médicas con presencia física cumplen sobradamente, a juicio del Tribunal, los requisitos que, según el art. 2 de la Directiva, configuran el tiempo de trabajo. Sobre los dos primeros, permanencia en el trabajo, a disposición del empresario, no se plantean dudas. En cuanto a la necesidad de que el trabajador se encuentre en el ejercicio de su actividad, se estima que la obligación

impuesta a los médicos de estar presentes y disponibles en el centro de trabajo para prestar servicios se encuentra comprendida en el ejercicio de sus funciones y ello aun cuando la actividad efectivamente realizada pueda variar. El factor determinante es el hecho de que los médicos estén obligados a permanecer físicamente en el hospital durante la guardia, lo que les mantiene alejados de su entorno familiar y social y les limita considerablemente la administración de su tiempo. Por ello, el hecho de que los servicios de guardia comporten ciertos períodos de inactividad, durante los cuales el médico puede descansar o dormir, carece de relevancia para su calificación íntegra como tiempo de trabajo (STJCE 9 septiembre 2003, caso Jaeger (TJCE 2003, 250), STJCE 1 diciembre 2005, caso Dellas (TJCE 2005, 361). Y, en cambio, por la misma razón, las guardias de localización deben merecer una consideración diversa, puesto que durante las mismas los médicos no están obligados a permanecer en el centro sanitario y, aunque tengan que estar localizables, pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales. En esas circunstancias, sólo se consideraría tiempo de trabajo el correspondiente a prestación efectiva de servicios cuando sean requeridos y se desplacen al hospital durante el período de guardia (STJCE 3 octubre 2000, caso SIMAP (TJCE 2000, 234).

Estas decisiones del Tribunal de Luxemburgo obligarán al Estado español a recurrir a la cláusula *opting-out* del art. 22 de la Directiva para regular la jornada del personal sanitario a través de la llamada *jornada especial* prevista en el art. 49 de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Y es que el concepto amplio de tiempo de trabajo manejado por la jurisprudencia comunitaria tiene repercusiones directas en otros conceptos próximos, singularmente en la configuración de la jornada máxima y los períodos mínimos de descanso. El Tribunal es consciente, no obstante, de las implicaciones económicas y organizativas de la solución que defiende,

si bien recuerda que, tal y como establece la propia Directiva, «la mejora de la seguridad, la higiene y la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico». Y, en ese sentido, excluir del concepto de tiempo de trabajo el período de guardia en régimen de presencia física equivaldría a poner seriamente en peligro la consecución de tal objetivo. La jornada del personal sanitario se ha convertido, así, en uno de los puntos de fricción más importantes en la aplicación de la Directiva 2003/88/CE. Las diversas propuestas de modificación de la Directiva presentadas en los últimos años introducen criterios correctores a esta doctrina jurisprudencial, incorporando la distinción entre «períodos activos» y «períodos no activos» dentro del servicio de guardia. Los primeros se considerarían en su integridad como tiempo de trabajo. Los segundos, con independencia de su compensación económica, no computarían necesariamente como tiempo de trabajo, si bien el debate se centra en si habrían de ser excluidos como regla general, a salvo de previsión en contra en convenio o acuerdo colectivo, o debería ser a la inversa¹⁰.

Dejando a un lado el problema de las guardias médicas, lo cierto es que los pronunciamientos del Tribunal comunitario han tenido un alcance mayor, contribuyendo de manera significativa a la determinación de lo que debe entenderse por tiempo de trabajo en nuestro sistema. Como es sabido, el Estatuto de los Trabajadores no proporciona una definición precisa de este concepto, si bien el art. 34.5 señala que «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo». Sin embargo, como se ha visto, la jurisprudencia comunitaria parte de una noción considerablemente más amplia de tiempo de trabajo a partir de la interpretación extensiva de los requisitos previstos por el art. 2 Directiva 2003/88/CE. Ello ha llevado a

nuestros tribunales a considerar, por ejemplo, como tiempo de trabajo el dedicado a tareas previas al inicio de la actividad, como el encendido de motores o la colocación de equipos de protección individual¹¹; el empleado por los trabajadores para recoger su uniforme en un lugar distinto al de trabajo¹²; o, en empresas de seguridad, el invertido en el desplazamiento entre el depósito de armas y el centro de prestación de servicios¹³. Y ha servido para rechazar cualquier acotación restrictiva, como la recogida en el art. 14.2 RD 1331/2006, 17 noviembre que regula la relación laboral especial de los abogados, en el que se excluía del cómputo de duración máxima de la jornada el tiempo empleado por los abogados en desplazamientos y esperas. La STS sala 3ª 16 diciembre 2008 declara nula esta previsión, por entender que introduce elementos de confusión que no encajan con el concepto de tiempo de trabajo manejado por la Directiva 2003/88/CE.

En este punto, la STJUE 10 septiembre 2015, caso Tyco (TJCE 2015, 205) da una nueva vuelta de tuerca a este tema. El Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional sobre la consideración como tiempo de trabajo de los desplazamientos efectuados por trabajadores de asistencia técnica y mantenimiento desde su domicilio hasta el primer centro de empresa-cliente donde tienen prevista una intervención; así como el último desplazamiento desde el cliente hasta su domicilio. El supuesto parte de unas circunstancias muy concretas, ya que la empresa disponía en su momento de unas oficinas donde los trabajadores acudían al comienzo y final de la jornada para iniciar las visitas a los clientes. En ese escenario, el desplazamiento del trabajador de la oficina al primer cliente y a la inversa, del último cliente a la oficina, sí computaba como tiempo de trabajo, aunque no lo hacían los traslados del trabajador desde y hacia su domicilio al comienzo

¹⁰ MARTÍN PUEBLA, E. El fallido proceso de revisión..., cit. p. 5.

¹¹ STS unif. doc. 4 octubre 2012.

¹² STS unif. doc. 24 septiembre 2009.

¹³ STS unif. doc. 18 septiembre 2000.

y al final de la jornada. Es a raíz de la supresión de las oficinas cuando la empresa modifica esta situación y no considera como tiempo de trabajo los desplazamientos del trabajador en el inicio y final de jornada. Para el Tribunal comunitario, sin embargo, lo único que ha cambiado es el punto de partida de los desplazamientos, no la naturaleza de los mismos. Si la tarea consistente en conducir un vehículo desde la oficina al primer cliente y desde el último cliente a la mencionada oficina formaba parte anteriormente de las funciones y de la actividad de estos trabajadores, no hay razón para que no siga considerándose así cuando el desplazamiento se produce desde y hacia el domicilio del trabajador.

Una vez más, el órgano comunitario se aboca a una solución maximalista ante la inexistencia en la Directiva de una categoría intermedia que matece la contraposición entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Y también en esta ocasión, se rechazan otras posibles consideraciones de tipo organizativo o económico. La empresa argumentaba, así, que resultaría más difícil controlar el uso del tiempo por los trabajadores en estos desplazamientos, evitando que se desviara hacia ocupaciones personales o extralaborales. El Tribunal admite esta dificultad y la carga adicional que puede suponer para la empresa la articulación de mecanismos eficaces de control, pero entiende que la seguridad y salud de los trabajadores no puede subordinarse a aspectos puramente económicos; máxime cuando, como ocurre en este caso, esta posible carga adicional es consecuencia directa de la decisión de la empresa de suprimir las oficinas provinciales.

Más allá del casuismo de este supuesto, la sentencia recoge, sin embargo, algunas afirmaciones que pueden tener un alcance más amplio y resultar de aplicación a otros casos controvertidos. Por una parte, en relación con la necesidad de que el trabajador se encuentre en el ejercicio de sus funciones para que ese tiempo pueda computarse como tiempo de trabajo, el Tribunal estima que los desplazamientos a los centros de los clientes son el instru-

mento necesario para ejecutar su actividad. Por tanto, si sólo se considerara como tiempo de trabajo el empleado específicamente en el ejercicio de la actividad de mantenimiento y asistencia técnica, el concepto quedaría desnaturalizado. Valorar las actividades periféricas a su quehacer principal que realiza el trabajador a la luz de su imprescindibilidad y de este carácter instrumental podría llevar a revisar algunas de las posiciones sustentadas por nuestra jurisprudencia, como por ejemplo la que excluye del tiempo de trabajo el dedicado al cambio de ropa y vestuario.

Por otra parte, también son de interés las reflexiones a propósito de la disponibilidad del trabajador a favor del empresario. En pronunciamientos anteriores, como ya se ha visto, esta disponibilidad se asociaba a la presencia física en el centro de trabajo. En este caso, tratándose de trabajadores que carecen de centro fijo, el Tribunal entiende que esta disponibilidad ha de vincularse más bien al grado de libertad de que disponga el trabajador para gestionar su tiempo y dedicarlo a asuntos personales. Con ello, como se ha señalado¹⁴, se abre una puerta para hacer una relectura de algunos tiempos considerados tradicionalmente como de «no trabajo» en nuestro sistema, con base fundamentalmente en la ausencia física del trabajador. Así ocurriría con los desplazamientos desde el domicilio a la empresa y viceversa que, en la medida en que contaran con alguna restricción por parte de la empresa que limitara la libertad del trabajador— imponiendo la recogida de compañeros, obligando a utilizar un determinado medio de transporte o una ruta concreta— podrían ser recalificados como tiempo de trabajo.

Estos y otros interrogantes quedan abiertos tras esta sentencia que, con seguridad, no será la última en esta materia. Lo que parece claro es que el concepto expansivo de tiempo de trabajo acuñado por la jurisprudencia comunitaria genera disfunciones en nuestro

¹⁴ CABEZA PEREIRO, J. Algunas reflexiones a la vista..., cit., p.41.

ordenamiento. Pero, habida cuenta de la insistentemente anunciada revisión de la Directiva 2003/88/CE, parece haberse optado por una acomodación, aun forzada, a los postulados del Tribunal de Luxemburgo, antes que acometer una modificación normativa no exenta de incertidumbres.

3. VACACIONES, UN DERECHO SOMETIDO A PERMANENTE REVISIÓN POR INFLUJO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

En pocas materias como en las vacaciones queda patente la intensa labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su acusada proyección en nuestro ordenamiento. A nivel interno, el derecho a vacaciones, una institución consolidada y reconocida por el art. 40.2 CE, fue desarrollada sin embargo en su día por el art. 38 ET, cuya regulación, excesivamente parca y concisa, dejaba sin resolver importantes problemas de régimen jurídico¹⁵, que se confiaron a la negociación colectiva y, en última instancia, a las previsiones de los Convenios de la OIT¹⁶.

En la normativa comunitaria, por su parte, la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, ya declara que todo trabajador debe tener derecho a unas vacaciones anuales pagadas¹⁷. Sobre esta base, la Directiva 93/104 23 noviembre, posteriormente codificada por la Directiva 2003/88, 4 noviembre¹⁸

delimita únicamente los perfiles básicos del derecho: periodicidad *anual*, *duración mínima* de cuatro semanas, descanso *retribuido*, garantía de *disfrute efectivo*, no susceptible de compensación económica; remitiendo a las legislaciones y prácticas nacionales para la concreción de los restantes aspectos de ejercicio del mismo. Numerosas decisiones del Tribunal de Luxemburgo, desde entonces, han ido definiendo y acotando con mucha mayor precisión las condiciones de aplicación del derecho. En algún caso, como es sabido, ello ha derivado en la modificación de nuestra normativa interna, para dar cabida a los criterios marcados por la jurisprudencia comunitaria, no siempre acordes con los mantenidos por nuestro TS. Pero igualmente, como veremos, las decisiones recurrentes y cada vez más incisivas del TJUE han terminado por calar en nuestras prácticas internas, generando un efecto expansivo más profundo, que dota al derecho a vacaciones de un alcance más amplio, excediendo los parámetros tradicionales que sustentaron su aplicación.

A este respecto, el TJUE parte de varias premisas que, a modo de *mantra*, se reproducen en la mayor parte de las resoluciones en esta materia y que, de alguna forma, proporcionan el marco necesario para el enfoque extensivo que adopta el órgano comunitario:

– El derecho a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho Social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva¹⁹. Dentro del amplio catálogo de

¹⁵ CHARRO BAENA, P. El derecho a vacaciones en el ámbito laboral, MTSS, Madrid, 1993, p. 196.

¹⁶ Convenio núm. 132 relativo a las vacaciones anuales pagadas, ratificado por España el 16 junio 1972.

¹⁷ Apartados 8 y 9 párrafo 1º. La referencia a las vacaciones se reproduce en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) 7 diciembre 2000 (LCEur. 2000/3480).

¹⁸ Art. 7: «1.- Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales

retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2.- El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

¹⁹ Por primera vez aparece enunciado en STJCE 26 junio 2001, caso BECTU (TJCE 2001, 179) y en multitud de sentencias posteriores, entre otras, STJCE 18 marzo 2004, caso Merino Gó-

derogaciones que establece la Directiva²⁰, que permite a los Estados miembros excepcionar la aplicación de numerosos preceptos atendiendo a categorías de trabajadores o al tipo de actividad desempeñada, el art. 7 relativo a las vacaciones es una de las pocas disposiciones *inderogables*, frente a la cual no cabe establecer excepciones. Se aplicará, por tanto, en los términos previstos por la propia Directiva (art. 1.3) a todos los sectores de actividad, privados y públicos. Y sin que, tampoco, se haga distinción alguna entre los trabajadores con contrato por tiempo indefinido y los que han celebrado un contrato con duración determinada²¹.

– En algunas de las decisiones más recientes²², se incide, además, de forma expresa en que el derecho a vacaciones no sólo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también está reconocido en el art. 31.2 de la CDFUE, a la que el art. 6.1 del Tratado de Lisboa (TFUE, RCL 2009, 2300), otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados²³. Es ésta una cuestión de interés por cuanto la eficacia directa horizontal, esto es, la aplicación del derecho comunitario en las relaciones entre particulares, se predica únicamente, como es sabido, del «Derecho originario europeo», integrado por los Tratados fundacionales o constitutivos, los acuerdos que modifican dichos tratados, y los principios generales a

los que el Tribunal de Justicia comunitario atribuye la cualidad de constitucionales; así como del derecho derivado con eficacia directa, los Reglamentos. En consecuencia, el derecho a vacaciones, al estar regulado a través de la Directiva 2003/88, no se ha beneficiado tradicionalmente de tal efecto directo, al menos en lo que se refiere a las relaciones entre particulares, ya que dicho efecto sí se ha reconocido, en cambio, frente a la Administración independientemente de la condición en la que actúe, empleador o autoridad pública. Así las cosas, y pese a haberse establecido que el art. 7 de la Directiva resulta ser una disposición suficientemente precisa, clara y no sujeta a condición alguna en cuanto a la aplicación de la norma que contiene, no ha podido invocarse en el marco de un litigio exclusivamente entre particulares; si bien la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá obtener, en su caso, la reparación del daño sufrido (STJUE 24 enero 2012 caso Domínguez, (TJCE 2012, 7).

Esta solución debe mantenerse, a criterio de nuestro Tribunal Supremo²⁴, pese a la inclusión del derecho a vacaciones en la CDFUE, ya que para que un derecho ostente eficacia directa es preciso, además, que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea «suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo». Lo que, a juicio del Tribunal, no puede predicarse de la expresión «vacaciones anuales retribuidas» utilizada por el art. 31.2 de la CDFUE porque no tiene la debida concreción. Es indudable que esta doctrina restrictiva sobre la eficacia directa tiene un alcance mucho más amplio que excede el derecho a vacaciones, y ello ha pesado en el ánimo del Tribunal, que deja traslucir su preocupación cuando apunta que si el reconocimiento de todos los derechos contenidos en la CDFUE determinase la eficacia directa de todas las Directivas que los regulan, quedaría vacía de contenido la previsión por la cual las

mez (TJCE 2004, 69), STJCE 16 marzo 2006, caso Robinson-Steele (TJCE 2006, 81), STJCE 20 enero 2009, caso Shultz-Hoff, (TJCE 2009, 7), STJUE 22 abril 2010, caso Zentralbetriebsrat (TJCE 2010, 117), STJUE 22 noviembre 2011, caso KHS (TJCE 2011, 369).

²⁰ Vid. en este sentido, PAZOS PÉREZ, A. Algunos puntos críticos de la Directiva..., cit., p. 259 recogiendo el modelo italiano de clasificación de las derogaciones de la Directiva, que distinguen entre las derogaciones condicionadas e incondicionadas.

²¹ STJCE 26 junio 2001, caso BECTU (TJCE 2001, 179).

²² STJUE 22 noviembre 2011, caso KHS (TJCE 2011, 369), STJUE 21 junio 2012, caso ANGED (TJCE 2012, 154), STJUE 22 mayo 2014, caso Lock (TJCE 2014, 191).

²³ Sobre las dudas interpretativas que abre este reconocimiento, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE, RL, núm. 7-8, 2013, p. 2.

²⁴ STS 8 junio 2016, RJ 2348.

Directivas obligan exclusivamente a los Estados miembros destinatarios. En todo caso, la sentencia cuenta con un voto particular que subraya que, a diferencia de lo que parece desprenderse de la posición mayoritaria, el TJUE ha dejado imprejuizada esta cuestión, ya que en el único supuesto planteado hasta la fecha se rechazó la eficacia directa de la Directiva 2003/88 única y exclusivamente porque la reclamación planteada era anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (STJUE 26 marzo 2015, caso Fenoll (TJCE 2015, 130)²⁵. Habrá que esperar, pues, a pronunciamientos posteriores, y en especial a la postura que pueda fijar el TJUE, para determinar si el alcance de esta eficacia directa se extiende sólo a los aspectos nucleares del derecho a vacaciones o afecta a todas las condiciones aplicativas del mismo, incluyendo el contenido de la Directiva 2003/88 y las pautas interpretativas marcadas por la jurisprudencia comunitaria.

– El derecho a vacaciones anuales retribuidas, en tercer lugar, no puede ser interpretado de manera restrictiva en detrimento de los derechos del trabajador²⁶. Debe partirse de un reconocimiento amplio del derecho que posibilite el disfrute efectivo del mismo. Ello impide, por ejemplo, como veremos, que se pueda supeditar a ningún requisito el nacimiento en sí del derecho; o bien que las vacaciones puedan quedar absorbidas por el disfrute de otro permiso concedido al trabajador, con el que se solapan en el tiempo.

El proceso de interpretación y delimitación de los contenidos del derecho a vacaciones llevado a cabo por el Tribunal de Luxemburgo ha ido referido, por lo demás, a diversos aspectos de su régimen jurídico, de entre los cuales re-

saltamos los siguientes por su incidencia en nuestro sistema:

3.1. Finalidad y devengo del derecho a vacaciones

Tradicionalmente, las vacaciones se conciben como un período de descanso en el que el trabajador puede recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que conlleva la ejecución de las tareas propias de su contrato de trabajo. No puede olvidarse, así, que la Directiva 2003/88 regula la ordenación del tiempo de trabajo en aras de una protección eficaz de la seguridad y salud del trabajador. La regulación del derecho a vacaciones tendría, pues, por objeto establecer un descanso mínimo que permita al trabajador recobrar fuerzas frente a la fatiga, el tedio y las constricciones del trabajo continuado²⁷. Con el paso del tiempo, no obstante, las decisiones del Tribunal de Luxemburgo incorporan igualmente como objetivo de las vacaciones la posibilidad de que el trabajador disfrute de un período de ocio y esparcimiento²⁸. Pero en todo caso, esta perspectiva finalista tiene importantes consecuencias en la configuración del derecho:

– Por un lado, la necesidad de descansar presupone un período previo de prestación de servicios. Dentro de la referencia anual en la que se enmarca el derecho, las vacaciones se generan *proporcionalmente* al tiempo efectivo

²⁷ STJCE 26 junio 2001, caso BECTU (TJCE 2001, 179).

²⁸ STJCE 20 enero 2009, caso Shultz-Hoff, (TJCE 2009, 7). En nuestro sistema, la STC 192/2003, 27 octubre ya había matizado esta finalidad tradicional de descanso de las vacaciones señalando que «la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías y la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 de la Constitución Española (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad)».

²⁵ En este sentido igualmente, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. Re-tribución de las vacaciones y eficacia directa horizontal del derecho de la Unión Europea, Rev. Aranzadi Doctrinal, núm. 8, 2016.

²⁶ STJUE 22 abril 2010, caso Zentralbetriebsrat (TJCE 2010, 117), STJUE 8 noviembre 2012, caso Heimann (TJCE 2012/351144), STJUE 21 junio 2012, caso ANGED (TJCE 2012, 154), STJUE 12 junio 2014, caso Bollacke (TJCE 2014, 200), STJUE 30 junio 2016, caso Sobczyszyn (TJCE 2016, 168915).

de prestación de servicios. No cabe, en consecuencia, supeditar el nacimiento del derecho a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo (trece semanas de trabajo ininterrumpido en el caso BECTU). El hecho de que la Directiva remita a las legislaciones nacionales para la fijación de las condiciones de obtención y concesión del derecho debe entenderse referido a las circunstancias concretas en que los trabajadores pueden hacer uso de dicho derecho, sin poder condicionar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución del derecho, que deriva directamente de la Directiva. Y a estos efectos, son irrelevantes otros factores, como la dimensión de la empresa, ya que, aun admitiendo que la concesión y gestión de las vacaciones tiene un mayor impacto en empresas de reducido tamaño, la propia Directiva señala que «la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico».

– El Convenio 132 OIT²⁹ relativo a las vacaciones anuales pagadas señala, no obstante, en su art. 5.4 que «las ausencias por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios». Considerando que la Directiva 2003/88 tuvo en cuenta los principios de la OIT por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo, el Tribunal comunitario hace suya esta previsión del Convenio OIT y manifiesta en consecuencia que, cuando se trata de trabajadores en situación de baja por enfermedad debidamente prescrita, ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones establecido en el Estado de que se trate (STJUE 20 enero 2009, caso Shultz-Hoff, (TJCE 2009, 7) .Y, a estos efectos, es indiferente que el trabajador permanezca de baja durante sólo una

parte del período de devengo o durante la totalidad del mismo. No puede exigirse, por tanto, un mínimo de trabajo efectivo— diez días, un mes— dentro del período de devengo para reconocer el nacimiento del derecho a vacaciones (STJUE 24 enero 2012, caso Domínguez (TJCE 2012, 7). En todo caso, como señala esta sentencia, esta limitación rige única y exclusivamente para el período mínimo de cuatro semanas de vacaciones establecido por la Directiva, por lo que, para períodos superiores, los Estados tienen libertad para establecer restricciones adicionales, como por ejemplo, aquellas que limitan la duración de las vacaciones en función del origen— accidente de trabajo o enfermedad común— de la baja médica del trabajador.

Esta interpretación podría sugerir que el Tribunal de Luxemburgo amplía el alcance del derecho a vacaciones, vinculándolo a la mera vigencia de la relación de trabajo y no al trabajo efectivamente realizado; o al menos, no sólo a los períodos de prestación de servicios sino igualmente a los de suspensión del contrato, cuando esa suspensión se produce por razones ajenas a la voluntad del trabajador³⁰. A partir de aquí, entonces, la cuestión es si esta misma solución puede predicarse para otros supuestos que, no estando previstos expresamente en el Convenio OIT puedan resultar asimilables, al considerarse la ausencia de prestación de servicios igualmente involuntaria para el trabajador. La STJUE 8 noviembre 2012 caso Heimann (TJCE 2012, 351144) rechaza la posibilidad de que se devenguen vacaciones durante un período de suspensión contractual por razones empresariales. Considera el Tribunal que la situación de un trabajador es, en este caso, fundamentalmente diferente de la del trabajador incapacitado para trabajar por razón de enfermedad. En la medida en que el trabajador no está sujeto a limitaciones físicas o psíquicas causadas por la enfermedad, puede

²⁹ 24 junio 1970.

³⁰ ESPÍN SÁEZ, M. Nuevas claves para interpretar el alcance del derecho a las vacaciones (a propósito de la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Gerard Schultz-Hoff y otros), RGDTS, núm. 20, 2009, p. 17.

dedicar el tiempo de suspensión a descansar o dedicarse a actividades de ocio y tiempo libre, lo que haría innecesario el reconocimiento de un período de vacaciones posterior. Y el hecho de obligar al empresario a asumir las vacaciones retribuidas durante este período podría producir retenciones en el mismo a la hora de aceptar estos planes, privando al trabajador de sus efectos positivos, especialmente en lo que se refiere a prevenir despidos futuros. Parece más convincente el primero de los argumentos, que vincula el nacimiento del derecho a vacaciones con la finalidad de las mismas de procurar descanso y esparcimiento al trabajador. De forma que, cuando no ha existido prestación de servicios, el reconocimiento de las vacaciones iría ligado no tanto a la causa o la involuntariedad en la ausencia de actividad, como a la posibilidad de que el trabajador haya podido aprovechar esos períodos para recuperar fuerzas y disfrutar de momentos de ocio y esparcimiento. No se trata de que el trabajador no se «cansé» durante esos tiempos de inactividad, como de que efectivamente pueda «descansar», lo que hará innecesario la concesión posterior de vacaciones. Es claro que el trabajador no puede obtener ese descanso en períodos de enfermedad, accidente o maternidad. Pero no ocurre lo mismo cuando nos encontramos con suspensiones contractuales pactadas— aunque sean ajenas a la voluntad del trabajador como en el caso de los procedimientos de regulación de empleo— o bien en los períodos de tramitación del despido, con independencia de que la calificación final de éste sea de improcedencia o nulidad y se produzca o no la readmisión del trabajador. Esta es la posición que, al menos de un tiempo a esta parte, parece que sostienen nuestros órganos jurisdiccionales³¹, si bien se alzan otras voces discrepantes que ponen de manifiesto la falta de coherencia en relación al tratamiento de otras situaciones como la

huelga— donde como se sabe, el derecho a vacaciones se mantiene inalterado como regla general— y defienden, en definitiva, el devengo de vacaciones en cualquier período de inactividad involuntario en aplicación del art. 30 ET³².

— En el caso particular de los contratos a tiempo parcial, se ha planteado cómo deben computarse los períodos de prestación de servicios a efectos de devengo del derecho a vacaciones y, por tanto, si la duración de éstas puede reducirse en función del tiempo efectivamente trabajado (en aplicación del principio *pro rata temporis*); o bien debe mantenerse idéntica duración que en los contratos a tiempo completo, atendiendo al principio de equiparación entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, y ello aun cuando el número de horas trabajadas por jornada resulte ser inferior en este último supuesto. La STJUE 22 abril 2010, caso Zentralbetriebsrat (TJCE 2010, 117) ya apuesta por la aplicación del principio *pro rata temporis*, entendiendo que la disminución del derecho a las vacaciones anuales en relación con el concedido por un período de trabajo a tiempo completo está justificado por razones objetivas. Matiza, sin embargo, que el disfrute de las vacaciones en un período posterior al período de referencia no tiene ninguna relación con la jornada de trabajo realizada por el trabajador durante dicho período posterior. En consecuencia, la disminución de la jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial no puede reducir el derecho a vacaciones anuales que el trabajador ha adquirido durante el período de trabajo a tiempo completo. Esta misma línea parece seguir el tribunal comunitario para resolver un supuesto similar en la STJUE 11 noviembre 2015, caso Greenfield (TJCE 2015, 444). Señala, en primer lugar, que el cálculo del número mínimo de vacaciones retribuidas anuales a los que el trabajador tiene derecho debe realizarse, a efectos de la Directiva 2003/88, en relación con los *días laborables, horas laborables o fracciones de éstos*, trabajados y previstos en el contrato de trabajo. Por

³¹ STS (unif. doc.) 12 junio 2012 en relación al período comprendido entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia, coincidente con el percibo de los salarios de tramitación. STSJ Extremadura 28 febrero 2012, STSJ País Vasco 15 marzo 2016 en supuestos de despido nulo con readmisión del trabajador.

³² www.ignasibeltran.com

consiguiente, en lo que atañe al devengo del derecho a vacaciones anuales retribuidas, se deben distinguir los períodos en los que el asalariado trabaja a un ritmo de trabajo diferente, ya que el número de unidades de descanso anual devengadas en relación con el número de unidades laborales trabajadas deberán calcularse de forma separada para cada período. Y la distinción que se debe hacer entre los diferentes ritmos de trabajo para el devengo del derecho a vacaciones anuales retribuidas no tiene, sin embargo, efecto sobre el ejercicio de los derechos ya devengados.

Sorprendentemente, estas conclusiones no han encontrado acogida sin embargo, por el momento, en nuestros tribunales. Teniendo en cuenta que el art. 38 ET no establece distinción alguna entre trabajadores a tiempo completo o parcial a la hora de fijar la duración mínima de las vacaciones anuales, la mayoría de las decisiones de los órganos jurisdiccionales³³ abogan por una aplicación extensiva del derecho, que impide reducir la duración de las vacaciones aunque la jornada efectivamente realizada a lo largo del año sea inferior. Se aplica, pues, el principio de equiparación previsto en el art. 12.4 ET si bien, en nuestra opinión, la naturaleza del derecho a vacaciones admite un reconocimiento proporcional en función del tiempo trabajado que es acorde con su finalidad (el trabajador descansa según el esfuerzo previo realizado) y que encaja, además como se ha visto, con la interpretación de las previsiones de la Directiva que ha realizado el Tribunal comunitario.

3.2. Disfrute efectivo. Imposibilidad de sustitución por una compensación financiera

Si la finalidad principal de las vacaciones es garantizar la recuperación fisiológica del trabajador, debe procurarse el disfrute efecti-

vo del derecho y asegurar que dicho disfrute se producirá dentro de un período inmediatamente posterior al de devengo, de forma que pueda establecerse una conexión coherente entre el desgaste generado por el trabajo y el descanso prescrito como consecuencia del mismo. La caducidad anual de las vacaciones se erige, así, como uno de los pilares vertebradores de este derecho, que obliga al disfrute del mismo dentro del año de devengo e impide la acumulación en ejercicios posteriores³⁴. Las decisiones del TJUE han matizado, no obstante, considerablemente este principio de la anualidad, apelando al llamado *efecto útil* de las vacaciones. En virtud del mismo, aun cuando las consecuencias positivas de las vacaciones para la seguridad y salud del trabajador se despliegan plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, este tiempo de reposo no pierde interés si se disfruta en un período posterior³⁵. Con ello se ha abierto la puerta al disfrute aplazado de las vacaciones en supuestos, como veremos, de solapamiento con otros permisos. Y, a nivel interno, las sentencias comunitarias han reavivado el debate sobre la necesidad de reconsiderar el principio de caducidad anual, favoreciendo un disfrute tardío de las vacaciones que no pusiera en juego la renuncia al derecho³⁶. Con todo, la posposición de las vacaciones se admite por ahora únicamente como excepción en los supuestos legales previstos o bien cuando así lo recoja el convenio colectivo por razones organizativas, pero siempre dentro de períodos de tiempo limitados y próximos al año natural de devengo.

³⁴ En nuestro sistema, salvo las excepciones legalmente previstas, la regla general sigue siendo la caducidad anual de las vacaciones (por todas, STSJ Las Palmas 4 diciembre 2015, STSJ Cataluña 18 noviembre 2009).

³⁵ STJCE 6 abril 2006, caso *Federatie Nederlandse* (TJCE 2006, 114), STJCE 20 enero 2009, caso *Shultz-Hoff*, (TJCE 2009, 7).

³⁶ En este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Sobre el derecho a vacaciones (en torno al artículo 38 ET), REDT, núm. 100, monográfico Veinte años del Estatuto de los Trabajadores, 2000, p. 824 apunta que el art. 40.2 CE no habla de vacaciones anuales, sino de vacaciones periódicas.

³³ STS 23 mayo 1997, STSJ Cantabria 26 diciembre 2002. No así, en cambio, para los trabajadores fijos-discontinuos, a los que sí se les aplica con carácter general la regla de proporcionalidad, STSJ Navarra 17 febrero 2012.

Por otra parte, y bajo un enfoque distinto, el posicionamiento del Tribunal es claro a la hora de priorizar el disfrute efectivo de las vacaciones, aunque sea tardío, restringiendo la compensación económica de las mismas exclusivamente a los supuestos de finalización de la relación laboral. La cuestión se plantea por primera vez en la STJCE 6 abril 2006, caso *Federatie Nederlandse* (TJCE 2006, 114) en relación con una norma holandesa que permitía la transferencia de las vacaciones al año posterior y su renuncia a cambio de una compensación económica. La sentencia entiende que esta previsión es contraria a los objetivos perseguidos por la Directiva, ya que puede producir el efecto de que el trabajador se plantee renunciar al tiempo de reposo o se vea incitado a ello. En consecuencia, la compensación financiera de las vacaciones procede únicamente cuando, terminada la relación laboral, ya no resulte posible disfrutar de modo efectivo de las vacaciones anuales y a fin de evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria. Sobre esta base, la compensación económica en caso de extinción del contrato se ha reconocido en los términos siguientes:

- El art. 7.2 de la Directiva 2003/88 no impone condición alguna a que nazca un derecho a una compensación financiera, salvo la exigencia de que, por un lado, la relación laboral haya llegado a su fin y de que, por otro, el trabajador no haya disfrutado todas las vacaciones anuales a las que tenía derecho en la fecha en que finalizó dicha relación. No puede, pues, supeditarse dicha compensación a requisitos distintos de los previstos en la norma comunitaria, por lo que el hecho de que no exista una solicitud previa por parte del trabajador carece por completo de pertinencia (STJUE 12 junio 2014, caso *Bollacke* (TJCE 2014, 200). Y, a estos efectos, es igualmente irrelevante la causa por la que concluye el contrato de trabajo, incluido el fallecimiento del trabajador.

- El trabajador tiene derecho a una compensación económica cuando la relación se

extingue y no ha tenido ocasión de disfrutar de sus vacaciones debido a una enfermedad, si bien este derecho se limita al período mínimo de cuatro semanas previsto por la Directiva y no alcanza a períodos adicionales que puedan reconocerse en las disposiciones nacionales, en cuyo caso habrá de estarse a las condiciones que puedan fijar dichas normas nacionales (STJUE 3 mayo 2012, caso *Neidel* (TJCE 2012, 104).

En cambio, si la relación laboral concluye y en un período inmediatamente anterior el trabajador ha disfrutado de una suspensión contractual manteniendo su salario, no tendrá derecho a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas, atendiendo al efecto útil de este derecho, salvo en el supuesto de que no haya podido agotar el derecho por causa de enfermedad (STJUE 20 julio 2016, caso *Maschek* (TJCE 2016, 103).

- Ninguna disposición de la Directiva 2003/88 determina expresamente cómo ha de calcularse la compensación económica que sustituya al período o períodos mínimos de vacaciones anuales retribuidas en caso de extinción de la relación laboral. Ahora bien, esta compensación económica deberá calcularse de tal modo que dicho trabajador ocupe una situación comparable a aquella en la que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral. De ello se desprende que la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas, resulta asimismo determinante para el cálculo de la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al finalizar la relación laboral. Por consiguiente, el cálculo de la compensación económica por vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas debe efectuarse del mismo modo que el cálculo reservado a la retribución ordinaria (STJCE 20 enero 2009, caso *Shultz-Hoff*, (TJCE 2009, 7). Y, en principio, carece de pertinencia el momento en que se efectúe dicho cálculo, salvo que se haya producido una variación en la jor-

nada laboral y en relación con la unidad de tiempo de trabajo (STJUE 11 noviembre 2015, caso Greenfield (TJCE 2015, 444).

3.3. Solapamiento de las vacaciones con otros permisos

Es éste uno de los aspectos que han acaparado la atención de nuestra doctrina en los últimos años, lo que resulta comprensible si se tiene en cuenta la notable repercusión de las decisiones del Tribunal comunitario en este punto, que han abocado no sólo a la corrección de nuestra jurisprudencia interna sino incluso a la modificación del art. 38 ET. Tradicionalmente, y ante la inexistencia de pautas normativas, nuestros tribunales entendieron que la concesión de vacaciones constituía una obligación de medios y no de resultado para el empresario, por lo que si, fijadas las fechas de vacaciones éstas coincidían en el tiempo con una baja por maternidad o incapacidad temporal, el trabajador no tendría derecho a solicitar un nuevo señalamiento, salvo que el convenio colectivo contemplara dicha posibilidad o estuviéramos ante una condición más beneficiosa. Esta regla comienza a resquebrajarse tras la STJCE 18 marzo 2004, asunto Merino Gómez (TJCE 2004, 69). Ante la cuestión prejudicial planteada por un juzgado español en un supuesto de solapamiento de vacaciones con la licencia por maternidad, el tribunal comunitario, empleando una vez más la perspectiva finalista, considera que el objetivo del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. En caso de coincidencia temporal, uno de los permisos, en este caso las vacaciones, quedaría anulado, por lo que deben fijarse fechas alternativas de disfrute para garantizar el mismo y ello aun cuando, como ocurría en este supuesto, la fijación de las fechas de va-

caciones se hubiera realizado por vía colectiva para toda la plantilla de la empresa³⁷.

La recepción de esta doctrina por parte de nuestra jurisprudencia no será directa ni inmediata³⁸. La STS 10 noviembre 2005 considera que el disfrute vacacional responde a la protección de intereses jurídicos distintos de los que se defienden en el caso de una baja, tanto cuando ésta se produce por maternidad como por incapacidad temporal. Implícitamente, pues, parece admitir que será necesaria la fijación de fechas alternativas de disfrute en caso de solapamiento con las vacaciones tanto en un supuesto como en otro. La STC 324/2006, 20 noviembre matiza, sin embargo, que nos encontramos ante situaciones diferentes. Las bajas laborales por maternidad son distintas de las que se deben a una enfermedad. El carácter justificador de las necesidades de organización del servicio público que puede valer como respaldo de la limitación temporal del derecho a vacaciones— e incluso su pérdida— en caso de enfermedad, no puede operar en contra de la protección a las madres garantizada constitucionalmente. En esas circunstancias, negar a la trabajadora la posibilidad de disfrutar de sus vacaciones en un momento posterior tras la finalización de la licencia por maternidad, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

Esta misma línea ya había sido adelantada por la STS 11 julio 2006 en la que, apartándose de manifestaciones anteriores, se adopta una posición más restrictiva y no se considera extensible la doctrina sentada por la sentencia Merino Gómez a los supuestos de coincidencia de las vacaciones con la baja por enfermedad. Y se reitera en la conocida STS 3 octubre 2007, dictada por el pleno de la sala. En ella se recupera la argumentación clásica manejada

³⁷ Vid. MARTÍNEZ MORENO, C. Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones. En particular sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad, AS, núm. 3, 2004, p. 3015.

³⁸ En detalle, ALZAGA RUIZ, I. El derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas a la luz de la jurisprudencia comunitaria, AL, núm. 11, 2014, p. 1204.

por los órganos jurisdiccionales, que entiende que la obligación del empresario de respetar el derecho a vacaciones es una obligación de medios y no de resultado. Por ello, si fijadas las fechas de disfrute sobreviene una incapacidad temporal, tal situación constituye un supuesto de caso fortuito, que el trabajador debe asumir como parte de un proceso en el que se equilibran los intereses de las partes y en el que ambas asumen renunciaciones y sacrificios. El TS acepta, además, que las vacaciones y la baja por enfermedad son permisos con finalidades diferentes pero no entiende que resulten necesariamente incompatibles ni que uno tenga que verse anulado por el otro en caso de solapamiento. «El trabajador de baja no se cansa y además descansa», si bien es cierto que las limitaciones derivadas de la enfermedad pueden frustrar, en parte, las actividades de ocio y esparcimiento que pudiera tener planificadas para el período vacacional³⁹.

El posicionamiento restrictivo de la jurisprudencia parecía venir respaldado, por otra parte, por el legislador que, con ocasión de la LO 3/2007, 22 marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modificó el art. 38 ET para reconocer el derecho de los trabajadores a disfrutar las vacaciones en fecha distinta cuando éstas coincidieran con una suspensión del contrato por parto, paternidad, adopción o acogimiento; o bien con una incapacidad temporal pero únicamente si ésta era derivada de embarazo, parto o lactancia natural.

Pues bien, como es sabido, los pronunciamientos posteriores del Tribunal de Justicia comunitario obligarán, sin embargo, a revisar estos planteamientos. La STJCE 20 enero 2009, caso Shultz-Hoff, (TJCE 2009, 7) ya señala que la finalidad del derecho a vacaciones no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Y tal finalidad difiere por esta

razón de la finalidad del derecho a licencia por enfermedad, que se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad. El Tribunal considera, no obstante, que se trata de situaciones diversas a las que concurren en el caso de la licencia por maternidad, donde deben valorarse igualmente las previsiones comunitarias sobre igualdad y no discriminación. Pero el resultado es, a la postre, el mismo porque, aunque el derecho a la licencia por enfermedad y las modalidades de su ejercicio no se rigen por el Derecho Comunitario, las vacaciones, tal y como se recogen en el art. 7 Directiva 2003/88 sí deben de ser garantizadas de forma efectiva. En caso de solapamiento, pues, habrá de permitirse que el trabajador pueda ejercitar su derecho a vacaciones en un período distinto. En la STJCE 10 septiembre 2009, caso Vicente Pereda (TJCE 2009, 261) se reproducen estos razonamientos con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por un juzgado español. Se insiste, así, en que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante un período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal. La fijación de este nuevo período, matiza el Tribunal, deberá realizarse teniendo en cuenta las condiciones que establezca cada Estado de acuerdo con los intereses concurrentes, en particular las «razones imperiosas» de la empresa. Y no se descarta que, ante la necesidad de atender a tales intereses, el nuevo período vacacional pueda fijarse una vez finalizado el año de devengo⁴⁰.

Nuestro TS, en su sentencia 24 junio 2009, ya había rectificado su posición, adelantándose a la previsible respuesta del Tribunal de Luxemburgo en la cuestión prejudicial del caso Vicente Pereda. No obstante, y pese

³⁹ Vid. CUENCA ALARCÓN, M. Vacaciones e incapacidad temporal ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales? (Comentario a la STS sala 4ª de 3 de octubre de 2007), RL, núm. 7, 2008, p. 41.

⁴⁰ En extenso, VELASCO PORTERO, T. Coincidencia del derecho a vacaciones con un período de incapacidad: el caso Vicente Pereda, Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 102, 2013, p. 199.

a la intencionalidad clara de la jurisprudencia comunitaria de priorizar la efectividad del derecho a vacaciones frente a intereses organizativos y económicos empresariales, el Tribunal Supremo admitió sólo parcialmente el disfrute en fechas distintas, para aquellos supuestos en los que la situación de incapacidad temporal hubiera surgido con anterioridad al período vacacional establecido. Si la incapacidad temporal sobreviene, en cambio, durante el disfrute vacacional, nuestro Tribunal mantenía la doctrina sobre caso fortuito, entendiendo que se trataba de un riesgo que habría de asumir el trabajador. También en esta ocasión, las sentencias del Tribunal comunitario terminarán por pronunciarse con mayor claridad y contundencia, imponiendo nuevos reajustes en nuestra jurisprudencia interna, algunos de los cuales se reflejarán en una modificación ulterior del art. 38 ET. En resumen, varios son los aspectos sobre los que inciden las decisiones del tribunal comunitario:

– El trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en fechas posteriores y carece de pertinencia el momento en el que sobreviene dicha incapacidad. Sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a vacaciones, conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que éste último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el período de vacaciones (STJUE 21 junio 2012, caso ANGED (TJCE 2012, 154). Esta sentencia dictada en relación a una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo, zanja definitivamente la cuestión sobre el diferente tratamiento que nuestros órganos jurisdiccionales venían dando a las vacaciones coincidentes con incapacidad temporal según el momento en el que se iniciara ésta última. Desde la perspectiva exclusivamente finalista del derecho a vacaciones que sostiene la jurisprudencia comunitaria tal distinción, que busca un contrapeso en la carga económica que soporta el empresario en estos casos, carece efecti-

vamente de sentido y, así ha terminado por asumirse por nuestros tribunales⁴¹.

– Ha de darse prioridad al disfrute efectivo de las vacaciones, aun cuando ello suponga desplazar las mismas más allá de la finalización del año de devengo. Como ya señalamos, el efecto positivo de las vacaciones para la seguridad y salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, en el año en curso pero, en opinión del Tribunal, ese tiempo de reposo no pierde interés si se disfruta en un período posterior (STJCE 20 enero 2009, caso Shultz-Hoff, (TJCE 2009, 7), STJCE 10 septiembre 2009, caso Vicente Pereda (TJCE 2009, 261). No cabe, pues, plantear como alternativa la compensación económica de las vacaciones cuando ha finalizado el período de devengo, salvo en caso de extinción del contrato, ni siquiera en atención a posibles intereses económicos u organizativos empresariales concurrentes⁴². La fijación de las nuevas fechas de disfrute habrá de realizarse por acuerdo entre trabajador y empresario⁴³, si bien en este punto, como ya se indicó, el tribunal comunitario parece proclive a tomar en consideración «razones imperiosas» de la empresa para justificar la posposición del disfrute vacacional incluso fuera del año de referencia⁴⁴. En todo caso, si finalmente es preciso el desplazamiento de las vacaciones al año siguiente, la STS 5 noviembre 2014 interpreta, con abundante cita de jurisprudencia comunitaria, que no es lícito que la empresa proceda a la redistribución de la jornada de ese año para mantener las horas pactadas. Tales prácticas, que neutralizan al menos en

⁴¹ STS sala general 3 octubre 2012, SsTS uníf. doc. 29 octubre 2012, 17 enero 2013.

⁴² Esta posibilidad ya había sido rechazada en nuestro sistema por la STC 324/2006, 20 noviembre.

⁴³ Nuestros tribunales exigen, no obstante, que la solicitud para el disfrute de las vacaciones pendientes por parte del trabajador se produzca antes de que finalice el año de reincorporación para no desvirtuar por completo la finalidad de la institución, STJ País Vasco 3 mayo 2011.

⁴⁴ Sobre cómo puede jugar el interés empresarial, *vid.* LÓPEZ ALVAREZ, M.J. Devengo y disfrute de vacaciones en períodos de IT ¿punto y final?, AL, núm. 20, 2009.

parte las consecuencias del trasvase vacacional (se concede un período de inactividad pero no hay una paralela disminución del tiempo de trabajo debido, ni una remuneración realmente concordante), no resultan acordes con el propio concepto de la institución.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta, no obstante, que el derecho a vacaciones sólo puede responder plenamente a su finalidad cuando el aplazamiento no supera cierto límite temporal. Más allá de ese límite, como reconoce el Tribunal de Justicia comunitario, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador, al menos en su calidad de tiempo de descanso, y sólo conservan su condición de período de ocio y esparcimiento. Por consiguiente, un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios años consecutivos no está facultado para acumular de modo ilimitado derechos a vacaciones adquiridos durante ese período. Deberá reconocerse, pues, un período de aplazamiento razonable, que tenga en cuenta las circunstancias específicas en las que se encuentra el trabajador y en el que se le garantice que pueda disfrutar, si fuera preciso, de períodos de descanso susceptibles de ser escalonados, planificables y disponibles a más largo plazo. En cualquier caso, el período de aplazamiento debe ser de duración sustancialmente mayor que la del período de devengo con el que guarda relación. Pero debe atenderse, igualmente, a los intereses empresariales, considerando el riesgo de una acumulación demasiado prolongada de los períodos de inactividad y de las dificultades que podrían ocasionarse para la organización del trabajo. A la hora de fijar dicho período, por tanto, el Tribunal estima que las previsiones del Convenio 132 OIT constituyen una referencia de interés, y en particular entiende aplicable el art. 9.1 de dicho Convenio, que establece como plazo máximo para el disfrute de vacaciones aplazadas dieciocho meses contados a partir de la finalización del año en el que se haya originado el derecho a esas vacaciones (STJUE 22 noviembre 2011, caso KHS (TJCE 2011, 369, STJUE 3 mayo 2012, caso Neidel (TJCE 2012, 104). Esta referencia

será también utilizada por nuestro legislador, que al modificar de nuevo el art. 38 ET⁴⁵ para regular la coincidencia de las vacaciones con situaciones de incapacidad temporal, recoge como período máximo de aplazamiento del disfrute de las vacaciones el previsto en el art. 9.1 Convenio 132 OIT.

– Finalmente, el aplazamiento de las vacaciones procede en supuestos de solapamiento con otros permisos siempre que se acredite que éstos tienen una finalidad diversa que impide el cumplimiento de los objetivos del período vacacional. Así, el Tribunal considera que un permiso por convalecencia, en la medida en que tiene por objeto mejorar el estado de salud de los trabajadores y seguir el tratamiento prescrito por un médico, no es compatible con el descanso y el disfrute de un período de ocio y esparcimiento perseguido por las vacaciones (STJUE 30 junio 2016, caso Sobczyszyn (TJCE 2016, 168915). En cambio, una suspensión contractual pactada en la que se mantiene el salario no impediría, a priori, el disfrute durante la misma de las vacaciones pendientes (STJUE 20 julio 2016, caso Maschek (TJCE 2016, 103).

3.4. Retribución de las vacaciones

Tanto el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE como nuestro art. 38 ET se refieren al derecho a vacaciones anuales *retribuidas* sin ofrecer ninguna indicación explícita sobre cuál es la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales. A este respecto, la jurisprudencia comunitaria ya había tenido ocasión de precisar que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. Así pues, la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las mismas, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a

⁴⁵ Ley 3/2012, 7 julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

los períodos de trabajo (STJCE 16 marzo 2006, caso Robinson-Steele (TJCE 2006, 81), STJCE 20 enero 2009, caso Shultz-Hoff, (TJCE 2009, 7). En nuestro sistema, la doctrina consolidada del Tribunal Supremo⁴⁶ tomaba como principal referencia el art. 7.1 Convenio 132 OIT según el cual el trabajador percibirá durante sus vacaciones por lo menos «su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado». Ahora bien, según esta línea jurisprudencial el convenio colectivo podría especificar los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones complementando la regla general de la remuneración normal o media; e incluso apartándose de la misma, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario.

Varias decisiones posteriores del TJUE vendrán a cuestionar el criterio manejado por nuestra jurisprudencia interna. Así, la STJUE 15 septiembre 2011, caso Williams (TJCE 2011, 272) advierte que, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de la retribución ordinaria y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico. De esta forma, concluye que un trabajador ha de tener derecho durante sus vacaciones no sólo al salario base, sino también, por un lado, a todos los elementos intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluidos en el cálculo de su retribución global y, por otro, a todos los elementos vinculados a su con su estatuto personal y profesional. Únicamente quedarían al margen aquellos

elementos de la retribución global del trabajador que tengan por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas propias del contrato. La STJUE 22 mayo 2014, caso Lock (TJCE 2014, 191) analiza, por otra parte, el supuesto particular de las comisiones por ventas y su compensación durante las vacaciones. Al tratarse de una retribución diferida, el trabajador percibe en las vacaciones las comisiones correspondientes a las ventas de meses anteriores. Pero al no generar comisión alguna durante las vacaciones, el trabajador sufre una repercusión financiera negativa diferida, ya que en el período siguiente al de las vacaciones su retribución se verá considerablemente reducida. Esta desventaja puede tener un efecto disuasorio en el trabajador que le lleve a renunciar al disfrute de sus vacaciones. Para evitarlo, deberán incluirse específicamente las comisiones como parte de la retribución por vacaciones, a partir de una media de las percibidas por el trabajador en relación con un período de referencia considerado representativo.

A la vista de estos pronunciamientos, el TS rectifica su postura en dos sentencias de 8 de junio de 2016⁴⁷. En la primera de ellas⁴⁸, se establece que, atendiendo a la doctrina del TJUE y a lo dispuesto por el art. 7.1 Convenio 132 OIT, el trabajador tiene derecho a percibir durante sus vacaciones la *remuneración normal o media*, si bien calculada en la forma que pudiera acordar— entre otras posibilidades— la negociación colectiva. Se admite, pues, un cierto grado de discrecionalidad en la fijación de esa retribución por la negociación colectiva, si bien ello no puede llegar a suponer una distorsión del concepto hasta hacerlo irreconocible, puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece: a) un *núcleo* o «zona de certeza» que estaría integrado, en su vertiente positiva, por los conceptos que in-

⁴⁶ STS 21 enero 1992, y con posterioridad, entre otras, 9 noviembre 1996, 26 enero 2007, 6 marzo 2012.

⁴⁷ Vid. GARCÍA-PERROTE, I.— MERCADER UGUINA, J. Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el final del camino, Revista de Información Laboral, núm. 7, 2016.

⁴⁸ RJ 2016/2348.

tegran la retribución *ordinaria* del trabajador como por ejemplo, salario base o complementos, tanto por condiciones personales (antigüedad, titulación, idiomas...) como por circunstancias de la actividad empresarial (toxicidad, penosidad, peligrosidad...). En su vertiente negativa, quedarían excluidos claramente de la retribución vacacional, los conceptos retributivos *extraordinarios* (bonus, determinados incentivos, horas extraordinarias); b) un halo o «zona de duda» que puede estar integrado por complementos por circunstancias vinculadas al concreto trabajo realizado, y en cuya calificación puede intervenir la negociación colectiva, atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes.

En aplicación de estos criterios, en el supuesto planteado, el Tribunal Supremo considera que el «complemento de carrera comercial» percibido por los trabajadores de Telefónica Móviles en cantidad fija y catorce pagas, es un concepto fijo de devengo mensual que necesariamente debe formar parte de la retribución por vacaciones. A igual conclusión llega en relación con el «complemento de disponibilidad», percibido como una cantidad fija por hora que se abona mensualmente al personal que presta servicios en unidades que requieren un mantenimiento u operación permanente. En cambio, el bonus se estima que debe excluirse de la compensación por vacaciones, en primer lugar, porque es un concepto de devengo anual y que, por tanto, ya retribuye por sí las vacaciones. Y, por otra parte, se trata de una percepción de carácter extraordinario, no sólo porque es variable, sino porque depende de los resultados empresariales y el cumplimiento de objetivos individuales. La sentencia cuenta, no obstante, con un voto particular en el que se defiende una concepción más amplia de la retribución que corresponde al trabajador en vacaciones. Para ello, asimila la retribución global a que se refieren las sentencias comunitarias con la estructura salarial de nuestro ordenamiento interno prevista en el art. 26.3 ET. Y los gatos ocasionales o accesorios, que deben quedar al margen de la retribución, vendrían a identificarse con las partidas extrasalariales del art. 26.2 ET.

En la segunda sentencia⁴⁹, el Tribunal utiliza los mismos argumentos para determinar que los trabajadores del sector de contact center tienen derecho a percibir como parte integrante de su retribución por vacaciones las «comisiones y/o incentivos a la producción variables», que recibían con habitualidad, pese a que tal concepto no estuviera recogido en el convenio colectivo sectorial de aplicación.

En definitiva, el Tribunal Supremo acata los dictados de la jurisprudencia comunitaria y limita el margen que se venía reconociendo a la autonomía colectiva en esta materia. El convenio colectivo no está ya, pues, facultado para excluir conceptos de la retribución vacacional, si forman parte de la «retribución global» que recibe el trabajador con habitualidad, y ello con independencia de que la cuantía en la que se perciban sea variable. Puede, en cambio, establecer los criterios para la fijación de las partidas retributivas a percibir durante las vacaciones cuando éstas tienen una oscilación significativa en su cuantía a lo largo del año⁵⁰. Y, de igual forma, podría determinar la exclusión de determinados conceptos que pertenezcan a esa «zona de duda», atendiendo a las circunstancias concurrentes, y en particular a su carácter extraordinario, como podría ser el caso de un bonus o de algunos tipos de incentivos. Este casuismo ha sido criticado por la doctrina⁵¹ por el grado de incertidumbre que puede conllevar, si bien en nuestra opinión, dada la amplísima tipología de partidas retributivas que pueblan nuestro sistema, el Tribunal Supremo se adelanta a las dificultades interpretativas que con seguridad van

⁴⁹ RJ 2016/2345.

⁵⁰ Así se recoge en algunos convenios recientes, *vid. conv. col. Industria calzado*, Resol. DGE 19 julio 2016, BOE 2 agosto que señala que la retribución del trabajador en vacaciones será la resultante de un promedio de la percibida en las 13 últimas semanas trabajadas; el conv. col. tejas, ladrillos y piezas de arcilla cocida, Resol. DGE 19 julio 2016, BOE 10 agosto establece, por su parte, que la cuantía de la prima de producción a percibir en vacaciones será la media de la recibida por el trabajador en los tres meses anteriores.

⁵¹ GONZALEZ GONZÁLEZ, C. *Retribución de las vacaciones...*, cit. p. 7.

a presentarse y se limita a ofrecer criterios generales, haciendo una concesión a priori a una valoración particularizada que, con toda probabilidad, tendrá que llevarse a cabo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUIZ, I. El derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas a la luz de la jurisprudencia comunitaria, AL, núm. 11, 2014.
- BALLESTER PASTOR, M^aA. La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo, *Revista Derecho Social*, núm. 62, 2013.
- CABEZA PEREIRO, J. Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto de «tiempo de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2016.
- CHARRO BAENA, P. El derecho a vacaciones en el ámbito laboral, MTSS, Madrid, 1993.
- CUENCA ALARCÓN, M. Vacaciones e incapacidad temporal ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales? (Comentario a la STS sala 4^a de 3 de octubre de 2007, RL, núm. 7, 2008.
- ESPÍN SÁEZ, M. Nuevas claves para interpretar el alcance del derecho a las vacaciones (a propósito de la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Gerard Shultz-Hoff y otros), RGDTS, núm. 20, 2009.
- GARCÍA-PERROTE, I.-MERCADER UGUINA, J. Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el final del camino, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016.
- El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo), *Información Laboral*, núm. 10, 2016.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Sobre el derecho a vacaciones (en torno al artículo 38 ET), REDT, núm. 100, monográfico Veinte años del Estatuto de los Trabajadores, 2000.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. Retribución de las vacaciones y eficacia directa horizontal del derecho de la Unión Europea, *Rev. Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2016.
- LÓPEZ ALVAREZ, M.J. Devengo y disfrute de vacaciones en períodos de IT ¿punto y final?, AL, núm. 20, 2009.
- MARTÍN PUEBLA, E. El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2010.
- MARTÍNEZ MORENO, C. Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones. En particular sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad, AS, núm. 3, 2004.
- MONREAL BRINGSVAERD, E. La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo, RL, núm. 20, 2014.
- PAZOS PÉREZ, A. Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CE sobre tiempo de trabajo, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE, RL, núm. 7-8, 2013.
- VELASCO PORTERO, T. Coincidencia del derecho a vacaciones con un período de incapacidad: el caso Vicente Pereda, *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.

RESUMEN

La Directiva 2003/88/CE ha generado numerosos conflictos interpretativos, algunos de los cuales han tenido una repercusión directa en nuestro ordenamiento interno. En el caso de las vacaciones, la jurisprudencia del TJUE ha alterado algunos de los presupuestos sobre los que se asentaba la aplicación del derecho, lo que ha llevado al legislador a modificar en más de una ocasión el art. 38 ET. En lo que se refiere al concepto de tiempo de trabajo, la noción acuñada en el ámbito comunitario provoca igualmente disfunciones en nuestro sistema, si bien la anunciada y largamente pospuesta revisión de la Directiva, parece justificar una actitud más contenida por parte del legislador.

Palabras clave: Tiempo de trabajo, vacaciones, Directiva.

ABSTRACT

Directive 2003/88/CE has produced quite a lot of interpretative conflicts. Some of them, have had a direct impact in our domestic Labor Law. Resolutions from the European Court of Justice have changed some basic points in holidays right so Spanish Law (art. 38 ET) had to be adapted in that way. There is also a problem with the concept of working time as the case law built around the Directive expands it. However, discussions about the urgent need to revise the Directive continue after several unsuccessful attempts, so it doesn't seem to be a good moment for legal changes.

Key words: Working time, holidays, Directive.

Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Free movement of EU non-active citizens and their access to minimum subsistence income benefits (included healthcare): the impact of EU case-law on cases

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO*

1. INTRODUCCIÓN

No soplan vientos solidarios en Europa, con la crisis económica de telón de fondo, se está transmitiendo un mensaje, a mi modo de ver, no suficientemente contrastado de escasez que genera una lucha de la población por los recursos en el que medran los nacionalismos y el propio Brexit¹. Las

manifestaciones de este fenómeno van mucho más allá del cierre de fronteras a los refugiados, incumpliendo compromisos internacionales

* Profesora Dra. Asociada en Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Acreditada Profesora Titular por la ANECA. Experta Nacional de la Red FreSsco de la Comisión Europea (Libre circulación de trabajadores y coordinación de la Seguridad Social). Redactora del Área Social en Lefebvre-El Derecho.

Este artículo se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER) *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y concedido a un equipo encabezado desde la Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Según el eurobarómetro de otoño de 2016 a nivel de la UE «La inmigración es la principal preocupación de la UE en todos los Estados miembros, excepto España y Portugal». Por otro lado, «a es-

cala nacional, las principales preocupaciones son el desempleo (31 %, -2) y la inmigración (26 %, -2). En lo que respecta a la cuestión de la **migración**, el 69 % de los europeos se declara a favor de una política europea común en la materia y el 61 % tiene una opinión positiva sobre la migración de personas procedentes de otros Estados miembros de la UE. En cambio, el 56 % tiene una opinión negativa sobre la inmigración de personas procedentes de fuera de la UE. En todo caso «El 81 % de los europeos está a favor de la **“libre circulación de los ciudadanos de la UE, que pueden vivir, trabajar, estudiar y hacer negocios en cualquier lugar de la UE”**. La mayoría de los encuestados apoya la libre circulación en todos los países.» http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4493_es.htm

Al Brexit le precedió un desencuentro con la población suiza que también se mostró reticente a asumir los niveles de emigración comunitaria que venía soportando y pretendía establecer cuotas. No obstante, tras 18 meses de negociaciones con la Comisión Europea la posición parece al menos desbloqueada en el sentido de que el 16-12-2016 Suiza comunicó la ratificación del protocolo de libre circulación con Croacia y simultáneamente aprobó una Ley Federal de extranjería cuya aplicación va a ser monitorizada por la UE que pretende controlar el trato a los fronterizos y la publicidad de las ofertas de empleo.

les, o del rechazo a los emigrantes económicos nacionales de terceros Estados. Esta corriente está también afectando a los propios nacionales de un Estado miembro y su derecho a la libre circulación². La ciudadanía de la UE ya no es garantía de igualdad de trato cuando se trata de ciudadanos inactivos que acreditan un estado de necesidad y pretenden el reconocimiento de prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el Estado miembro de destino³. Como se expone en este artículo, los Estados miembros –con el beneplácito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)– están denegando este tipo de cobertura que los Estados miembros pretenden mantener únicamente a favor de sus propios nacionales, de sus votantes. La Comisión, perdida la batalla ante el Tribunal de Justicia⁴, parece haber asumido la derrota al modular el derecho a la igualdad de trato permitiendo que los Estados nacionales integren el requisito de residencia legal para el reconocimiento de prestaciones a favor de inactivos, en su reciente propuesta de modificación de los Reglamentos de coordinación⁵.

El principio de libre circulación sólo queda incólume respecto de los activos profesionalmente, una vez que ciertas propuestas ofrecidas a Reino Unido en febrero de 2016, clara-

mente distorsionadoras de este derecho⁶, han sido afortunadamente olvidadas después del portazo a Europa que supuso el Brexit⁷. La libertad de circulación de los trabajadores, presente desde el Tratado de Roma y estrechamente vinculada con el mercado único, sigue siendo un fundamento de la UE que deriva directamente de los Tratados (TFUE art. 45). A ella está asociada un principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en relación al acceso al empleo y condiciones de trabajo⁸. Además, el Reglamento UE/492/2011⁹ en su

⁶ Se está haciendo referencia a la indexación de prestaciones familiares reconocidas a los trabajadores migrantes en el Reino Unido, ajustando su monto al nivel de vida del Estado de residencia de los hijos. Esta promesa del Consejo Europeo al Reino Unido de permanecer en la UE, podría haber supuesto, que tales migrantes percibieran prestaciones familiares inferiores a las que recibirían sus compañeros cuando sus hijos no les hubieran acompañado y residieran en el Estado de origen. Posibilidad actualmente prohibida en el marco de la vigente normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Reglamento CE/883/2004 art. 67). Ver el documento «Un nuevo régimen para el Reino Unido en la UE», Extracto de las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016 DOUE 23-2-16 C-691 (2016/C 69 I/01). Punto 2.e) y anexo 5 relativos «a una Declaración de la Comisión Europea sobre la indexación de las prestaciones por hijos exportadas a los Estados miembros distintos de aquel en el que reside el trabajador». Ver el informe presentado por la Red de expertos FreSso sobre las distintas opciones de indexación en SPIEGEL, B. (ed.), CARRASCOSA BERMEJO, D., HENBERG, A. and STRBAN, G., Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits, Analytical Report 2015, FreSso, European Commission, June 2015, 81 p. http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3aa0bc5e-c1e6-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

⁷ En efecto, la propuesta de la Comisión de modificación de los Reglamentos no toca «las normas actualmente en vigor sobre la exportación de las prestaciones por hijos a cargo. No está previsto indexar las prestaciones por hijos a cargo: el país en el que trabajen los padres sigue siendo responsable del pago de dichas prestaciones, y su importe no se puede ajustar si el hijo reside en otro país. En la Unión, menos del 1 % de las prestaciones por hijos a cargo se exportan de un Estado miembro a otro» Nota de prensa de la Comisión http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_es.html

Ver propuesta de modificación en 13-12-2016 COM (2016) 815 final 2016/0397 (COD).

⁸ TFUE art. 45.2 «La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».

⁹ Normativa que deroga y sustituye al Reglamento CEE/1612/68 a su vez también modificado por la propia Di-

² «Esta libertad de circulación es hoy puesta en cuestión, socavada». Punto tercero de las Conclusiones del Abogado General Wathelet en el asunto C-238/15 Linares Verruga presentadas el 2-6-2016. Ver también Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2014, con una llamada al respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE (2013/2960(RSP) DOUE C 482, 23-12-16.

³ De acuerdo con los datos que maneja la Comisión existe una población de ciudadanos inactivos móviles estimada en 3,7 millones de personas. El 80% de esa población goza de un derecho derivado como familiares de activos, lo que le garantiza el derecho de residencia y el acceso a cobertura prestacional. Ver Labour Force Survey, 2014.

⁴ Se está haciendo referencia a la sentencia sobre el asunto Comisión contra. Reino Unido (C-308/14) que se comentará en este trabajo.

⁵ Ver propuesta de modificación en 13-12-2016 COM (2016) 815 final 2016/0397 (COD).

artículo 7.2 recoge una expresión particular de ese principio de igualdad de trato, respecto de las denominadas ventajas sociales¹⁰ que incluyen no sólo a las prestaciones de Seguridad Social¹¹, o a la propia asistencia social¹², sino también a multitud de medidas tuitivas diferentes que en todo caso han de derivar del trabajo y que pueden beneficiar a sus familiares¹³. La no discriminación directa o indirecta de los trabajadores migrantes¹⁴ de todo tipo (fronterizo, desplazado, de temporada)¹⁵ ocupa un lugar central en el engranaje de la Unión Europea que sigue unida al mercado único. Por un lado, el Tribunal de Justicia, tras un período ambi-

valente¹⁶, se está reafirmando en que el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro crea un vínculo de integración suficiente en la sociedad de ese Estado que les permite beneficiarse del principio de igualdad de trato en relación a las ventajas sociales¹⁷. Así, por ejemplo, si un Estado miembro pretende supeditar el reconocimiento de una ventaja social a un requisito de residencia en su territorio estaría discriminando indirectamente a los trabajadores migrantes salvo que acreditara que existe un objetivo justificado adecuado para garantizar la consecución de un objetivo legítimo que no debe ir más allá de lo que es necesario para alcanzarlo¹⁸. Por otro lado, la UE también sigue impulsando normativamente esta libertad de los activos, como podría deducirse de la Directiva 2014/54/UE «sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación», cuya transposición completa ha sido confirmada por España recientemente, a mi modo de ver, de forma algo controvertida¹⁹.

rectiva 2004/38/CE. Ver sobre el derecho a la libre circulación de los activos FUCHS, CORNELISSEN «EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009» CH Beck. Hart. Nomos. 2015 p.19-34. Sobre la libre circulación y la ampliación progresiva del ámbito subjetivo de aplicación ver DANS ALVAREZ DE SOTOMAYOR, L. «La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, nº 92, 2011 P.257-282. Ver también nº 110 monográfico de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y VVAA (GARCÍA MURCIA, J. dir) «Libertades de Circulación y Derechos de Protección Social en La Unión Europea. Un Estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia» Curitiba Juruá Editora 2016.

¹⁰ TJUE 20-6-13 asunto Giersch C-20/12 apdo. 35 y 11-9-07 asunto Hendrix C-287/05 apdo 53.

¹¹ Ver, por ejemplo, considerando ventaja social una prestación de crianza alemana TJCE 12-5-98, asunto Martínez Sala, C-85/96, apdo. 26.

¹² Ver BLANPLAIN, R.; ENGELS, Ch. *European Labour Law*. Kluwer. Deventer 1995. P. 15 y LHERNOULD, J.Ph. «Les avantages sociaux en droit communautaire» Droit Social. nº 4, abril 1997, p. 389 y 390. Definiéndolas como una macrocategoría ver MARTÍN VIDA, M^a A. «La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social» ReDCE nº 8/2007 p. 105 y 106.

¹³ Ver, por ejemplo, la consideración como ventaja social de las ayudas a la manutención o también para el estudio en sentencia del TJUE 20-6-13, asunto Giersch C-20/12. Ver como ayudas para trabajadores discapacitados o sus familiares asunto Taghavi C-243/91, reducciones al transporte público asunto Cristini C-32/75.

¹⁴ Como es sabido, a efectos de libre circulación, el concepto comunitario de trabajador se refiere a toda persona que desarrolla, en beneficio y bajo la dependencia de otro, de forma remunerada, una actividad real y efectiva que no ha determinado ella misma, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo (TJCE 3-7-86 asunto Lawrie-Blum 66/85).

¹⁵ TJCE 27-11-97, asunto Meints, C-57/96 apdo. 50.

¹⁶ Ver un compendio de esta evolución en punto 36 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General Wathelet en el asunto C-238/15 Linares Verruga presentadas el 2-6-2016.

¹⁷ Los trabajadores contribuyen a la financiación de las políticas sociales del Estado miembro de acogida con sus cotizaciones sociales y fiscales en virtud de la actividad laboral que allí desempeñan. Ver TJCE 14-12-16 asunto Linares Verruga (C-238/15) apdo. 49 y siguientes, recogiendo la doctrina sentada en TJUE 14-6-12, Comisión Países Bajos C-542/09, apartado 65 s. y TJUE 20-6-13 asunto Giersch C-20/12 apdo. 63 s. Se trata de una afirmación no siempre completamente cierta. Piénsese, por ejemplo, que los trabajadores desplazados pueden, en virtud de los Reglamentos de coordinación, mantener su cotización social en el Estado de origen y, por su parte, los trabajadores fronterizos pueden pagar sus impuestos en el Estado de residencia a veces con el amparo de un convenio bilateral fiscal que evita la doble carga fiscal.

¹⁸ Ver TJUE 20-6-13 asunto Giersch C-20/12 apdo. 46 y TJUE 14-12-16, asunto Linares Verruga (C-238/15) apdo. 44. Sentencia esta última que entiende injustificado que Luxemburgo exija un período ininterrumpido de 5 años de trabajo para acceder a la ventaja social consistente en una ayuda de estudios con el objetivo de aumentar significativamente en ese país la proporción de residentes con un título de enseñanza superior.

¹⁹ España confirmó la transposición completa de esta Directiva sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación en el plazo previsto que terminaba el 21-5-2016. Entre otras medidas, especialmente polémica resulta en relación a la

Este artículo, en primer lugar, pretende aproximar al lector al marco normativo de la libre circulación de personas inactivas en la Unión, tanto el Derecho de la UE, como su implementación en España. Aludiéndose asimismo a su interpretación por el Tribunal de Justicia justo al momento previo a dictarse la sentencia sobre el asunto Brey C-140/12 con la que el Tribunal de Justicia inicia la corriente jurisprudencial objeto de este trabajo. Asimismo, se realiza una aproximación al papel que juegan los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social en la cobertura prestacional de estos sujetos (Reglamento CE/883/2004 y CE/987/2009). Como se verá, la problemática surge en buena medida de la existencia de dos conceptos de residencia no coincidente en cada uno de estos bloques normativos: la legal y la habitual. La residencia temporal legal definida en la Directiva 2004/38/CE y que ostentan los ciudadanos comunitarios inactivos cuando acreditan tener recursos suficientes que les impidan convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida y tener un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos cubiertos por la Seguridad Social de dicho Estado. La residencia habitual definida en el marco de los Reglamentos de coordinación, identifica la legislación de Seguridad Social nacional aplicable; en cuyo marco se impone la igualdad de trato lo que impediría toda discriminación por razón de nacionalidad. El choque entre ambos conceptos surge cuando las legislaciones nacionales de Seguridad Social supeditan el reconocimiento de sus prestaciones no contributivas al requisito de residencia legal. En ese caso ¿sirve la cobertura asistencial o no contributiva del Estado de destino para cumplir tales requisitos? ¿el residente legal temporal puede ser candidato a la asistencia social o sanitaria del Estado de destino? ¿qué es primero la gallina o el huevo?

transposición española la inexistencia de una designación válida de organismos independientes para fomentar la igualdad de trato y apoyar a los trabajadores de la Unión y a los miembros de sus familias.

En segundo lugar, el artículo recoge de forma crítica las principales conclusiones alcanzadas por la más reciente jurisprudencia del TJUE sobre esta materia. Como se verá, estas sentencias muestran a la Directiva 2004/38/CE como clara ganadora de este debate, del choque normativo al que se aludía²⁰. La residencia temporal legal se convierte en premisa y la solicitud de cobertura no contributiva por parte de un ciudadano de la UE inactivo se convierte en un argumento en contra de la legalidad de su residencia, no debiéndose hacer una valoración caso a caso. El Tribunal de Justicia está permitiendo que los sistemas nacionales denieguen a los inactivos nacionales de otros Estados miembros la cobertura asistencial o no contributiva que parece que sólo obtendrán, en su caso, cuando ostenten la residencia legal permanente.

En tercer lugar, este artículo analiza la incidencia de tal jurisprudencia. Por un lado, considerando el impacto de todo este nuevo entramado normativo y jurisprudencial en España. Distinguiendo a la emigración de ciudadanos españoles inactivos en otros Estados miembros y la posición de los ciudadanos inactivos de otros Estados miembros para acceder a prestaciones no contributivas españolas, incluida la propia asistencia sanitaria. Por otro lado, su impacto también se observa en la propuesta de modificación de los Reglamentos planteada por la Comisión el 13-12-2016 COM (2016) 815 final 2016/0397 (COD)

2. MARCO NORMATIVO

Como se adelantaba en la introducción de este artículo existen dos bloques de normas de la UE cuya falta de encaje o articulación provoca, en buena medida, la problemática que se

²⁰ En este mismo sentido ver «Derecho de residencia y protección social de subsistencia» S-URÁN AZAÑA, M^o.Y. /en/ VVAA (GARCÍA MURCIA, J. dir) «Libertades de Circulación y Derechos de Protección Social en La Unión Europea... op. cit., p. 328 que se refiere a «la primacía del Derecho Comunitario sobre libre circulación en este ámbito, en el de la configuración del derecho a las prestaciones sociales por los ciudadanos comunitarios migrantes».

estudia en este trabajo. Por un lado, la regulación de la libre circulación de inactivos en la Directiva CE/2004/38 y su, no necesariamente uniforme, implementación nacional y; por otro lado, los Reglamentos de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009). La ausencia de articulación, en lo que aquí interesa, resultaba comprensible cuando se entendía que ambas normas regulaban realidades diversas, esto es, la Directiva se refería a la asistencia social excluida del ámbito objetivo de aplicación de los Reglamentos. Sin embargo, en la actualidad, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ambas normas confluyen en la aplicación de las prestaciones no contributivas, no sólo especiales, también las comunes, y su relación debe ser clarificada. En el marco de la norma vigente, la solución no parece sencilla, pues la relación entre ambas normas obviamente no es jerárquica y no existe siquiera una prioridad temporal entre ambas. El Reglamento de base y la Directiva se aprobaron el mismo día, el 24-4-2004²¹, aunque es cierto que los efectos de la Directiva se demorarían hasta su transposición, y el Reglamento de base permaneció «en la nevera» hasta la entrada en vigor del Reglamento de desarrollo el 1-5-2010.

Esta ausencia de interacción puede tener los días contados si prospera la propuesta de modificación del Reglamento de coordinación presentada por la Comisión el 13-12-2016 que, como se verá, admite la posibilidad de que los Estados miembros exijan la residencia legal de la Directiva como premisa para el reconocimiento de prestaciones no contributivas²².

²¹ En ese sentido, LHERNOULD, J.-P. (ed); EICHENHOFER, E.; RENNUNY, N.; VAN OVERMEIREN, F. and WOLLENSCHLÄGER, F. «Assessment of the impact of amendments to the EU Social Security coordination rules to clarify its relationship with Directive 2004/38/EC as regards economically inactive persons». Analytical Report 2015. FreSsco, European Commission, June. http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3aa0b-c5e-c1e6-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF p. 263.

²² 13-12-2016 COM (2016) 815 final 2016/0397 (COD).

2.1. Normativa sobre libre circulación de ciudadanos inactivos y acceso a la asistencia social

La Carta de Derechos fundamentales de la UE en su Artículo 45 –dentro del Título V Ciudadanía– proclama que «*Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*». Este derecho, de acuerdo con las explicaciones de la Carta²³, coincide con el establecido en el TFUE art 20.2 y 21, previéndose su aplicación en las condiciones y dentro de los límites establecidos en los Tratados.

El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE, también de los inactivos, se reconoció en el Tratado de Maastricht, su regulación y límites se encuentran en la Directiva 2004/38/CE que pretendía rebasar el enfoque sectorial y fragmentario de la regulación previa a la que sustituyó²⁴. De hecho, esta Directiva también se refiere a los ciudadanos activos otorgándoles una mayor protección.

La Directiva distingue las tres siguientes situaciones:

1. Derecho de residencia por un período de hasta tres meses (en la norma española de transposición: estancia inferior a tres meses)²⁵. La Directiva la supe-dita tan sólo a la posesión de un documento de identidad o pasaporte válido, la residencia permanente al transcurso de los períodos de residencia temporal legal mencionados.
2. Derecho de residencia por más de tres meses (residencia temporal legal que abarca desde tres meses a cinco años). Exigiéndose a los ciudadanos comunitarios inactivos el cumplimiento de los dos

²³ Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE DOUE C-303, 14-12-2007 (2007/C 303/02).

²⁴ Se está haciendo referencia a las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

²⁵ RD 240/2007 art. 6.

siguientes requisitos, cuyo alcance quiso ser concretado por la Comisión años más tarde, en 2009²⁶: la posesión, por un lado, de recursos suficientes que le impidan convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida y, por otro lado, de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida.

3. Residencia legal permanente, creada por la Directiva, y alcanzable, con carácter general, cuando ya se hubiera residido legalmente en un determinado Estado miembro durante un período continuado de al menos cinco años²⁷. Obtenida la residencia permanente, la igualdad de trato ha de ser completa. De manera que los residentes permanentes podrían recaer en la asistencia social del Estado de destino sin que decayese tal derecho de residencia, no pudiéndosele exigir tampoco que mantenga el seguro médico completo que debía tener durante su residencia temporal.

La problemática que se estudia en este trabajo se centra fundamentalmente en el acceso a la asistencia social y a la cobertura sanitaria durante la residencia temporal legal cuando la legislación nacional de los Estados miembros lo supedita a la legalidad de la propia residencia temporal.

Respecto de la concurrencia del primer requisito, la posesión de recursos suficientes que impidan al ciudadano inactivo convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, la Comisión consideró que

²⁶ Ver explicitando los requisitos de la Directiva 2004/38/CE art. 7, las Orientaciones de la Comisión (Bruselas, 2.7.2009 COM (2009) 313 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE 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 (Texto pertinente a efectos del EEE). Páginas 8 y 10.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0313:FIN:ES:PDF>

²⁷ Ver TJCE 21-12-11, asunto Ziolkowski C-424/10.

debía valorarse si el ciudadano comunitario cumplía los criterios nacionales para la concesión de una prestación social básica, pues debía tener recursos por encima del umbral que permite su reconocimiento. El legislador no podía fijar una cantidad fija²⁸ y debía tener en cuenta la situación personal del solicitante, pudiéndose admitir ingresos no propios²⁹. En cualquier caso, se establece que el recurso a la asistencia social por parte de un ciudadano inactivo no puede tener por consecuencia automática una medida de expulsión, mientras la persona no se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida³⁰. Para decidir si la carga es excesiva, la exposición de motivos de la Directiva, aunque no su articulado, considera que conviene examinar si la petición de asistencia obedece a dificultades temporales, teniéndose en cuenta la duración de la residencia, las circunstancias personales o la propia cuantía de la ayuda concedida³¹. La necesidad de tal evaluación caso a caso, derivada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³² que admitió un cierto grado de solidaridad de los sistemas nacionales ante dificultades económicas temporales de los inactivos, También consideró que para apreciar con mayor precisión la dimensión de la carga que representaría tal abono para el sistema nacional de asistencia social, podría ser pertinente determinar la proporción de beneficiarios de la prestación asistencial solicitada que sean ciudadanos de otro Estado miembro de la Unión³³. La

²⁸ Directiva 2004/38/CE art. 8.

²⁹ Resulta «irrelevante que tales recursos económicos sean propios o de un miembro de su familia [STJCE de 19 octubre 2004, asunto C-200/2002 (Zhu y Chen)], incluso aun cuando no medie vínculo jurídico alguno entre aquél y la persona que le vaya a proporcionar la preceptiva cobertura económica [STJCE de 23 marzo 2006, asunto C-408/03 (Comisión contra Bélgica)]» DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. «La libre circulación de personas...» *op. cit.*, p. 269 nota al pie nº 61.

³⁰ Directiva 2004/38/CE art. 14.3 y RD 240/2007 art. 9 bis. 2.

³¹ Considerando 16 de la exposición de motivos de la Directiva 2004/38/CE.

³² Ver en el marco previo a la Directiva 2004/38/CE, ver la TJCE 7-9-04 sobre el asunto Trojani C-456/02, precedida de la emblemática sentencia TJCE 20-9-01 asunto Gzrelczyk C-184/99 cuya jurisprudencia recoge la propia sentencia del TJUE 19-9-13, asunto Brey C-140/12 apartado 72.

³³ TJUE 19-9-13, asunto Brey C-140/12 apartado 78.

norma española de transposición en relación a esta evaluación individualizada –considerando la situación personal y familiar del solicitante– señala la necesidad de que el solicitante de residencia temporal acredite recursos superiores al importe que cada año fija la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva, teniendo en cuenta la situación personal y familiar del interesado³⁴. En concreto se admite la acreditación de la posesión de recursos suficientes a través de: ingresos periódicos, incluyendo rentas de trabajo o de otro tipo, o por la tenencia de un patrimonio. Pudiéndose realizarla a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho, tales como títulos de propiedad, cheques certificados, documentación justificativa de obtención de rentas de capital o tarjetas de crédito, aportando en este último supuesto una certificación bancaria actualizada que acredite la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta³⁵.

Respecto del segundo requisito, seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, la Comisión entiende aceptable que el ciudadano tenga cualquier seguro privado o público, no necesariamente contratado en el Estado miembro de acogida, siempre que proporcione una cobertura sanitaria completa y no suponga una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida³⁶. La imposibilidad de convertirse en carga, esta vez sin calificativos (no hace falta que sea excesiva), parece absoluta. De manera que se podría entender que los inactivos no pueden recaer en ningún momento en la asistencia sanitaria del Estado de destino so pena de perder la residencia legal. El carácter completo de la cobertura en el caso de seguros privados puede resultar controvertido pues, por ejemplo, no se prevé normalmente la posibilidad de acceso a trasplantes de órganos. En cualquier caso, la valoración de

la amplitud del seguro se tendrá que realizar siempre dentro de los límites impuestos por el Derecho de la UE y de conformidad con el principio de proporcionalidad³⁷. Hay que tener en cuenta que, con carácter general, la tarjeta sanitaria europea en principio, no resulta un instrumento válido para cumplir este requisito y acceder a la residencia legal temporal. De hecho, su uso está previsto en caso de necesidad médica durante una estancia temporal en otro Estado miembro dónde podría obtenerse solamente la asistencia sanitaria necesaria desde un punto de vista médico para que el titular no se vea obligado a regresar antes de lo previsto al Estado competente o al de residencia a fin de recibir el tratamiento que requiera su estado³⁸. En efecto, tarjeta sanitaria no da acceso a una cobertura completa en el Estado de destino³⁹ y no es el instrumento adecuado cuando el ciudadano de la UE traslada su residencia, en el sentido de los Reglamentos de coordinación, al Estado miembro de acogida.

Una regulación *ad-hoc* de ambos requisitos se establece para dos grupos específicos de inactivos:

³⁷ Sentencia TJUE 17-9-02 Asunto C-413/99 Baumbast (apartados 89 a 94). Aunque en ese supuesto se trataba de una familia con derecho a asistencia sanitaria pública en otro Estado miembro.

³⁸ Ver punto 9 de CASSTM Decisión No S1 de 12 de junio de 2009, DOUE C-106 24-4-10.

³⁹ Ver sobre la asistencia no programada y sus límites CARRASCOSA BERMEJO, D. y TRILLO GARCÍA, A. R. «Capítulo 2 Cobertura sanitaria y reembolso en el marco de los Reglamentos de coordinación» en VVAA CARRASCOSA BERMEJO, D. (dir) *Reembolso de gasto por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*. Ed. Francis Lefebvre. Col Claves Prácticas. Madrid 2015 p. 840-897. CARRASCOSA BERMEJO, D.: Cross-border healthcare in the EU: Interaction between Directive 2011/24/EU and the Regulations on social security coordination ERA forum Volume 15(3) 2014: 359-380. DOI: 10.1007/s12027-014-0358-8. Sobre los límites de la cobertura ver HIERRO HIERRO, F.J. «La validez del sistema español de reembolso de gastos médicos: el caso Comisión contra España» *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 102/2013. P. 353 s. Ver (en prensa) STRBAN, G. (ed), BERKI, G., CARRASCOSA BERMEJO, D. y VAN OVERMEIREN, F. «Access to healthcare in cross-border situations» *FreSsco Analytical Report 2016*. EUROPEAN COMMISSION. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion.

³⁴ En 2016: 5.150,60 €, monto que luego se adapta a la unidad familiar.

³⁵ (Orden PRE/1490/2012 art. 3.2.c) 2ª).

³⁶ Ver Orientaciones de la Comisión (Bruselas, 2-7-2009 COM (2009) 313 final p. 9 y 10.

- a) Pensionistas: que cumplen el requisito de seguro de enfermedad completo si tienen derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado miembro que paga su pensión. Lo que se demuestra a través de la expedición por parte de ese Estado del documento portátil S1⁴⁰ por el que el Estado emisor garantiza el abono al Estado de residencia de la asistencia sanitaria de su pensionista. Para ello el Estado de tratamiento puede optar por abono a través de gasto real (facturación del gasto específico generado por el pensionista concreto) o, como en el caso de España, a través de cuotas fijas mensuales calculadas como media del coste sanitario que supone en España la asistencia sanitaria de un pensionista⁴¹.
- b) Estudiantes que, por un lado, pueden acreditar mediante una declaración responsable que poseen recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia⁴². Admitiéndose acreditado de forma excepcional el requisito del seguro médico mediante la posesión de una tarjeta sanitaria europea con un período de validez que cubra todo el período de residencia y que le habilite para recibir, exclusivamente, las prestaciones sanitarias que sean necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista. En una si-

tuación todavía más privilegiada, según la normativa nacional, se encuentran aquellos que participan en programas de la Unión Europea que favorecen intercambios educativos para estudiantes y profesores como, por ejemplo, el programa ERASMUS, pues acreditada su participación se entienden cumplidos ambos requisitos (los de recursos suficientes y seguro médico) tan mencionados.

La legislación española de transposición de la Directiva no incorporó inicialmente ambos requisitos que, no obstante, sí fueron incluidos 5 años después, en 2012, con el objeto de proteger las finanzas públicas, principalmente en relación con la asistencia sanitaria. En la exposición de motivos de la norma modificadora, también en la de desarrollo específico de tales requisitos Orden PRE/1490/2012, se reconocía que la falta de implementación había supuesto un grave perjuicio económico para España, en especial en cuanto a la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos, tal y como denunció el Tribunal de Cuentas en un informe demoledor.

2.1.1. *Los buscadores de empleo*

Como es sabido, con carácter general, el Tribunal de Justicia en su sentencia sobre el Asunto Antonissen, señaló que cuando el objeto de la estancia es buscar empleo, el propio Tratado confiere a los nacionales de los Estados miembros un derecho de residencia en los demás Estados miembros que es inherente al principio de la libre circulación de trabajadores⁴³. Estos sujetos se considerarían trabajadores y como tales se beneficiarían del derecho a la libre circulación y de la igualdad de trato que esta normativa prevé (TFUE art. 45.2 y 3)⁴⁴. La sentencia mencionada señala que transcurridos seis meses (el plazo que establecía la norma británica en el asunto de origen), sin encontrar empleo en el Estado de acogida, po-

⁴⁰ Este documento equivale a los antiguos formularios E106, E109, E120 y E121. Ver <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=857&langId=es&intPagId=980>

⁴¹ Sobre la asistencia sanitaria de los pensionistas residiendo en un Estado miembro distinto del competente ver CARRASCOSA BERMEJO, D. y TRILLO GARCÍA, A. R. «Capítulo 2 Cobertura sanitaria y reembolso en el marco de...» *op. cit.*, p. 64-69. Sobre la problemática asociada a este colectivo en este ámbito CARRASCOSA BERMEJO, D. «Buenas prácticas en relación al reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea» en VAA ROALES PANIAGUA, E. (dir). *Buenas Prácticas Jurídico procesales para reducir el gasto social (II)*. Laborum. 2014 p. 110-112

⁴² RD 240/2007 art. 7.1.c) y Orden PRE/1490/2012 art. 3.2.d) 3º.

⁴³ TJCE 26-2-91, asunto Antonissen (C-292/89) apdo. 13.

⁴⁴ TJCE 23-3-04, asunto Collins C-138/02 apdo. 63.

dría ser obligado a abandonarlo siempre que no demuestre que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado. La Directiva, distinguiéndoles de los trabajadores que también menciona, recoge la imposibilidad de expulsión de los buscadores de empleo con posibilidades reales de ser empleados⁴⁵. La Directiva no fija que ha de entenderse por plazo razonable para permitir que el trabajador conozca en el territorio del Estado miembro de acogida las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones profesionales, la jurisprudencia ha dicho que tres meses era insuficiente y seis meses suficiente⁴⁶. Obviamente, los buscadores de empleo siempre podrían permanecer más allá de los tres meses en el Estado de acogida si cumplieran los requisitos exigidos para los inactivos. De hecho, para su cumplimiento, como veremos en el apartado siguiente podrían beneficiarse de prestaciones que pretenden el ingreso de los buscadores de empleo y respecto de cuyo acceso no podrían ser discriminados por razón de la nacionalidad.

La Directiva también se refiere a las personas que se inscriben como desempleadas tras perder involuntariamente un empleo en el Estado de acogida, dónde permanecen buscando una nueva oportunidad de trabajo. Este supuesto se trata de una de las posibilidades, que permiten mantener el estatus o condición de trabajador⁴⁷ y la residencia legal no condicionada a los requisitos de recursos suficientes y seguro médico⁴⁸. Si trabajó más de un año mantendrá tal condición sin lími-

te temporal; si tuvo un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o quedó en paro involuntario durante los primeros doce meses de empleo, se establece que mantendrá el status de trabajador durante al menos seis meses. Sorprendentemente, la transposición española copió literalmente la Directiva y no concreto el período en que se mantendría la condición⁴⁹. Ante esta imprecisa transposición podría entenderse que se aplica el mínimo indisponible de seis meses, transcurridos los cuales perdería la condición de trabajador, pero podría evitar la expulsión si acreditara que tiene posibilidades reales de ser contratado. Sin embargo, frente a esta interpretación restrictiva que podría entenderse contraria a la amplitud interpretativa que defiende el Tribunal de Justicia⁵⁰, también podría defenderse que la falta de concreción del RD 240/2007 «permite mantener de manera indefinida la condición de trabajador si se ha ejercido una actividad laboral durante, al menos, un día»⁵¹. Esta segunda interpretación más tuitiva, no obstante, resulta algo incoherente con el tenor de la norma nacional que recoge por separado dos supuestos de pérdida de empleo a los que atribuye una consecuencia jurídica idéntica.

Hay que tener en cuenta que el mantenimiento de la condición de trabajador no se agota en las cuatro posibilidades previstas en el artículo 7.3 de la Directiva 2004/38/CE. En efecto, el Tribunal ha admitido tuitivamente la condición de trabajadora y la aplicación del TFUE artículo 45, para el reconocimiento de una prestación en el caso de una mujer que dejó

⁴⁵ Directiva 2004/38/CE art. 14.4.b).

⁴⁶ TJCE de 26-2-91, Antonissen, C-292/89 apdo. 21, y de 20-2-97, Comisión/Bélgica, C-344/95

⁴⁷ Las otras situaciones previstas son: IT por enfermedad o accidente, paro involuntario acreditado, o seguimiento de una formación profesional (Directiva 2004/38/CE). Todas ellas fueron recogidas literalmente en el RD 240/2007 art. 7 tras su modificación por el RDL 16/2012.

⁴⁸ De acuerdo con el Informe de la Comisión, estos períodos son períodos de residencia legal que permitirán alcanzar la residencia permanente (COM/2008/0840 apdo 37). MANTU, S. «Protecting EU workers in case of involuntary unemployment: retention of worker status». FMW Online Journal on Free Movement of Workers within the European Union. January 2014 nº 7, p.17.

⁴⁹ Se estableció que tal condición «como mínimo se mantendrá durante un periodo que no podrá ser inferior a seis meses» RD 240/2007 art. 7.3.b y c.

⁵⁰ Como se ha señalado reiteradamente las disposiciones que consagran la libre circulación de trabajadores como fundamento de la Comunidad deben ser interpretadas con amplitud de criterio (por todas TJCE 3-7-86, asunto Kempf 139/85 apdo.13).

⁵¹ CALVO DÍAZ, Enrique. «Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión: diez años después de la Directiva 2004/38 y siete después del Real Decreto 240/2007». Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 110 p. 243

de trabajar e incluso de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto. Posibilidad que supeditaba a su reincorporación a su trabajo o volviera a encontrar empleo dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo⁵². Aunque es loable que se pretenda evitar que las mujeres se retraigan de ejercitar su derecho a la libre circulación, ante el riesgo de pérdida de la condición de trabajadoras en el Estado de acogida debido a la maternidad, hay que destacar que la concurrencia de este requisito de reincorporación resulta controvertido, cuando la condición de trabajadora se esgrime para conseguir la igualdad de trato por razón de la nacionalidad con el objetivo de acceder a una prestación. En efecto, en el momento de solicitud de la prestación no es claro cuál es el plazo de reincorporación razonable y ni siquiera si tendrá lugar.

Si se entendiera que el estatus de trabajador decae transcurrido seis meses, hay que recordar que la demostración de que busca activamente empleo teniendo posibilidades ciertas de contratación le inmunizaría de toda expulsión; obviamente, siempre que no concurren razones de orden público o seguridad y salud públicas. No obstante, una cosa es la imposibilidad de expulsión y otra bien distinta es el acceso a la asistencia social, por la vía de la igualdad de trato por razón de la nacionalidad. Como se verá, esta última posibilidad la tienen vedada, de manera que se encontrarían en una especie de limbo, ubicado claramente fuera del Estado del bienestar.

2.1.2. *El acceso a la asistencia social como ciudadanos de la UE*

La asistencia social fue definida por el Tribunal de Justicia como «*todos los regímenes de*

ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado.»⁵³ No obstante, el Tribunal excluyó expresamente del concepto de asistencia social de la Directiva los subsidios de búsqueda de empleo, esto es, las prestaciones que pretenden el ingreso de los buscadores de empleo, en el mercado de trabajo del Estado de acogida⁵⁴. En cualquier caso, el reconocimiento de tales prestaciones a los nacionales de otros Estados miembros está condicionado al mantenimiento de un vínculo real entre el solicitante de dichos subsidios y el mercado geográfico laboral en cuestión⁵⁵. El vínculo existe, por ejemplo, si se acredita que se ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un período razonable⁵⁶. Aunque es necesario valorar otros factores representativos para demostrar el vínculo real mencionado entre el demandante que solicita un subsidio de pri-

⁵³ Así se definió en las sentencias sobre los asuntos Bidar C-209/03, apdo. 56; Eind C-291/05, apdo. 29, y Förster C-158-07, apdo. 48. Reiterándose tal concepto en la sentencia sobre el asunto Brey C-141/12 apdo. 61.

⁵⁴ «No pueden considerarse "prestaciones de asistencia social", en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, las prestaciones económicas que, independientemente de su calificación en la normativa nacional, están destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo» TJCE 4-6-09, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08 Vatsouras y Koupatantze, apdo. 45. Criticando esta doctrina, pues en la práctica no resulta sencilla su distinción WOLLENSCHLÄGER, F. y RICKETTS, J. «Jobseekers' Residence Rights and Access...» *op. cit.*, p. 14

⁵⁵ TJCE 23-3-04, asunto Collins C-138/02 para. 63, 67 y 69; TJCE 4-6-09, asunto Vatsouras C-22/08 apdo. 37 y 41, así como las sentencias sobre el asunto D'Hoop, apdo 38; o Ioannidis, apdo. 30.

⁵⁶ TJCE 23-3-04, asunto Collins C-138/02 para70; TJCE 4-6-09, asunto Vatsouras C-22/08 apdo. 39.

⁵² TJUE 19-6-14, Asunto Saint Prix C-507/12, ECLI:EU: C:2014:2007. Ver en este sentido, un comentario de esta sentencia en FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. «Libre circulación de personas en el territorio comunitario» en VVAA (GARCÍA MURCIA, J. dir) «Libertades de Circulación y Derechos de Protección Social en La Unión Europea...» *op. cit.*, p. 9-42.

mer empleo y el mercado geográfico laboral en cuestión⁵⁷.

La Directiva 2004/38/CE establece que los ciudadanos de la Unión que residen legalmente (en cualquiera de las tres situaciones mencionadas: estancia, residencia temporal y permanente) gozan de igualdad de trato respecto de los ciudadanos del Estado de acogida⁵⁸. Sin embargo, cuando esa igualdad se dirige a la obtención de asistencia social, los ciudadanos inactivos nacionales de otros Estados miembros en estado de necesidad se encuentran con la resistencia del Estado miembro de acogida a extender su cobertura. Estos Estados justifican su postura en el temor, al abuso, al denominado turismo social que nunca se ha demostrado empíricamente. De hecho, la Comisión, también el Parlamento Europeo en la misma línea⁵⁹, señala que *«en la mayoría de los Estados miembros, los ciudadanos móviles de la UE son contribuyentes netos al sistema de protección social del país de acogida, ya que pagan más en impuestos y contribuciones a la Seguridad Social que las prestaciones que reciben. Asimismo, tienden a ser contribuyentes netos de los costes de los servicios públicos que utilizan en el país de acogida. Por tanto, es improbable que supongan una carga para los sistemas de protección social de los Estados miembros de acogida; esto ha sido confirmado por los últimos estudios independientes»*⁶⁰.

⁵⁷ TJUE 25-10-12, asunto Déborah Prete C-367/11.

⁵⁸ Directiva 2004/38/CE art.24.1 y RD 240/2007 art. 3.4.

⁵⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE (2013/2960(RSP) OJ C 482,23-12-16.

⁶⁰ OCDE, Fiscal Impact of Migration (Impacto fiscal de la migración), en OCDE International Migration Outlook 2013, <http://www.oecd.org/els/mig/imo2013.htm>; ICF GHK Milieu: A fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence (Investigación y análisis sobre las consecuencias para los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de los derechos de los inmigrantes dentro de la UE que no ejercen una actividad económica a prestaciones especiales en metálico no contributivas y a asistencia sanitaria sobre la base de su lugar de residencia), capítulo 4, p. 61, <http://ec.europa.eu/social/>

Incluso los datos presentados por los propios Estados a la Comisión siempre parecen corroborar tal percepción, pues *«se demuestra que no recurren a las prestaciones sociales más intensivamente que los nacionales del país de acogida»*⁶¹.

La Directiva no es ajena a las reticencias de los Estados miembros y realiza algunas excepciones al principio de igualdad estableciendo que el Estado de acogida no tiene obligación de conceder prestaciones de asistencia social a los ciudadanos inactivos que se encuentren en las dos siguientes situaciones⁶²:

BlobServlet?docId=10972&langId=en; Dustmann y otros, Assessing the Fiscal Costs and Benefits of A8 Migration to the UK (Evaluación de los costes y beneficios fiscales de la migración de 8 países [Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y República Checa] al Reino Unido, <http://ideas.repec.org/p/crm/wpaper/0918.html>; CEPS, Social Benefits and Migration, A contested relationship and policy challenge in the EU (Prestaciones sociales y migraciones, una relación controvertida y un reto político en la UE), capítulos 1 y 7; EU Labor Markets After Post-Enlargement Migration (Los mercados de trabajo de la UE tras la migración posterior a la ampliación), MARTIN KAHANEC, KLAUS F. ZIMMERMANN (eds.), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010; IAN PRESTON, The Effect of Immigration on Public Finances (El efecto de la inmigración en las finanzas públicas), Centre for Research and Analysis of Migration, 2013, http://www.cream-migration.org/publ_uploads/CDP_23_13.pdf.

⁶¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25-11-2013, «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas claves COM (2013) 837 final p. 2 en su nota al pie n° 21 se señalaba además que *«A raíz de una petición del Consejo, en junio de 2013 la Comisión pidió a los Estados miembros que facilitasen, entre otra, información sobre los ciudadanos móviles de la UE que han solicitado o recibido prestaciones sociales. De los 21 Estados miembros que respondieron, Austria, Bélgica, Croacia, Hungría, Polonia, Suecia y el Reino Unido fueron incapaces de facilitar estos datos. Lituania facilitó datos sobre prestaciones de Seguridad Social exportadas. Los datos de los 13 Estados miembros restantes se refieren a distintas prestaciones y no son comparables. Por tanto, se presentan en forma de gráficos de anillos específicos para cada país. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25-11-2013, «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas claves COM (2013) 837 final p. 2 nota al pie».*

⁶² De hecho, tampoco tiene por qué conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean

a) Durante los tres primeros meses de estancia. De hecho, también en ese periodo se establece expresamente, en otra disposición que su derecho de residencia se mantiene mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida⁶³.

b) Durante el período en que no pueden ser expulsados del territorio del Estado de acogida al demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados⁶⁴.

Hay que destacar que en la transposición española de la Directiva 2004/38/CE no se recoge expresamente ninguna de estas dos limitaciones de acceso a la asistencia social (Directiva 2004/38/CE art. 24.2 y tampoco la genérica del art.14.1). Se podría argüir que la igualdad de trato en la norma española se circunscribe a los beneficiarios del derecho de residencia temporal o permanente y por tanto entender que implícitamente se excluye de la misma a los que están en estancia temporal (aunque no deje de ser residencia legal durante los tres primeros meses en terminología de la Directiva) o respecto de los que no pueden ser expulsados por estar buscando empleo, aunque se les deje permanecer⁶⁵. Sin embargo, la ausencia de una exclusión expresa, no sólo permite dudar de la verdadera intención del legislador español; también avala, a mi modo de ver, la imposibilidad de denegar a ambos colectivos de su derecho a la asistencia social en los mencionados períodos, pues no parece posible realizar una interpretación restrictiva de un principio fundamental del Derecho de la Unión tan relevante como la libre circulación.

trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias (Directiva 2004/38/CE art. 24.2 *in fine*).

⁶³ Directiva 2004/38/CE art. 14.1.

⁶⁴ Directiva 2004/38/CE art. 14.4.b). Esta previsión normativa prohibiendo la expulsión, asume la jurisprudencia vertida en las sentencias del TJCE de 26-2-91, Antonissen, C-292/89, y de 20-2-97, Comisión/Bélgica, C-344/95.

⁶⁵ RD 240/2007 art. 9 bis.3.

2.2. Normativa vigente sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social

Para facilitar la libre circulación e impedir la pérdida de derechos de Seguridad Social, en el marco de la UE existen desde 1958 los Reglamentos de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, cuya versión aplicable desde el 1-5-2010, se recoge en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009⁶⁶. La Comisión presentó una propuesta de modificación de esta normativa el 13-12-2016 que afecta a la materia que nos ocupa y que se analizará en el apartado tercero.

Desde el punto de vista de su ámbito subjetivo, los Reglamentos se aplican a los activos (trabajadores por cuenta ajena y propia) pero también a los inactivos, en su condición de asegurados a un sistema de Seguridad Social. Estando cubiertas todas «*las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros*»⁶⁷.

⁶⁶ Una aproximación a los Reglamentos de coordinación en CARRASCOSA BERMEJO, D. «Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): Rasgos y principios generales» en VVAA (Dir. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO J.M.). «Lecciones de Derecho Social de la UE». Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011 p 187-217. Y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. «Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº. extra 4, 2016.

⁶⁷ Reglamento CE/883/2004 art. 2.1. El Tribunal siempre ha defendido un concepto comunitario de trabajador en el marco de los Reglamentos y realizado una interpretación tuitiva del concepto de trabajador en el marco de los Reglamentos CARRASCOSA BERMEJO, D. *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable y vejez*. CES. Madrid 2004 p. 71 s. Más recientemente puede mencionarse la sentencia sobre el Asunto Franzen donde se concluye que la «sujeción a la legislación del Estado de empleo afecta no solamente a los días durante los cuales ejerce su actividad por cuenta ajena, sino también a los días durante los cuales no las realiza. Se prolongará en tanto que el interesado esté asegurado contra al menos una contingencia en el Estado de empleo» un comentario a esta sentencia en PEREZ DEL PRADO, D. ¿Quién paga las prestaciones? reflexiones al hilo del caso Franzen. Revista de

En lo que aquí nos atañe, hay que destacar que desde un punto de vista de su ámbito objetivo de aplicación los Reglamentos excluyen expresamente tanto la asistencia social como sanitaria⁶⁸. Como es sabido, el alcance de esta exclusión no es claro, máxime si se considera que los Reglamentos incluyen en su ámbito objetivo de aplicación a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social con las que la asistencia social comparte elementos constitutivos⁶⁹. Especialmente equívoco resulta el término de asistencia sanitaria en España, siendo necesario subrayar que no se refiere a la prestación de asistencia sanitaria no contributiva, coordinada –como prestación de enfermedad en especie– en el capítulo 1º del Título III del Reglamento de base. En efecto, en España sólo existe un nivel de asistencia sanitaria, al que se puede tener o no acceso. No existe por tanto una cobertura específica, inferior o asistencial a favor de personas sin recursos.

Junto a las que podríamos denominar prestaciones no contributivas comunes, los Reglamentos se aplican a las que califica de especiales⁷⁰ y a las que se dota de un régimen jurídico *ad-hoc* recogido en el capítulo IX del Título III del Reglamento de base. El origen de esta normativa se encuentra en el Reglamento CE/1247/1992 por el que se modificó el Reglamento de coordinación de base precedente (el Reglamento CEE/1408/71)⁷¹. Como reconoce la propia exposición de motivos del Reglamento modificador las prestaciones especiales no contributivas son prestaciones híbridas, en el sentido que pueden pertenecer simultánea-

mente a la Seguridad Social y a la asistencia social, debido a su ámbito de aplicación personal, sus objetivos y sus normas de desarrollo⁷².

El objetivo de esta regulación fue poner fin a la polémica desatada por la resistencia de algunos Estados miembros a exportar determinadas prestaciones que consideraban de asistencia social y que, no obstante, fueron calificadas, reiteradamente, por el Tribunal de Justicia como prestaciones de Seguridad Social no contributivas y por tanto plenamente exportables⁷³. La implantación de esta categoría de prestaciones especiales no contributivas, como recuerda el propio Tribunal de Justicia en su sentencia Dano, respondía a un compromiso, legislativo⁷⁴ por el cual se establecía a cambio de su imposible exportación⁷⁵, la igualdad de trato –la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad– en el Estado de residencia. De tal forma que estas prestaciones sólo pueden ser reconocidas y

⁷² «En efecto, por un lado, son asistencia social considerando que "la necesidad constituye un criterio esencial de aplicación y las condiciones de concesión prescinden de cualquier requisito relativo a la acumulación de periodos de actividad profesional o de cotización" por otro lado, se "aproximan a la Seguridad Social, en la medida en que no hay poder discrecional en el procedimiento por el cual se conceden dichas prestaciones, conforme a lo que para ellas está establecido, y en que confieren a sus beneficiarios una posición jurídicamente definida" Considerando 4 de la Exposición de motivos del Reglamento CE/1247/1992.

⁷³ Ver sentencias sobre los asuntos BIASON (241/74), FRILLI (1/72) que dieron lugar a la propuesta de Reglamento COM (85) 396 final (DOCE 1 985 C-240, p.6), que, tras una compleja tramitación, jalonada de pronunciamientos a favor de la exportabilidad –como la dictada sobre los asuntos NEWTON (356/90)– darían lugar a la aprobación del Reglamento CE/1247/92. Sobre este proceso ver VERSCHUEREN, H. «Les prestations spéciales it caractere non contributif et le règlement communautaire 1408/71», Droit Social, nov. 1995. SÁNCHEZ RODAS, Cristina. La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas. Comares. 1997, p. 30.

⁷⁴ TJCE 11-11-14, asunto Dano C-333/13 punto 54. Ver en este sentido LHERNOULD, J.-P. (ed); EICHENHOFER, E.; RENNUIY, N.; VAN OVERMEIREN, F. and WOLLENSCHLÄGER, F. «Assessment of the impact of amendments to the EU Social Security coordination rules to clarify its relationship with Directive 2004/38/EC as regards economically inactive persons» *op. cit.*, p. 259.

⁷⁵ Exclusión expresa del ámbito de aplicación objetivo del artículo 7 del Reglamento de base.

Información Laboral num.7/2015 Aranzadi. parte Art. Doctrinal. BIB 2015/2935.

⁶⁸ Reglamento CE/883/2004 art. 3.5.a)

⁶⁹ Reglamento CE/883/2004 art. 3.2. Sobre la dificultosa delimitación de la asistencia social y la vis atractiva de la que goza la Seguridad Social frente a este tipo de prestaciones de naturaleza controvertida ver CARRASCOSA BERMEJO, D. *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable... op. cit.*, p. 62

⁷⁰ Reglamento CE/883/2004 art. 3.3 y 70

⁷¹ En efecto, la regulación vigente surge del compromiso alcanzado en el mismo.

abonadas por el Estado miembro de residencia habitual, mientras esta se mantenga, pudiendo ser reconocidas en el nuevo Estado de residencia si se prevé tal cobertura en el marco de su legislación. Para su reconocimiento, aparte de la igualdad de trato, el Estado puede totalizar si fuera necesario, los períodos de residencia foráneos que sean necesarios para su reconocimiento⁷⁶. En todo caso, es el Estado de residencia habitual el que las ha de abonar y sufragar en su totalidad de forma exclusiva, al no haberse establecido ningún tipo de reembolso o reparto de su coste.

Para que una prestación sea calificada como especial no contributiva deben concurrir los siguientes requisitos acumulativos. En primer lugar, tiene que tener como finalidad, en lo que aquí interesa, la cobertura sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social a su vez cubiertas por los Reglamentos con el objeto de garantizar a los beneficiarios unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate⁷⁷. En segundo lugar, ha de ser no contributiva, en el sentido que su financiación ha de proceder exclusivamente de la tributación

obligatoria destinada a cubrir el gasto público general. De manera que su reconocimiento y cálculo sea independiente de las cotizaciones realizadas por el solicitante. Pudiendo tener tal naturaleza no contributiva, aunque se destinen a completar precisamente el monto de una prestación contributiva. Por último, han de estar mencionadas en el Anexo X del Reglamento de base⁷⁸. La identificación de este tipo de prestaciones a pesar de la detallada regulación siguió siendo controvertida, como demuestra la necesidad de una interpretación clarificadora por parte de la Comisión Administrativa o los numerosos pronunciamientos posteriores del Tribunal de Justicia, algunos promovidos por la propia Comisión⁷⁹.

La norma de coordinación establece en su ámbito de aplicación el problema de la legislación nacional de Seguridad Social aplicable a la que designa a través de unas normas de conflicto unilaterales, en el sentido de que, como Derecho público prestacional, con carácter general, se prohíbe la recepción del Derecho extranjero en el foro. De tal forma que la designación de la norma nacional, supone la designación simultánea, en su caso, de la administración competente para el abono de las prestaciones e incluso el foro competente⁸⁰. Para los inactivos se abandona la *Lex*

⁷⁶ Además, de acuerdo con lo establecido en los apartados 47 y 48 de la sentencia del TJCE 4-11-97 asunto Snares C-20/96, el Estado de residencia debe considerar las prestaciones debidas con arreglo a la legislación de otros Estados miembros como si hubieran sido concedidas con arreglo a la legislación aplicable, en lo relativo al derecho a las prestaciones complementarias; así como a tener en cuenta una primera declaración de invalidez o de discapacidad en el territorio de otro Estado miembro como una primera declaración en el Estado de residencia. Finalmente, en virtud de esta nueva regulación, el derecho a una prestación no está supeditado al requisito de que el solicitante haya estado sometido con anterioridad a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que pretende disfrutar de la asignación, siendo así que esto era lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento n. 1247/92 (ver sentencia del TJCE 20-6-91 asunto Newton, C-356/89).

⁷⁷ También se entiende que pueden ser prestaciones especiales no contributivas las que únicamente tienen como finalidad la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate (Reglamento CE/883/2004 art. 70.2.a.ii).

⁷⁸ España ha incluido las siguientes prestaciones en tal Anexo: a) Subsidio de garantía de ingresos mínimos. b) Prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo. c) Pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva. d) Las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las CCAA, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de su situación económica y social en las correspondientes CCAA. d) Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.

⁷⁹ Ver declarando que son prestaciones no contributivas comunes TJCE 29-4-04, asunto Skalka C-160/02, 8-3-01, asunto Jauch C-215/99 o 31/5/01 asunto Leclere -43/99. Ver también la sentencia por la que el Tribunal excluye del Anexo ciertas prestaciones mencionadas como especiales no contributivas (TJCE 18-10-07, asunto Comisión vs Parlamento Europeo y Consejo de la UE apoyados por Finlandia, Suecia y Reino Unido C-299/05).

⁸⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D. *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable y vejez en el Reglamento...* op. cit., p. 109 s.

loci laboris y se opta por aplicar la ley de Seguridad Social del lugar de residencia⁸¹. Aunque la identificación del lugar de residencia a los efectos de la normativa de coordinación es muy relevante el Reglamento CE/883/2004 lo define de forma muy vaga como «el lugar en que una persona reside habitualmente», en oposición al término estancia que asimila a residencia temporal⁸². Para su determinación resulta especialmente útil el artículo 11 del Reglamento CE/987/2009 que aporta los siguientes criterios que facilitan su identificación, sin tener unos más peso que otros⁸³: por un lado, la duración y continuidad de su presencia en el territorio de un Estado; por otro lado, la situación personal del interesado. Debiéndose valorar, en el caso de los inactivos, la situación familiar y los lazos familiares, el ejercicio de toda actividad no remunerada, en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos, el alojamiento, en particular su grado de permanencia, el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal. Finalmente, si estos criterios no permiten identificar el Estado de residencia, se considerará decisiva la voluntad del ciudadano, según se desprenda de tales hechos y circunstancias, y en especial las razones que le llevaron a trasladarse⁸⁴.

⁸¹ Al carecer de una norma de conflicto específica como la establecida para trabajadores, funcionarios, pensionistas, a modo de cierre el Reglamento CE/883/2004 art. 11.3.e) establece: *Cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros.*

⁸² Reglamento CE/883/2004 art. 1.j) y k).

⁸³ Debe tenerse en cuenta que, aunque el artículo 11 parece dirigirse a controversias entre Estados miembros, el TJUE en el asunto Mr. I C –oponiéndose a las conclusiones alcanzadas por el Abogado General–, confirmó que servía para dirimir cualquier controversia sobre residencia también entre un sistema y un particular (TJUE 5-6-14, Asunto Mr. I C-255/13). Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. Cross-border healthcare in the EU: Interaction between Directive 2011/24/EU and the Regulations on social security coordination, *op. cit.*

⁸⁴ De acuerdo con la Guía práctica de la Comisión sobre legislación aplicable en la UE el EEE y Suiza de diciembre de 2013 páginas 52 y 53, en el caso de personas inactivas y en

En el marco de la ley nacional aplicable se debe respetar el principio de igualdad de trato «*las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento*»⁸⁵, que se venía considerando la piedra angular de la coordinación⁸⁶.

Para facilitar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma nacional designada el Reglamento establece además un principio general de asimilación en el marco de la legislación aplicable de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos foráneos⁸⁷. Principio que, sin embargo, no pueden distorsionar el sentido de la propia norma de conflicto de aplicación previa⁸⁸. Con la misma finalidad de lograr la cobertura, aunque con un tratamiento *ad-hoc* diverso, los Reglamentos también establecen la totalización de períodos⁸⁹, también de residencia, principio del que, como se señaló, se benefician los inactivos para acceder a las prestaciones especiales no contributivas. Prestaciones que, no obstante, están excluidas de la exportación de prestaciones que sería el último principio básico de la norma de coordinación y que permite el disfrute de prestaciones en un Estado miembro distinto del que las reconoció⁹⁰. Especialmente

pero que se trasladan en solitario a otro Estado en busca de empleo, a residir en casa de un amigo, distingue entre los dos siguientes ejemplos. El primero, que al mantener su domicilio de origen donde vive su familia, la Guía entiende que su residencia se mantiene también en el Estado de origen. En el segundo caso que rescinde su alquiler de origen, se traslada con todas sus pertenencias al país de destino y declara que no tiene intención de volver; la Guía considera que sí cambia su residencia al Estado de destino.

⁸⁵ Reglamento CE/883/2004 art. 4.

⁸⁶ Por todos CORNELISSEN, R. «Les quatre principes de la coordination» *Europe Social* nº 3/1992.

⁸⁷ Reglamento CE/883/2004 art. 5.

⁸⁸ Apdo. 11 de la Exposición de motivos del Reglamento CE/883/2004.

⁸⁹ Reglamento CE/883/2004 art. 6.

⁹⁰ Reglamento CE/883/2004 art. 7.

relevante para los buscadores de empleo puede ser la propia exportación de la prestación de desempleo, siempre sometida a cautelas, pues las diferentes cuantías pueden desincentivar la búsqueda de empleo en Estados con niveles de vida muy inferiores al que reconoció la prestación. En la actualidad la exportación se permite por una duración mínima de 3 meses que puede ser extendida a 6 meses⁹¹. Duración que, como se verá, pretende ser ampliada por la propuesta de reforma de la Comisión.

3. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

El análisis de la jurisprudencia que incide de forma muy importante en la interpretación de la normativa de la UE mencionada en el apartado anterior se realiza en dos bloques separados: el primero relativo a las sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales relativas a prestaciones especiales no contributivas Brey (C-140/12) y Dano (C-333/13), Alimanovic (C-67/14) y García Nieto (C-299/14); y un segundo bloque consagrado al análisis de la sentencia que resuelve el procedimiento de infracción de la Comisión contra el Reino Unido asunto (C-308/14) por la denegación de unas prestaciones familiares no contributivas comunes.

3.1. Denegación de prestaciones especiales no contributivas: las sentencias sobre los asuntos Brey C-140/12, Dano C-333/13, Alimanovic C-67/14, García-Nieto C-299/14

En los epígrafes siguientes se realiza un análisis de las conclusiones principales alcanzadas por el Tribunal de Justicia en los cuatro asuntos mencionados. Los dos primeros –Brey (C-140/12) y Dano (C-333/13)– relativos a personas que se entiende que no buscan su inserción en el mercado de trabajo; los dos se-

gundos se refieren a personas que buscan empleo, los Alimanovic (C-67/14) y García Nieto (C-299/14).

3.1.1. Sentencia del TJUE de 19-9-13 sobre el asunto Brey C-140/12

El cambio de corriente se inicia en esta sentencia cuyo pleito de origen se refiere a un matrimonio alemán que traslada su residencia a Austria, exportando una pensión de invalidez alemana por un importe bruto mensual de 864,74€ y una asignación de dependencia por un importe mensual de 225 €. Al carecer de otro tipo de ingresos (la señora Brey perdió, precisamente por el cambio de residencia, una pensión básica alemana) y tener que pagar un alquiler de 532,29 €/mensuales el Sr. Brey solicitó un suplemento para personas sin recursos. La Seguridad Social austriaca denegó su petición al entender que, pese habersele expedido un certificado de registro en Austria, no era residente temporal legal precisamente por su carencia de recursos suficientes. En efecto, el Derecho nacional austriaco estableció una relación directa entre los requisitos para disfrutar la prestación solicitada y los requisitos para disfrutar del derecho de residencia legal por más de tres meses en Austria.

La cuestión crucial era determinar si un Estado miembro puede exigir a un nacional de otro Estado miembro un requisito de residencia legal temporal para concederle una prestación especial no contributiva, incluida en el ámbito de aplicación objetivo del Reglamento nº 883/2004. Si la respuesta es afirmativa habría que determinar si el derecho de residencia, a su vez, puede supeditarse al requisito de que el interesado disponga de recursos suficientes para no solicitar esa misma prestación.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró a las prestaciones controvertidas de asistencia social a los efectos de la Directiva 2004/38/CE al estar tendentes a garantizar

⁹¹ Reglamento CE/883/2004 art. 61

unos ingresos mínimos de subsistencia, no siendo óbice para tal calificación que fueran prestaciones especiales no contributivas de Seguridad Social y, por tanto, incluidas en el ámbito de aplicación objetivo de los Reglamentos de coordinación⁹². De manera que las prestaciones controvertidas son simultáneamente asistencia social a los efectos de la Directiva y prestaciones especiales no contributivas a los efectos de los Reglamentos que precisamente excluyen de su ámbito objetivo de aplicación la asistencia social. El concepto de asistencia social de la Directiva se refiere a toda ayuda pública a la *«que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado»*.

Siendo ambas normativas aplicables, el Tribunal aclara, en segundo lugar, la cuestión crucial de qué normativa de la UE debe prevalecer ¿la Directiva o los Reglamentos? Estableciendo que la residencia legal de la Directiva –y por tanto el control de recursos suficientes– puede ser exigida por la legislación del Estado miembro de acogida como requisito previo para el reconocimiento de las prestaciones especiales no contributivas de subsistencia incluidas en los Reglamentos. De manera, que un Estado miembro puede denegar las prestaciones de asistencia social a ciudadanos comunitarios inactivos que hayan ejercido su libertad de circulación y estén en su territorio, aunque conceda tales prestaciones a sus propios nacionales.

El argumento central se basa en que el artículo 70, apartado 4, del Reglamento n° 883/2004 tan sólo establece una «norma de conflicto»⁹³ *ad-hoc* para las prestaciones espe-

ciales no contributivas, cuyo objeto consiste en determinar cómo legislación nacional aplicable la de residencia habitual, en cuyo marco podría, de cumplirse los requisitos exigidos, reconocerse este tipo de prestaciones. Considera que el legislador nacional es el único competente para determinar los requisitos de fondo para que exista en su seno un derecho a la prestación especial en metálico no contributiva solicitada. De manera que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas puede estar supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida⁹⁴. Aunque es cierto que las normas de conflicto comunitarias contenidas en los Reglamentos son por definición indirectas –en el sentido de que *«designan a favor del interesado un marco normativo en el que hacer valer sus pretensiones, es decir, señalan un interlocutor sin garantizar los efectos jurídicos que pueden derivarse de tal comunicación»*– y también se caracterizan por la unicidad de ley aplicable o su imperatividad– pues la designada es la única aplicable de forma obligatoria–; también es cierto que todos estos rasgos definitorios han sido *«matizados y exceptuados por el propio legislador comunitario o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»*⁹⁵. Así, por ejemplo, se ha considerado que la norma de conflicto se opone a ciertos requisitos nacionales que dejaban sin efecto tal designación al impedir el aseguramiento a un sistema nacional y en definitiva el acceso a determinada cobertura⁹⁶. Tampoco es neutra la propia elección de una conexión respecto al resultado de protección que se pretende. Así, por ejemplo, la elección de la resi-

foro ver CARRASCOSA BERMEJO, D. *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable...* op. cit., p. 109 s.

⁹⁴ Ver TJUE Brey 19-9-13, C-140/12 apdo. 44.

⁹⁵ Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. *La Coordinación Comunitaria de la...* op. cit., p. 113 s.

⁹⁶ Ver la sentencia del TJCE de 4-10-91 asunto De Paep 196/90 o la sentencia de 3-5-90 sobre el Asunto Kits Van Heijningen C-2/89.

⁹² Ver TJUE Brey 19-9-13, C-140/12 apdo. 61.

⁹³ Sobre el concepto de norma de conflicto, necesariamente unilateral, en el marco de los Reglamentos de coordinación al ser imposible la recepción del Derecho extranjero en el

dencia⁹⁷ respecto a prestaciones especiales no contributivas, a las que se suma la igualdad de trato por razón de la nacionalidad en su seno y la totalización de períodos de residencia habitual en otros Estados miembros, parecen una apuesta segura para la concesión de esta cobertura a los ciudadanos en estado de necesidad. Postura que responde fielmente al pacto ya mencionado previamente, que conllevaba como contraprestación el reconocimiento expreso de la inexportabilidad de este tipo de prestaciones.

A continuación, en tercer lugar, el Tribunal analiza si el requisito consistente en disponer de recursos suficientes para no solicitar el suplemento compensatorio, es conforme al Derecho de la Unión. Para ello, afirma que la inclusión en el ámbito objetivo del Reglamento no puede ser determinante para aplicar la Directiva, pues ambas normas poseen objetivos diferentes. El Tribunal limita el objetivo de los Reglamentos a impedir los efectos negativos que el ejercicio del derecho a la libre circulación pudiera tener sobre los trabajadores olvidando que conforme al primer considerando de la exposición de motivos del Reglamento CE/883/2004 estas normas *«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»*. El Tribunal señala que la Directiva, pretende facilitar y reforzar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Además, la Directiva sí que configura las condiciones de disfrute de ese derecho sometiéndolo respecto de los inactivos a la condición de tratar de evitar que aquellas personas se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por lo que concluye que su derecho de residencia puede estar subordinado a los intereses legítimos de

los Estados miembros, entre los que considera, la protección del erario público⁹⁸.

En cuarto lugar, señala que la solicitud de una prestación de asistencia social *«podría ser un indicio demostrativo de que éste no dispone de recursos suficientes para evitar convertirse en una carga excesiva»*. No hay una conclusión automática al mero hecho de solicitar una prestación asistencial, pues su reconocimiento no siempre implicará necesariamente una carga excesiva para el sistema que la ha de abonar. Esto supone que la Directiva no excluye toda posibilidad de conceder, en el Estado miembro de acogida, prestaciones sociales a los nacionales de otros Estados miembros⁹⁹. El Tribunal obliga a las autoridades del Estado de acogida a realizar una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de esta prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado¹⁰⁰. En concreto debe valorarse: *«la importancia y la regularidad de los ingresos de los que disponía el solicitante, el hecho de que éstos hayan llevado a las citadas autoridades a expedirle un certificado de registro¹⁰¹, así como el período durante el que la prestación solicitada podía abonarse. Por otro lado, para apreciar con mayor precisión la dimensión de la carga que representaría tal abono para el sistema nacional de asistencia social, se consideraba que podía ser pertinente determinar, como alegó la Comisión en la vista, la proporción de beneficiarios de dicha prestación que tienen la condición de ciudadanos de la Unión titulares de una pensión de vejez en otro Estado miembro»*¹⁰². Lo establecido en este último punto no se reiterará en la siguiente sentencia so-

⁹⁸ TJUE Brey 19-9-13, C-140/12 apdo. 55.

⁹⁹ TJUE Brey 19-9-13, C-140/12 apdo. 64 a 72, citando por analogía TJUE 20-9-01 asunto Grzelczyk C-184/99 apdo. 39.

¹⁰⁰ TJUE Brey 19-9-13, C-140/12 apdo. 64.

¹⁰¹ Aspecto que podría ser relevante en el asunto Dano, pues de acuerdo con el 36 de tal sentencia se señalaba que el Ayuntamiento de Leipzig le reconoció a ella y a su hijo un certificado de residentes permanentes como ciudadanos de la UE.

¹⁰² TJUE Brey 19-9-13, C-140/12 apdos. 77 y 78.

⁹⁷ Sobre la inclusión de esta conexión en los años 90 para la cobertura de los inactivos ver CARRASCOSA BERMEJO, D. *La Coordinación Comunitaria...* op. cit., p. 119.

bre el asunto Dano donde el Tribunal, como se verá, se muestra menos prudente y tuitivo desmantelando las cautelas y la obligación de proporcionalidad que se imponía a los Estados miembros.

Dificultades a la movilidad de los pensionistas pobres, seguramente cada vez más numerosos, como consecuencia directa de la bajada salarial sufrida por muchos de ellos en época de crisis¹⁰³, puede ser el resultado de esta sentencia.

3.1.2. *Sentencia del TJUE de 11-11-14 sobre el asunto Dano C-333/13*

La Sra. Dano era una ciudadana rumana con un hijo menor de edad que residía en Alemania en casa de su hermana que les mantenía desde hacía un par de años. Tenía un certificado de residencia permanente como nacional de la UE expedido por el ayuntamiento de Leipizig. La Seguridad Social alemana le concedió sendas prestaciones no contributivas (una por hijo a cargo –por 184 €– y un anticipo de la prestación de alimentos– de 133 €–). El tribunal asumió, de forma algo controvertida, que la Sra. Dano, no buscaba empleo, quedando acreditado que nunca trabajó y carecía de toda cualificación profesional. El pleito de origen versa sobre la denegación de una prestación básica para buscadores de empleo (Arbeitslosengeld II) que le fue denegada reiteradamente por el jobcenter, la Sra. Dano llevó la segunda denegación ante un tribunal social de instancia que planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal en primer lugar, señaló que todo ciudadano de la UE puede alegar el artículo

18 TFUE que impide toda discriminación por razón de la nacionalidad cuando se aplica Derecho de la UE, al referirse a la libertad de circulación y residencia. Derecho que se concreta a estos efectos en la igualdad de trato reconocida en el artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE.

En segundo lugar, el Tribunal recordó, tal y como había señalado en la sentencia Brey, que las prestaciones especiales no contributivas que solicitan personas sin recursos suficientes para cubrir sus necesidades básicas y las de su familia se encuentran incluidas en el concepto de asistencia social que maneja la Directiva.

En tercer lugar, confirmó que las excepciones a la igualdad de trato comprendidas en el apartado segundo del artículo 24 de la Directiva 2004/38/UE no se aplican a la Sra. Dano al llevar más de 3 meses residiendo en Alemania y no haber entrado en dicho Estado miembro con la intención de buscar allí empleo.

En quinto lugar, recordó la exigencia de acreditar que se dispone de recursos suficientes para obtener la residencia temporal legal, concluyendo que admitir la igualdad de trato para recibir prestaciones sociales iría en contra del objetivo de la propia Directiva que pretende evitar que se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. En efecto, la Directiva pretende impedir que los ciudadanos inactivos en residencia temporal utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia.

En sexto lugar, el Tribunal señaló que la desigualdad de trato entre ciudadanos de la UE que deriva de la situación expuesta en el punto anterior la impone la propia Directiva, pues si los Estados miembros tuvieran que conceder a estos colectivos prestaciones no contributivas a ciudadanos inactivos sin recursos suficientes transcurridos los tres primeros meses de estancia, estos cumplirían el requisito mencionado de recursos suficientes por el reconocimiento de estas prestaciones

¹⁰³ Así en el marco de la precariedad vigente, algunas personas han sufrido los contratos denominados «zero hour» británicos o los denominados mini-jobs alemanes, aunque también presentes en otros muchos Estados. Estos trabajadores indigentes o con escasos recursos estuvieron presentes en las negociaciones pre-Brexit con el Reino Unido SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Libertades de Circulación y Derechos de protección ...» *op. cit.*, p. 333

que precisamente garantizan su subsistencia. El Tribunal, como se ha criticado, no valora los recursos del entorno familiar de la Sra. Dano y su hija, aunque asume que precisamente era su hermana la que las mantenía¹⁰⁴.

En séptimo lugar, el Tribunal retoma el argumento esgrimido en el apartado 44 de la Sentencia Brey, establece que la residencia legal, y por tanto el control del requisito de acreditación de recursos suficientes, puede ser exigida por la legislación del Estado miembro de acogida como requisito previo para el reconocimiento de las prestaciones especiales no contributivas de subsistencia. De manera que un Estado miembro puede denegar las prestaciones de asistencia social a ciudadanos comunitarios inactivos que hayan ejercido su libertad de circulación y estén en su territorio, aunque conceda tales prestaciones a sus propios nacionales.

En octavo lugar, el tribunal remitente pregunta sobre el alcance de los artículos 1¹⁰⁵, 20¹⁰⁶ de la Carta de Derechos Fundamentales que, como es sabido, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando aplican Derecho de la Unión Europea según su propio artículo 51. El Tribunal, de nuevo apoyándose en lo dicho en la sentencia Brey, reitera que la regulación de las prestaciones especiales no contributivas contenida en el Reglamento CE/883/2004 art. 70, sólo es una norma de conflicto que establece la competencia de la legislación del Estado de residencia, siendo este el que ha de establecer los requisitos materiales que permiten el reconocimiento de la prestación. En suma, siendo estos requisitos nacionales no establecidos en el Derecho de la UE, el Tribunal no es competente para pronunciarse sobre la Carta y, por tanto, contestar la última cuestión prejudicial.

¹⁰⁴ PÉREZ DEL PRADO, D. «Ciudadanía europea, derechos de libre circulación e igualdad de trato y protección social: tensiones en época de crisis. A propósito de la STJUE de 11-11-14 (Caso Dano)» Revista de Información Laboral, 2014 nº 11.

¹⁰⁵ «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida».

¹⁰⁶ «Todas las personas son iguales ante la ley».

Como se ha puesto de manifiesto, el Tribunal de Justicia reitera en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia sobre el asunto Brey. No obstante, se puede afirmar que se está ante una nueva vuelta de tuerca, por lo que omite en relación al anterior pronunciamiento. En efecto, la sentencia Dano no hace referencia a los elementos correctores que insistían sobre la evaluación caso a caso, valorando las circunstancias concurrentes, y la necesaria proporcionalidad de la medida¹⁰⁷. Se trata de una omisión muy relevante, pues supone que la petición de asistencia social automáticamente convierte al peticionario en una carga para el Estado de acogida.

El objeto de los pleitos es el acceso a la prestación denegada por no cumplir uno de los requisitos de la residencia temporal, sin embargo, nada se dice de las consecuencias para esta última. La lógica parece que el orden del razonamiento tendría que ser el contrario: se deniega la residencia temporal¹⁰⁸ y por tanto no se concede la prestación de asistencia social¹⁰⁹. La propia Comisión en la exposición de motivos de su propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación señala que «*un inactivo comunitario previamente residente legal pero que ya no cumple las exigencias de la Directiva 2004/38/CE debe poder recaer en el principio de igualdad de trato en relación a las prestaciones no contributivas mientras el Estado de acogida no haya puesto formalmente fin a su derecho de residencia*»¹¹⁰.

¹⁰⁷ Se echa en falta una referencia a la sentencia Baumbast C/413/99) o a las matizaciones contenidas en el Considerando 16 de la exposición de motivos de la directiva que, a su vez, recogía la jurisprudencia sobre el asunto Grzelczyk C-184/99. Ver en este sentido LHERNOULD, J.-P. (ed); EICHENHOFER, E.; RENNUI, N.; VAN OVERMEIREN, F. and WOLLENSCHLÄGER, F. «Assessment of the impact of amendments to the EU Social Security coordination rules to clarify its relationship with Directive 2004/38/EC as regards economically inactive persons» *op. cit.*, p. 282.

¹⁰⁸ Directiva 2004/38/CE art. 14.1 y 2.

¹⁰⁹ Directiva 2004/38/CE art. 24.1.

¹¹⁰ COM (2016) 815 final, 2016/0397(COD)

A pesar del tono duro de la sentencia Dano¹¹¹ y seguramente por congruencia, el Tribunal no se pronuncia sobre la situación administrativa final de los afectados, sobre la anulación de los registros de entrada que ambos ostentaban, ni la consecuente imposibilidad de ir acumulando residencia temporal legal hasta llegar a la permanente. Tampoco se pronuncia sobre las posibilidades de expulsión, es cierto que *«los beneficiarios del derecho de residencia no podrán ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por ello, el recurso a la asistencia social no podrá tener por consecuencia automática una medida de expulsión»*¹¹². Pero ¿qué sucede cuando el recurso se deniega? ¿cómo no hay carga excesiva para la asistencia social no hay expulsión? ¿qué pasa cuando no se solicita? Hay que tener en cuenta que ni el Sr. Brey, ni la Sra. Dano están amparados por el supuesto que blindan a los inactivos frente a la expulsión (seguir buscando empleo –nunca lo buscaron– y que tienen posibilidades reales de ser contratados)¹¹³ durante las cuales podrían permanecer sin ayudas de ningún tipo en el Estado de acogida¹¹⁴. En el caso de ambos las dificultades no parecen temporales, habría que valorar el monto de la ayuda, en el contexto de las concedidas, o sus circunstancias personales para decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión. Mientras se decide tal extremo ellos subsisten en un limbo jurídico.

3.1.3. Sentencia del TJUE de 15-9-15 sobre el asunto Alimanovic C-67/14

El asunto Dano consideraba conforme al Derecho de la UE que un Estado miembro denegara una prestación especial no contributiva a una ciudadana de la UE sin residencia temporal legal que, según el Tribunal, se trasladó a otro Estado miembro únicamente para obtener ayuda social (sin voluntad de encontrar empleo). Persistía, por tanto, la duda de que sucedía con los buscadores de un primer empleo o respecto de personas que habiendo trabajado previamente en el Estado de acogida mantenían su condición de trabajadores a los efectos de la Directiva durante ciertos períodos, no pudiendo además ser expulsados por buscar activamente empleo y poseer posibilidades reales de ser contratados. Algo de luz sobre este tema arrojó la sentencia del Tribunal resolviendo de nuevo una cuestión prejudicial «alemana», relativa a una familia de nacionales suecos. La familia Alimanovic conformada por la madre y sus cuatro hijos nacidos en Alemania, también habían recibido un certificado de residencia ilimitada. A diferencia del caso anterior, la madre y la hija mayor trabajaron en empleos de corta duración durante menos de un año hasta mayo de 2011. El pleito versaba sobre el derecho de ambas a las prestaciones de subsistencia para desempleados de larga duración denominadas «Arbeitslosengeld II» cuya percepción fue revocada en mayo de 2012.

En primer lugar, el Tribunal, al igual que en la sentencia Dano, propone considerar que las prestaciones controvertidas (prestaciones especiales no contributivas) eran también asistencia social a los efectos de la Directiva sobre libre circulación. En concreto, aclaró –siguiendo la confusa argumentación del Abogado General–¹¹⁵ que el objetivo principal de

¹¹¹ Destacando el tono de la sentencia y lo que omite respecto el asunto Brey ver el interesante análisis de MOYA DAVID, ¿Pausa o retroceso en las libertades fundamentales de los ciudadanos comunitarios? Circulación, residencia y trabajo en otros estados miembros de la Unión Europea: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea «Dano v. Jobcenter Leipzig» Notes Internationals. CIDOB 105/enero 2015 p. 1.

¹¹² Directiva 2004/38/CE exposición de motivos punto 16 y art. 14.3.

¹¹³ Directiva 2004/38/CE art. 14.4.b).

¹¹⁴ Directiva 2004/38/CE art. 24.2.

¹¹⁵ Ver apartados 62 a 72. El Abogado considera que es un requisito formal que los solicitantes tengan que tener aptitud para trabajar o que en la normativa se consideren prestaciones de ayuda a la inserción profesional, a su modo de ver coincidente con las observaciones presentadas por Alemania, Italia y

la prestación controvertida era garantizar los medios de subsistencia mínimos indiscutiblemente garantizar los medios de subsistencia (respecto alojamiento y calefacción) necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana, rechazando calificarlas por sus objetivos de prestaciones destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo¹¹⁶. Calificación esta última que hubiera impedido considerarlas asistencia social¹¹⁷.

En segundo lugar, el Tribunal aclaró que según la Directiva y la norma de transposición alemana las Sras. Alimanovic ya no eran trabajadoras, pues al haber realizado su actividad profesional por un período inferior a un año, de acuerdo con la norma alemana de implementación, sólo mantenían tal condición durante un período de seis meses como demandantes de empleo inscritas en Alemania¹¹⁸. Sólo durante los mencionados seis meses se mantenía la residencia legal y era obligatorio mantener la igualdad de trato. Desafortunadamente para las Sras. Alimanovic ese período ya había transcurrido cuando la prestación fue revocada.

En tercer lugar, el Tribunal reconocía que tras ese período de seis meses no podían ser expulsadas de Alemania siempre que acreditaran que seguían buscando empleo en Alemania y tenían posibilidades de ser contratadas allí¹¹⁹. Sin embargo, como ya se señaló en este trabajo, a un ciudadano comunitario que sólo posee derecho a permanecer en un Estado miembro por tal motivo, la legislación del

Estado de acogida, como hacía la norma alemana, podía excluir la igualdad de trato y por tanto denegar el acceso a las prestaciones de asistencia social¹²⁰.

En cuarto lugar, la sentencia señala que, a diferencia de lo establecido en la sentencia Brey, no es preciso que Alemania haga una evaluación individualizada de las Sras. Alimanovic para determinar si se han convertido en una carga excesiva para la asistencia social durante su residencia. El Tribunal entiende que en este caso es la propia Directiva la que está tomando en consideración los diferentes factores que caracterizan la situación individual del solicitante de una prestación social, al tener en cuenta, por ejemplo, la duración de su actividad profesional previa. Así cuando limita la igualdad de trato a los seis meses mencionados, permite «*garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el contexto de la concesión de prestaciones de asistencia social del seguro básico, a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad*»¹²¹. Además, en lo que respecta al examen individual dirigido a una apreciación global de la carga que representaría la concesión de una prestación en el conjunto del sistema nacional de asistencia social (Directiva 2004/38/CE art. 14.1), el Tribunal señala que una sola prestación difícilmente podrá ser considerada una «carga excesiva», sin embargo, esto sí puede suceder si se suman todas las solicitudes individuales que se hubieran presentado. De esta forma el Tribunal desoye las Conclusiones del Abogado General Wathelet que consideraba que no cabía la exclusión automática de la cobertura en el supuesto de las Sras. Alimanovic. El Tribunal no les da la oportunidad de demostrar la existencia de un vínculo real con el Estado de acogida. Tampoco, como pretendía el Abogado General, se realiza una valoración de factores como: la escolaridad regular de los hijos menores y su derecho a la enseñanza, la búsqueda efectiva y real de empleo, el haber desempeñado trabajos en el

Suecia, la función preponderante de las prestaciones, es indiscutiblemente garantizar los medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana, lo que las convierte en mera asistencia social.

¹¹⁶ Como las recogidas en las sentencias ya mencionadas sobre los asuntos Vatsouras C-22/08 y Koupatantze C-23/08.

¹¹⁷ TJUE 15-9-15 asunto Alimanovic C-67/14 apdo. 44-46.

¹¹⁸ Ver Directiva 2004/38/CE art. 7.3.c). Como se recordará según esta norma se mantiene por un período mínimo de 6 meses la condición de trabajador si el ciudadano comunitario se hubiera inscrito como desempleado por finalización de un contrato temporal inferior a un año o por haber quedado en paro involuntario durante los primeros 12 meses.

¹¹⁹ Directiva 2004/38/CE art. 14.4.b).

¹²⁰ Directiva 2004/38/CE art. 24.2.

¹²¹ TJUE 15-9-15, asunto Alimanovic C-67/14 apdo 61.

pasado o incluso haber encontrado un nuevo empleo tras la solicitud de la prestación.

La sentencia Alimanovic se podría entender como un triunfo de la seguridad jurídica y la transparencia, los Estados miembros ya tienen claras las reglas de juego y pueden dejar sin cobertura a ciudadanos comunitarios automáticamente cuando han transcurrido determinados períodos¹²². No obstante, el precio es alto y lo pagan los ciudadanos inactivos de la UE sin recursos con la pérdida de sus derechos, pues no hay que olvidar que la situación de necesidad de la Sra. Alimanovic no desaparece con esta sentencia, sólo queda sin cobertura.

Las consecuencias jurídicas son evidentes y relevantes, por lo que no extraña que se alzasen voces, tras Alimanovic denunciando que el «*el Tribunal de justicia había cambiado drásticamente el significado legal de la ciudadanía comunitaria sin aportar una justificación jurídica sólida.*»¹²³ Se trata de un cambio de paradigma, los ciudadanos inactivos de otros Estados miembros mientras buscan empleo no pueden ser expulsados¹²⁴, pero no reciben la cobertura asistencial, aunque estén en la misma situación de necesidad que los ciudadanos del Estados de acogida. En ocasiones serán expulsados de facto, pues sin recursos sólo les quedará volver a su estado de origen que es el único que no les puede denegar su cobertura asistencial. «Que cada palo aguante su vela», no existe solidaridad comunitaria ni siquiera con los buscadores de empleo. El Tribunal aplica literalmente la Directiva, protege a los Estados miembros y sus finanzas abstraéndose de la situación de los buscadores de empleo comunitarios afectados. Estos quedan

en una especie de limbo, denegándoseles prestaciones que debe tenerse presente que tienen por objeto permitir una vida acorde con la dignidad humana y que van destinadas a la cobertura de necesidades básicas¹²⁵.

Finalmente, hay que subrayar que la respuesta sería bien diferente si hubieran trabajado un mes más, pues la condición de trabajador se hubiera mantenido indefinidamente en lugar de diluirse a los seis meses (Directiva 2004/38/CE art. 7.3.b). En efecto, la igualdad de trato se mantendría sin límite temporal y hubieran obtenido la cobertura asistencial solicitada. Demasiada diferencia por un mes más de trabajo¹²⁶.

3.1.4. *El asunto García Nieto*

Este asunto versaba sobre la Sra. García Nieto de nacionalidad española que se trasladó a Alemania con su hija menor de edad, tras un tiempo inscrita como demandante de empleo, consiguió un empleo como ayudante de cocina percibiendo un salario neto de 600€. Meses más tarde se reunió con ella el Sr. Peña, su pareja de hecho no registrada, padre de la hija de la Sra. García y de otro niño menor de edad. La pareja recibió prestaciones familiares por ambos niños que estaban escolarizados en Alemania. La familia solicitó las mismas prestaciones especiales no contributivas sobre las que se pronunció el Tribunal en el asunto Alimanovic, y que fueron calificadas como prestaciones asistenciales de subsistencia al amparo de la Directiva al no estar destinada a facilitar el acceso al mercado de trabajo. Estas prestaciones sólo se reconocieron al Sr. Peña transcurridos los tres primeros meses iniciales de estancia en el territorio alemán, considerando que el solicitante no era trabajador.

¹²² KRAMER, D. «Had they only worked one month longer! An analysis of the Alimanovic case (2015) C-67/14» <http://europeanlawblog.eu/?p=2913>.

¹²³ BARBONE, G. «Dano and Alimanovic- the end of a Social European Union» <https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=1012#.WFc1jebhA2w>.

¹²⁴ Ver sentencias dictadas en el marco normativo previo a la Directiva 2004/38/CE, principalmente TJCE 7-9-04 sobre el Asunto Trojani C-456/02 ya mencionada en este trabajo.

¹²⁵ Ver apartados 69 y 70 de las Conclusiones del Abogado General en el Asunto Dano C-313/13 dictadas el 20-5-14.

¹²⁶ *Op. cit.*, KRAMER, D. «Had they only worked one month longer! An analysis...»

El Tribunal recuerda, en primer lugar, que durante los tres primeros meses tiene derecho a residir en Alemania sin más formalidad que poseer un documento de identidad o pasaporte válido. No se controla si posee cobertura médica o medios de subsistencia suficientes para no recaer en la asistencia social. En este contexto, la Directiva permitiría que Alemania no concediera el derecho a prestaciones de asistencia social durante los tres primeros meses¹²⁷. De hecho, con carácter general, la residencia se puede mantener mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida¹²⁸.

En segundo lugar, el Tribunal aclara que, conforme a la Directiva 2004/38/CE, un Estado miembro debe considerar la situación particular de la persona interesada cuando se disponga a adoptar una medida de expulsión o a declarar que dicha persona genera una carga excesiva para el sistema nacional de Seguridad Social a lo largo de su residencia¹²⁹. Sin embargo, tal examen individual no es preciso en el caso concreto, pues si no era exigible en el caso de Alimanovic referido a un ciudadano comunitario que busca trabajo y que ya no tiene la condición de trabajador, menos se puede imponer (*a fortiori*) a quienes se encuentren en la situación del Sr. Peña, mero buscador de empleo en los tres primeros meses de estancia, en un Estado que usó la prerrogativa de no conceder asistencia social en ese período tal y como permitía la Directiva en su artículo 24.2. En suma, es legítimo que Alemania pueda denegarle la asistencia social solicitada en el período mencionado. El propio Tribunal defiende que esta solución, al permitir a los interesados conocer sin ambigüedad sus derechos y sus obligaciones, proporciona seguridad jurídica y transparencia a la concesión de prestaciones de asistencia social del

seguro básico, a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad.

3.2. Denegación de prestaciones no contributivas comunes: la sentencia de 14-6-2016 Comisión contra el Reino Unido C-308/14

En el año 2008, la Comisión solicitó aclaración al Reino Unido en relación a las numerosas quejas recibidas de nacionales de otros Estados miembros residentes en dicho Estado que denunciaban que las autoridades británicas les denegaban ciertas prestaciones sociales alegando que no tenían derecho de residencia conforme a la Directiva. El Reino Unido contestó a esta primera petición, y a posteriores requerimientos más formales, argumentando básicamente que los inactivos no podían convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida y que la exigencia de residencia legal no era discriminatoria, pues era una medida proporcionada para garantizar que las prestaciones se abonaran a personas suficientemente integradas en el Reino Unido.

En 2011, la Comisión, disconforme con las explicaciones recibidas, decidió plantear finalmente un recurso, aunque circunscrito a unos complementos familiares (*child benefit*) y al crédito fiscal por hijo a cargo (*child tax credit*), dejando fuera del mismo ciertas prestaciones especiales no contributivas, considerando la doctrina Brey, que también habían sido objeto de las protestas. En suma, la polémica versaba sobre unas prestaciones familiares no contributivas ordinarias incluidas en el ámbito objetivo de los Reglamentos de coordinación¹³⁰, que no podían ser consideradas asistencia social, y que se beneficiaban plenamente del principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad establecido en el artículo 4 del Reglamento CE/883/2004.

¹²⁷ Directiva 2004/38/CE art. 24.2.

¹²⁸ Directiva 2004/38/CE art. 14.1.

¹²⁹ Sentencia Brey, C140/12, EU:C:2013:565, apartados 64, 69 y 78.

¹³⁰ TJUE 14-6-2016 Comisión contra el Reino Unido C-308/14 apdos. 54 a 61.

El Tribunal desestimó el recurso de la Comisión a la que impuso el abono de las costas, con base en los siguientes argumentos que siguen fielmente el camino marcado por las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón:

En primer lugar, el Tribunal rebate el argumento principal de la Comisión que consideraba que la exigencia británica de residencia legal se superponía al requisito de residencia habitual establecido en el artículo 11.3.e) del Reglamento CE/883/2004 imponiendo un requisito adicional no previsto en la norma de coordinación. Para ello el Tribunal vuelve reafirmarse en el carácter indirecto de la norma de conflicto contenida en dicho artículo que sólo establece respecto de los inactivos la competencia de la legislación del Estado de residencia habitual para el reconocimiento de prestaciones familiares. La función de la norma comunitaria es evitar que haya conflictos positivos o negativos de normas aplicables, siendo competencia de la norma nacional designada determinar los requisitos materiales para que nazca el derecho efectivo a las prestaciones de Seguridad Social en el marco de la norma designada que es la única competente para su fijación.

En segundo lugar, señala, de acuerdo con el famoso apartado 44 de la sentencia Brey, repetido en todas las sentencias comentadas, que el reconocimiento de prestaciones sociales a ciudadanos de la UE inactivos puede estar supeditada a la exigencia de que éstos cumplan, a su vez, los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida. Se trata de una afirmación que se podría considerar fuera de contexto, pues, como es sabido, la Sentencia Brey se refería a prestaciones especiales no contributivas consideradas, a su vez, asistencia social, circunstancia que no concurre en este caso relativo a prestaciones de Seguridad Social en beneficio de menores. Máxime si se considera que ninguna de las cautelas impuestas a los Estados en esa misma sentencia se reiteran

en este pronunciamiento¹³¹, tal y como sucedió en Dano.

Entiende, no obstante, en tercer lugar, que la exigencia de residencia legal es una discriminación indirecta que puede afectar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales británicos, pues implica el riesgo de perjudicar más específicamente a los primeros¹³². No admitiendo, como alegaba la Comisión, que se tratara de una discriminación directa, pues el requisito de residencia legal solo era aplicable a los extranjeros, ya que los británicos residentes en Reino Unido lo cumplían automáticamente¹³³. El carácter directo de la discriminación también fue defendido por la doctrina considerando la sentencia Grzelczyk C-184/99, y que el test de residencia asociado al requisito de ser trabajadores solo se aplicaba a los nacionales de otros Estados de la UE, no a los británicos¹³⁴. En tal pronunciamiento, sin calificarlo de directa o indirecta, se señaló, que se trataba de «una discriminación basada únicamente en la nacionalidad» cuando la negativa de conceder a un estudiante francés una prestación no contributiva belga se basaba únicamente en la carencia de la nacionalidad belga¹³⁵.

En cuarto lugar, al tratarse de una discriminación indirecta la exigencia de residencia legal puede estar justificada al ser adecuada para garantizar la consecución de un objetivo legítimo sin ir más allá de lo que es necesario para alcanzarlo.

¹³¹ En este sentido O'BRIEN CharLOTte. «Don't think of the children! CJEU approves automatic exclusion from family benefits in case C-308/14 Commission v. UK» EU Law Analysis <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/06/dont-think-of-children-cjeu-approves.html>.

¹³² Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2010, Bressol y otros, C73/08, EU:C:2010:181, apartado 41. De manera que no admite la argumentación de la Comisión.

¹³³ Conclusiones del Abogado General al asunto Bressol y otros C73/08, EU:C:2010:181 apdo 64 y s.

¹³⁴ O'BRIEN CharLOTte. «Don't think of the children! CJEU... op. cit.

¹³⁵ Apdo. 29 de la sentencia del TJCE 20-9-01 sobre el asunto Grzelczyk C-184/99.

- a) El Tribunal admite como objetivo legítimo la necesidad de salvaguardar las finanzas del Reino Unido especialmente en relación a inactivos comunitarios, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado. La justificación aceptada es criticable, no sólo porque se trata de una afirmación no contrastada con ninguna cifra o dato que le otorgue verosimilitud; sino también porque el Tribunal en estos casos debe realizar una interpretación restrictiva de las mismas, pues no en vano se trata de una obstaculización a la libertad fundamental de circulación. Previamente el Tribunal había sido mucho más estricto rechazando como justificación «el elevado coste que supondría impedir la discriminación indirecta»¹³⁶ de hecho esta justificación sólo podría valorarse cuando existiese un riesgo tal en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social aplicable que se convirtiese en una causa imperativa de interés general¹³⁷. ¿Se había llegado a ese punto en Reino Unido?
- b) En relación con la proporcionalidad del criterio del derecho de residencia legal, el Tribunal no valora la idoneidad del sistema empleado o la posibilidad de utilizar métodos menos gravosos para no sobrecargar las finanzas del Reino Unido garantizando que las prestaciones se abonan a personas suficientemente integradas en el Reino Unido. Por el contrario, señala que el artículo 14.2 de la Directiva establece que tal residencia legal se mantiene mientras se cumplan las condiciones a las que se supedita, permitiéndose la comprobación de su concurrencia en casos especí-

ficos, cuando existan dudas razonables; sin que tal comprobación pueda tener carácter sistemático. El Tribunal señala que de las observaciones formuladas por el Reino Unido resulta que sólo en casos específicos se requiere a los solicitantes de prestaciones que aporten prueba de que gozan efectivamente del derecho de residencia regular, tal y como declararon en los formularios de solicitud. A su modo de ver, no se trata de una comprobación sistemática, pues sólo se lleva a cabo en caso de duda. El Tribunal considera que la Comisión no ha demostrado, como le concernía en un procedimiento de infracción, que la comprobación por las autoridades nacionales a la que se ha hecho referencia no se atiene al requisito de proporcionalidad, que no es adecuada para garantizar la consecución del objetivo de salvaguardia de las finanzas públicas y que no más allá de lo que es necesario para alcanzar ese objetivo. La afirmación es polémica, pues la doctrina consideró que sí existen controles sistemáticos como el propio Gobierno británico expresó en sus presupuestos para 2014¹³⁸.

Las consecuencias de este pronunciamiento, muy conectado en el tiempo con la presión ejercida por el referéndum sobre el Brexit, son tan relevantes, como desalentadoras para la libre circulación de los inactivos y la pretensión de igualdad de trato por razón de la nacionalidad que avalan los Reglamentos de coordinación. Cualquier Estado puede supeditar el

¹³⁶ Apdo. 32 TJCE 21-9-00 asunto Borowitz C-124/99 o TJCE 28-4-98 sobre el asunto Decker C-120/95.

¹³⁷ Apdo 39 del TJCE 28-4-98 sobre el asunto Decker C-120/95, en ese sentido CARRASCOA.

¹³⁸ Como bien señala O'BRIEN Charlotte. «Don't think of the children! CJEU ...», *op. cit.*, el Gobierno británico en sus presupuestos para 2014 ya anunciaba estos controles respecto de todas las peticiones de este tipo de prestaciones «*These restrictions will be augmented by additional HMRC compliance checks to improve detection of when EEA migrants cease to be entitled to these benefits. The checks will apply to all EEA migrant claims*» p. 49.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/295067/PU1638_policy_costings_bud_2014_with_correction_slip.pdf

reconocimiento de sus prestaciones de Seguridad Social no contributivas, asociada a control de ingresos, a un requisito de residencia legal, lo que impediría su reconocimiento durante la residencia legal temporal. ¿No se podrían articular otras medidas menos agresivas (con los derechos de los ciudadanos que ejercieron su derecho fundamental a la libre circulación) para proteger las finanzas de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros?¹³⁹

4. EL POSIBLE IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA EN ESPAÑA

En las líneas siguientes vamos a intentar vislumbrar algunas posibles consecuencias de la jurisprudencia en España, considerando la transposición de la Directiva en otros Estados miembros y en nuestro país.

Por un lado, respecto del desplazamiento de inactivos españoles a otros Estados miembros, está claro que, en muchos casos, de haberse aprovechado las restricciones que la Directiva permite, no tendrán derecho a la cobertura asistencial, tampoco a la no contributiva especial o común, durante los tres primeros meses. A partir de ahí y mientras estén en residencia temporal, si los Estados miembros exigen residencia legal para la cobertura no tendrán acceso a la asistencia social, ni a las prestaciones no contributivas asociadas a un estado de necesidad. La ausencia de residencia temporal legal, por otro lado, les impedirá alcanzar la residencia permanente para recuperar la igualdad de trato por razón de la nacionalidad. Los migrantes tienen que ser conscientes que solicitar la asistencia social en el Estado de acogida puede destapar la caja de Pandora y cuestionar la legalidad de su situación administrativa. En la actualidad, constatada la exigencia de residencia legal, ningún sentido tiene su solicitud, pues está asegurada la denegación de la cobertura.

Es cierto que si el objetivo es la búsqueda de empleo no podrán ser expulsados mientras mantengan tal actividad y tengan oportunidades reales de contratación. Sin embargo, durante esos períodos sólo tendrían derecho a la cobertura destinada en los Estados miembros de acogida a la inserción laboral. Los Estados miembros que no deseen ofrecer esta cobertura, sólo tienen que configurar su sistema nacional como un sistema netamente asistencial donde prime la asignación de recursos de subsistencia a personas sin recursos. La realidad es que los trabajadores españoles no podrán contar con una red foránea de asistencia social que les proteja hasta que encuentren en empleo.

También han de ser conscientes de que si trabajaron en el Estado de acogida tal vez puedan mantener tal condición si cumplen alguna de las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38/CE art. 7.3. De acuerdo con el Tribunal de Justicia esta disposición no contiene un listado exhaustivo de supuestos, habiéndose admitido también situaciones como la expuesta en este trabajo de parada temporal de actividad relacionada con la maternidad¹⁴⁰. Si está claro que si trabajaron por un período superior a un año, mantendrán la condición de trabajadores *sine die* y no podrán ser expulsados mientras busquen empleo activamente y tengan genuinas oportunidades de ser contratados. Como trabajadores no se les exige el cumplimiento de los requisitos de recursos mínimos propio de los inactivos y podrían tener cobertura asistencial. Sin embargo, si trabajaron por un período inferior al año hay que recordar que los Estados miembros están autorizados por la Directiva a limitar el mantenimiento de tal condición por un mínimo de 6 meses, tal y como sucedió en *Alimanovic*.

Aunque la jurisprudencia analizada no se refería a la asistencia sanitaria (así sucedía en los asuntos *Brey*, *Dano*, *Alimanovic* o *García Nieto* –que parecen referidos a ciudadanos pobres pero sanos– no puede descartarse

¹³⁹ En este sentido FILLON, J.-C., «Droit des citoyens européens inactifs aux prestations familiales: droit de séjour et égalité de traitement» RJS 10/16 p. 664.

¹⁴⁰ Ver supra Punto 1.1.2 TJUE 19-6-14, Asunto *Saint Prix* C-507/12.

algunas consecuencias jurídicas respecto de la asistencia sanitaria derivadas de la última sentencia comentada (Comisión contra Reino Unido), pues la asistencia sanitaria puede ser una prestación no contributiva de Seguridad Social que exija residencia legal para su reconocimiento. En este caso, no es descartable que la cobertura sanitaria se deniegue en el Estado de residencia temporal, pues uno de los requisitos para su legalidad será contar con un seguro médico omnicomprendido que lógicamente pretende impedir que los residentes temporales recaigan en la asistencia sanitaria de destino. No se ha de acreditar en estos casos que se trate de una carga para la asistencia social, la consecuencia es automática y está referida a una prestación de Seguridad Social. De esta manera, los inactivos españoles que se trasladaran a otro Estado miembro, podrían no tener derecho a la cobertura sanitaria en el Estado de destino, ni durante los tres primeros meses iniciales (en los que, no obstante, podría beneficiarse de la Tarjeta sanitaria española), ni tampoco durante la estancia temporal, al poderseles exigir la tenencia de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida. El mantenimiento de la asistencia nacional española «exportada» cuando se funda en la mera residencia, tampoco resulta infinito, pues decae el propio derecho a los tres meses de su salida de España por imperativo legal¹⁴¹. España en su deseo de controlar este gasto sanitario no expide a este colectivo una tarjeta sanitaria europea sino un certificado provisional por el tiempo exacto de salida que no puede superar los tres meses. Hay que tener en cuenta que una vez vuelve, el ciudadano español obtiene de

nuevo, como residente legal, el derecho de asistencia sanitaria en el territorio español, previa solicitud, pero no parece que se ponga el contador a cero respecto de una nueva exportación. Se trata de una cuestión controvertida que España a la luz de la nueva jurisprudencia podría sostener, entre otras razones, como defensa de sus finanzas públicas ¿se ha de exportar infinitamente la asistencia sanitaria basada en la mera residencia? ¿ha de pagar España la factura sanitaria de ciudadanos españoles buscando empleo en otro Estado miembro?

Hay que destacar, no obstante, que el problema del aseguramiento no afecta a quienes exporten prestaciones o sus propias pensiones como sucedía en el asunto Brey. En este último caso, España debe emitir un documento portátil S1 y se hará cargo del gasto sanitario de su pensionista y tal y como exija el Estado de destino reembolsará el gasto sanitario por cuota global o por gasto real¹⁴².

Mirando la otra cara de la moneda, los inactivos comunitarios que llegan a España, en primer lugar, conviene subrayar la inexistencia de una prestación de Seguridad Social de subsistencia que se reconozca por la mera residencia en España, tipo la controvertida en el asunto Dano. Tampoco existe una prestación de inserción laboral totalmente desconectada de un trabajo previo, el desempleo asistencial en muchos casos subsidiario de una cobertura contributiva o exige unos períodos de cotización mínimos. De manera que las administraciones españolas sólo podrán denegar, en ese sentido de cobertura por subsistencia, las prestaciones asistenciales, salarios de inserción locales o de CCAA. Sí existen en cambio prestaciones no contributivas especiales como las de invalidez y vejez que se supeditan a la residencia legal y que, a tenor de la última jurisprudencia, no

¹⁴¹ Ver RDLeg 8/2015 art. 51.2 «A efectos del mantenimiento del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, o a los complementos por mínimos, para cuya percepción se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que estas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia del territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a efectos de las prestaciones y subsidios por desempleo, será de aplicación lo que determine su normativa específica».

¹⁴² Para una exposición detallada sobre la cobertura proporcionada por los Reglamentos ver CARRASCOSA BERMEJO, D. y TRILLO GARCÍA, A.R. «Cobertura sanitaria y reembolso en el marco de los Reglamentos de coordinación» en VVAA (CARRASCOSA BERMEJO, D. dir) *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*. Ed. Francis Lefebvre. Col Claves Prácticas. Madrid. 2014.

tendrían que reconocerse por la Administración española durante la residencia temporal.

En segundo lugar, conviene puntualizar la anterior afirmación, recordando que la transposición de los requisitos a la residencia temporal de recursos suficientes y seguro médico no se incorporaron a nuestra normativa hasta 2012. De manera que como premisa habría que distinguir entre: los que a esa fecha ya debieran considerarse residentes permanentes, que se beneficiarían de la total igualdad de trato y podrían pedir tales prestaciones especiales no contributivas de invalidez o vejez, en su caso totalizando períodos de residencia foráneos; de aquellos otros que se encontraban todavía en residencia temporal en 2012 y a los que se les podría denegar dichas pensiones en la actualidad, mientras no se convirtieran en residentes permanentes.

En tercer lugar, llaman la atención algunas cuestiones derivadas de la transposición española de la Directiva 2004/38/CE en el RD 240/2007. Como se señaló, España no ha recogido la afirmación genérica del artículo 14 de la Directiva por el que se supedita toda residencia en España a que los ciudadanos no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social española. Tampoco ha hecho uso de las limitaciones a la igualdad de trato permitidas por la propia Directiva 2004/38/CE en su artículo 24.2: ni durante los tres primeros meses, ni tampoco respecto del período durante el que no es posible expulsar a un ciudadano comunitario que acredita que sigue buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratado. Tampoco ha puesto límite temporal al mantenimiento de la condición de trabajador de quien estuvo en activo en España durante un período inferior a un año tal y como permitía la Directiva en su artículo 7.3.c). Considerando el tenor de la transposición española se podría afirmar:

- a) Que de existir en España una prestación de subsistencia, a diferencia de lo que se resolvió en el asunto García Nieto en Alemania, esta se debería reconocer a los inactivos que llegaran a nuestro país

durante los tres primeros meses. Esto debería al menos ser considerado por los partidos que abogan por la creación de prestaciones de Seguridad Social de rentas mínimas, para dimensionar su coste, pues deberían abonarse no sólo a los nacionales españoles, entre ellos sus votantes, sino también a los ciudadanos de otros Estados miembros.

- b) Que quien trabajó en España menos de un año, podría alegar la conservación de la condición de trabajador indefinidamente (no sólo 6 meses como la Sra. Alimanovic) y no podría exigírsele como a los inactivos los requisitos de recursos mínimos y seguro médico propios. Así, se podrían producir algunas situaciones reseñables, por ejemplo, el caso de un ciudadano comunitario que trabajó en los dos meses previos a cumplir 65 años, que conservaría su condición de trabajador y podría tener derecho a la pensión no contributiva de jubilación, si es necesario totalizando los períodos de residencia foráneos.

En cuarto lugar, y respecto de la asistencia sanitaria no contributiva española, a la que tienen derecho los residentes legales en España inactivos, con independencia de sus recursos (desde la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016), se podrían apuntar lo siguiente:

- a) Durante la residencia temporal el acceso a la asistencia sanitaria parece vedado, pues la exigencia de un seguro médico es la garantía de que los ciudadanos inactivos no van a recaer en el sistema sanitario del Estado de acogida. Así, en principio, el acceso a una tarjeta sanitaria española, solo se expediría a los pensionistas con un documento portable S1 que garantiza que el Estado miembro que lo emitió abonará la cuota global mensual española, así como a los que decidieran abonar su cobertura mediante suscripción de un convenio especial.

b) No obstante, la anterior conclusión podría cuestionarse, pues es difícil de mantener que ciudadanos de la UE no asegurados en ningún Estado miembro no sean tratados en nuestro sistema sanitario al menos de la misma forma que los extracomunitarios en situación administrativa irregular. No nos estamos refiriendo únicamente a los casos legalmente previstos (urgencia, embarazo, parto, postparto; la cobertura completa de los menores)¹⁴³, también se alude a los casos en los que algunas CCAA –pese a la constitucionalidad de la normativa nacional que excluyó su cobertura (TCo 139/2016)– continúan otorgando cobertura completa a los empadronados en su territorio. Es cierto que, de acuerdo con el RD 1192/2012 disp. adic. 2ª, el artículo 3 ter de la Ley 16/2003 no se aplica a los nacionales de la UE, a los que obliga a permanecer en su propio marco normativo «comunitario»; enfatizándose incluso que durante una estancia temporal inferior a 3 meses no podrían ser considerados extranjeros en situación irregular. Sin embargo, tal normativa no parece conforme con el Derecho de la UE, pues en buena lógica resulta poco defendible que un nacional de la UE cuente con menos derechos que un extracomunitario en situación irregular (LO 4/2000 art. 1.3 y RD 240/2007 disp. final 4ª.2).

5. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN PARA LA MODIFICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN COM (2016) 815 FINAL, 2016/0397 (COD)

La Comisión, asumiendo la jurisprudencia comentada en este trabajo y principalmente

¹⁴³ Ver tales derechos de los extracomunitarios en Ley 16/2003 art. 3 ter.

su derrota en el procedimiento de infracción contra Reino Unido, presentó el 13-12-2016 una propuesta de modificación de los Reglamentos de coordinación, con la intención de lograr claridad, transparencia y seguridad jurídica. Para ello modifica el artículo cuatro del Reglamento CE/883/2004 donde se recoge el principio de igualdad de trato y establece respecto del acceso a las prestaciones de Seguridad Social de los inactivos que la aplicación de tal principio puede supeditarse en el Derecho nacional aplicable, el de residencia habitual, al requisito de que se acredite residencia legal tal y como la establece la Directiva 2004/38/CE. Esta excepción no se refiere a los buscadores de empleo que disfrutaban del derecho de residencia en calidad de trabajadores (TFUE art. 45) de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁴⁴.

De prosperar esta inclusión los sistemas nacionales, cada legislación, decidirá exigir la residencia legal que se convierte en premisa de la propia aplicación de la igualdad de trato por razón de la nacionalidad en el marco del ámbito objetivo de aplicación de los Reglamentos.

La propuesta de reforma también refuerza el derecho a la exportación a la prestación por desempleo nacional mientras se busca trabajo en otro Estado miembro. De un mínimo de 3 meses se pasaría a un mínimo de 6 meses que podría ampliarse hasta la extinción de la propia prestación¹⁴⁵. Como es fácil adivinar se pretende que los buscadores de empleo no pierdan los recursos nacionales y no recaigan en la asistencia social o en la Seguridad Social del Estado de destino.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

Todas las sentencias comentadas suponen menos Europa y menos libre circulación

¹⁴⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia sobre los asuntos Antonissen C-282/89 y Alimanovic C-67/14 apdo. 57.

¹⁴⁵ COM (2016) 815 final, 2016/0397 (COD) página 29. Propuesta de modificación artículo 61 del Rgto. CE/883/2004.

de los ciudadanos de la Unión Europea. Sin embargo, el mantenimiento de una Europa conformada por Estados que compartan un mercado único y, en muchos casos, hasta la moneda no puede hacerse a espaldas de la ciudadanía azotada por la crisis y a la espera de respuestas. Las distorsiones que las crisis nacionales provocan pueden suavizarse con el movimiento de ciudadanos, de trabajadores. Las sentencias comentadas retiran la red de solidaridad nacional que pudiera permitir convertir a ciudadanos comunitarios en trabajadores. Parecen olvidar que *«la libre circulación de los ciudadanos de la UE estimula el crecimiento económico al permitirles viajar, estudiar y trabajar en otros países y al posibilitar a los empresarios tener acceso a un mayor número de candidatos con talento. Habida cuenta de los importantes desequilibrios en los mercados de trabajo de Europa y de la disminución de la población en edad laboral, la movilidad de los trabajadores contribuye a abordar los desajustes entre capacidades y empleos»*¹⁴⁶. Aunque la movilidad no es la panacea y se ha demostrado insuficiente como elemento de estabilización¹⁴⁷, conviene preservarla. Tal vez, *lege ferenda*, haya que pensar también en una renta mínima europea asociada a los niveles de vida de los Estados miembros, financiada por la UE y controlada por los ayuntamientos que

sí perciben a los ciudadanos comunitarios como votantes. Opción que al menos resultaría saludable al alejar del ámbito nacional el debate sobre el modelo de solidaridad social y financiero¹⁴⁸ que se desea. En este sentido puede ser útil el propio Fondo Social Europeo que en su programación 2014-2020 ya asigna al menos el 20 % de sus recursos a la inserción social con el objetivo de que personas en dificultades o pertenecientes a grupos desfavorecidos reciban más apoyo, con el fin de que puedan integrarse en la sociedad en igualdad de oportunidades.

La ruptura del derecho a la igualdad de trato entre nacionales de la UE en el acceso a las prestaciones no contributivas y asistenciales, ha roto el espejismo de una ciudadanía comunitaria incipiente y nos devuelve a la lógica contributiva del mercado interior. Ahora toca asumir la situación, aclarar las reglas de juego, aunque sea como intenta la Comisión con su propuesta de modificación de los Reglamentos, y decidir entre todos si se quiere apostar por más Europa o mantener el *status quo*. La construcción del proyecto de la Unión Europea está en juego, los niños son el futuro y por el momento el Tribunal de Justicia, en su sentencia Comisión-Reino Unido, les ha fallado, permitiendo que no reciban la misma cobertura que los nacionales del Estado de acogida. Los ciudadanos deben advertir muy claramente las ventajas de pertenecer a la Unión Europea. No puede tratarse tan sólo de un mercado grande, de una gran cena a la que los ciudadanos no están invitados.

¹⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25-11-2013, «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas claves COM (2013) 837 final p. 2

¹⁴⁷ Algunos economistas proponen intervenir con elementos de estabilización adicionales, como podría ser la creación de una prestación de desempleo netamente comunitaria (el EUBS) que conviviría con las nacionales. Recogiendo este debate doctrinal ver Miroslav Beblavý, Gabriele Marconi and Ilaria Maselli «A European Unemployment Benefit Scheme. The rationale and the challenges ahead» CEPS Special Report Septiembre 2015 <https://www.ceps.eu/publications/european-unemployment-benefits-scheme-rationale-and-challenges-ahead>

Sobre la implementación legal del proyecto EUBS ver COUCHEIR, M. (ed) «The Legal and Operational Feasibility of a European Unemployment Benefits Scheme at the National Level» CEPS Special Report September 2016. <https://www.ceps.eu/system/files/SR145%20on%20EUBS%20Legal%20%26%20operational%20Feasibility%20by%20Coucheir%20et%20al.pdf>

¹⁴⁸ Este debate «sobre el modelo de solidaridad social y financiera» es el que está en el trasfondo de esta jurisprudencia, de la política comunitaria SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a Y. «Derecho de residencia y protección social...» *op. cit.*, p. 312

RESUMEN

Este artículo muestra, el impacto de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia dictadas sobre los asuntos Brey C-140/12, Dano C-333/13, Alimanovic C-67/14, García-Nieto C-299/14 y Comisión contra el Reino Unido C-308/14. Todas ellas interpretando el marco normativo de acceso a prestaciones asociadas a la carencia de recursos por parte de ciudadanos inactivos nacionales de la UE que ejercen su derecho a la libre circulación (tanto la Directiva 2004/38/CE y su implementación, como los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social, los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia acepta el requisito de residencia legal para acceder a las prestaciones especiales no contributivas (asistencia social a los efectos de la Directiva), e incluso a las no contributivas comunes, pudiendo estar incluida, entre estas últimas, la asistencia sanitaria. El artículo analiza en concreto su impacto en España tanto para los ciudadanos inactivos españoles que se desplazan a otro Estado miembro como respecto a los inactivos de otros Estados miembros de la UE que lleguen a España. El artículo termina con la propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación planteada por la Comisión Europea como reacción a esta jurisprudencia. Finalmente se aportan algunas conclusiones y propuestas.

Palabras clave: Asistencia social, ventaja social, prestaciones especiales no contributivas, residencia legal, residencia habitual, carga razonable, residencia temporal, asuntos Brey C-140/12, Dano C-333/13, Alimanovic C-67/14, García-Nieto C-299/14, Comisión contra el Reino Unido C-308/14, (COM (2016) 815 final, 2016/0397 (COD), Directiva 2004/38/CE, Reglamentos de coordinación, Reglamento CE/883/2004, Reglamento CE/987/2009, recursos suficientes, seguro de enfermedad, prestaciones familiares, asistencia sanitaria, inactivos, ciudadanos inactivos, activos, trabajadores, ciudadanos nacionales de la UE.

ABSTRACT

This article focuses on the impact of the recent EU-case law on cases Brey C-140/12, Dano C-333/13, Alimanovic C-67/14, García-Nieto C-299/14 and *Comisión vs UK C-308/14*, regarding the access of inactive EU citizens to special non-contributory benefits (considered social assistance) and «common» non-contributory family benefits in another Member State. This work analyses the new interpretation of the legal framework (Directive 2004/38/EC and its implementation and Regulations coordinating social security (Regulations 883/2004/EC and Regulation EC/987/2009), with a special emphasis on the impact on inactive Spanish nationals abroad and the rights of EU nationals in Spain. The article refers to the Commission proposal to amend the mentioned Regulations as a result of this case-law. Finally, it includes some conclusions and proposals.

Key words: Social assistance, social advantage, special non-contributive benefits, non-contributive family benefits, legal residence, habitual residence, reasonable burden, temporary residence, permanent residence, cases Brey C-140/12, Dano C-333/13, Alimanovic C-67/14, García-Nieto C-299/14, *Comisión vs UK C-308/14*, (COM (2016) 815 final, 2016/0397 (COD), Directive 2004/38/EC, Regulations coordinating social security, Regulation EC/883/2004, Regulation EC/987/2009, sufficient resources, inactive persons, active persons, workers, EU citizens, healthcare insurance, healthcare benefit.

El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal

Temporary public employment in the light of Directive 1999/70/EC and the Spanish law

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS*

1. INTRODUCCIÓN

El empleo al servicio de los poderes públicos constituye una de las características más relevantes de los Estados contemporáneos y en gran medida es indicativo de su desarrollo y prosperidad. En España alrededor de un 18% del empleo es público; en algunos países de la Unión Europea incluso es superior: en Suecia casi el 30% y en Francia alrededor del 22% es empleo público; aunque en otros, como Alemania, no pasa del 11% (los datos y la evolución para el período 2007 a 2013 en Montesinos, Pérez y Ramos, 2014). En España el empleo público alcanzaba en enero de 2016 las 2.519.280 personas y años antes había llegado a superar los tres millones de personas. En ámbitos como el de la enseñanza o la sanidad el público re-

presenta más de la mitad de todo el empleo en estos sectores (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2016).

El acceso y el ejercicio del empleo público así como su control suelen estar muy regulados hasta el punto de tener relevancia constitucional y quedar sometidos a los más distintos controles, políticos, administrativos y judiciales, con el fin de garantizar el acceso de los más capacitados. Por eso la Constitución consagra en su artículo 23.2 el derecho fundamental de los ciudadanos de «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». El artículo 103.3 establece los principios que deben inspirar la legislación reguladora al prever: «La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

La integración de España a las Comunidades Europeas en 1986 no debería suponer, en

* Universidad Rey Juan Carlos. Este artículo se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER) La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y concedido a un equipo encabezado desde la Universidad de Santiago de Compostela.

principio, una alteración del régimen del empleo público. De hecho, en el propio Tratado de Roma de 1957 se había previsto expresamente una excepción en el ámbito de la libre circulación de trabajadores conforme a la cual: «Las disposiciones del presente artículo no será aplicables a los empleos en la administración pública» (vigente artículo 45.4 TFUE). Sin embargo, los desarrollos constitucionales y legislativos europeos y, de manera especial, la interpretación del Tribunal de Justicia han determinado que los efectos de la integración europea sean sustanciales en el empleo público.

Por una parte, al empleo público se le aplica, salvo en contadas excepciones, la libre circulación de trabajadores de manera que no caben discriminaciones por razón de la nacionalidad. Por otra parte, la legislación social europea, inspirada en un principio constitutivo de la integración europea como es la igualdad retributiva de trabajadores masculinos y femeninos (artículo 119 Tratado CEE; actualmente, artículo 157 TFUE), se ha extendido y armonizado en ámbitos como la igualdad entre mujeres y hombres, frente al abuso del empleo temporal o contra cualesquiera otras discriminaciones en el ámbito laboral y se aplica a todo tipo de trabajadores sean públicos o privados.

La realización del mercado interior europeo y la interpretación del Tribunal de Justicia de las libertades económicas y de la armonización de las legislaciones sociales nacionales han modificado esta situación inicial hasta el punto de que la transformación más intensa que está experimentando en estos momentos el régimen de los empleados públicos en España es consecuencia de la aplicación del Derecho europeo. Y este cambio se produce no solo en el acceso al empleo público (abierto en una gran medida a los ciudadanos de otros países de la Unión) sino, de manera especial, en la regulación de los derechos de los empleados públicos, que van desde el reconocimiento de trienios, los derechos a las vacaciones o en cuanto se refiere a la misma extinción del vínculo del empleado con la Administración.

Ahora bien, la introducción de estos nuevos principios ha encontrado importantes resistencias del legislador español que, por lo general, se han superado a golpe de sentencias del Tribunal de Justicia, bien como consecuencia de recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea contra España bien como resultado de numerosas cuestiones prejudiciales remitidas por los tribunales españoles, de la jurisdicción social y contencioso-administrativa, tanto de primera instancia, de apelación como del propio Tribunal Supremo (ORDÓÑEZ SOLÍS, 2012 y 2013). Esta jurisprudencia europea aplicada por los tribunales españoles requeriría, no obstante, una adaptación legislativa que no siempre es fácil en España dado el reparto de competencias del legislador estatal y autonómico pero que sería más respetuosa con las obligaciones europeas y produciría una mayor seguridad jurídica que la resolución caso por caso.

Esta revolución en el empleo público se produce de manera transversal considerando casi siempre la jurisprudencia europea que es irrelevante la naturaleza de la relación de servicio, sea funcionarial, estatutaria, laboral o incluso eventual o de designación política, de que se trate. En efecto, es la simple consideración del empleado público como “trabajador” lo que permite, por ejemplo, que las Directivas de política social produzcan sus efectos en todos o prácticamente todos los empleados públicos.

Limitaré mi análisis a la Directiva 1999/70/CE que aplica el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada en la medida en que resulta un ejemplo significativo de los problemas que plantea la aplicación de este tipo de normas europeas en la Unión Europea y en España¹. En mi examen procuraré hacer un repaso de la jurisprudencia más significativa con un interés especial en las senten-

¹ 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 (DOCE n° L 175, de 10 de julio de 1999, p. 43).

cias del Tribunal de Justicia provocadas desde España, por lo general por los jueces españoles mediante la cuestión prejudicial.

La Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada contiene una regulación que ha desplegado, en manos de los jueces, una potencialidad extraordinaria, debido, en gran medida, a que el empleo en general y el empleo público en particular son un ámbito abonado para el abuso por el empleador. De hecho, más del 20% del empleo público en España es temporal y es, con diferencia, el tipo de empleo público más afectado en los últimos años de crisis económica, situación que resulta especialmente angustiosa en los ámbitos más significativos del empleo público en España: la sanidad y la enseñanza (MONTESINOS, PÉREZ y RAMOS, 2014:15).

Los asuntos de los que ha conocido el Tribunal de Justicia provienen, sustancialmente, de países como Grecia (*sentencias Adeneler y Angelidaki o autos Vassilakis y Koukou*), Italia (*sentencias Marrosu y Sardino, Vasallo, Valenza, Mascolo o Fiamingo*), España (*sentencias Del Cerro Alonso, Rosado Santana, Márquez Samohano, Pérez López, Martínez Andrés o de Diego Porras y autos León Medialdea y Álvarez Santirso*) y, en menor medida, de Francia (*sentencia Huet*), Irlanda (*sentencia Impact*) o Alemania (*sentencia Küçük*).

Las cuestiones prejudiciales procedentes de estos países están muy vinculadas a su tradición burocrática, a la aplicación no siempre sería del principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, desde luego, a la crisis económica².

Me propongo analizar, en primer lugar, los desarrollos jurisprudenciales de la Directiva en lo que se refiere a sus principios básicos y el efecto directo de algunas de sus disposicio-

nes; y a continuación abordaré las dos cuestiones más relevantes en su aplicación: por una parte, la prohibición de no discriminar a los trabajadores temporales respecto del trato prestado a los trabajadores fijos, lo cual tiene importantes efectos en lo que se refiere a la *retribución* (trienios por antigüedad, sexenios por formación o la carrera profesional), la *promoción profesional*, la indemnización por cese de la relación temporal o incluso la *excedencia* de los empleados públicos temporales; y, por otra parte, las medidas exigidas por la Directiva para luchar contra el abuso de la contratación temporal, también aplicables a los poderes públicos, que tiene consecuencias en cuanto se refiere al cese de la relación entre los empleados y los poderes públicos: la conversión del contrato temporal en contrato indefinido no fijo o la más que probable vía indemnizatoria.

2. LA FINALIDAD Y EL ALCANCE DE LA DIRECTIVA SOBRE CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

La Directiva que aplica el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada tiene dos finalidades claras: equiparar en la medida de lo posible y siempre que no esté justificada la distinción a los empleados temporales con los fijos y luchar contra el abuso en la utilización de los contratos temporales. El Tribunal de Justicia ha reseñado el valor social de la estabilidad y la finalidad protectora de la Directiva.

Por una parte, la jurisprudencia ha subrayado que «la estabilidad del empleo constituye un factor importante para la protección de los trabajadores» (*sentencia Mangold*, apartado 64; *sentencia Adeneler*, apartado 62).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha captado, como señalaba la *sentencia Mascolo*, esta finalidad de la Directiva: «en concreto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada,

² Sobre los efectos de la crisis económica en los empleados públicos temporales, véase TC (Pleno), sentencia nº 71/2016, de 14 de abril de 2016, ES:TC:2016:71, ponente: Xiol Ríos (inconstitucionalidad de la Ley canaria de reducción de jornada del personal interino).

considerados fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados» (apartado 72).

La Directiva 1999/70 se aplica al empleo público y le resulta indiferente el tipo de relación de servicio o laboral que mantengan sus empleados con las administraciones. En determinados supuestos se ha planteado ante el Tribunal de Justicia, por ejemplo en la *sentencia Sibilio*, si es aplicable a relaciones que no son propiamente laborales. En el caso concreto se trataba del denominado trabajador civilmente útil vinculado a un ayuntamiento italiano. Pues bien, en este caso el Tribunal de Justicia considera que el concepto de trabajador a los efectos de esta Directiva debe deducirse de cada una de las legislaciones y prácticas nacionales. Esta interpretación está en sintonía con la propia Directiva que permite, previa consulta con los interlocutores sociales, prever que el Acuerdo no se aplique a las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje ni a los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes público.

Por una parte, el Tribunal de Justicia explica, en su *sentencia Adeneler*, que la Directiva y el Acuerdo marco se aplican igualmente a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público (apartado 54).

Por otra parte, es indiferente cuál sea la modalidad de relación con la administración: funcionario, personal estatutario, personal laboral o incluso del personal político de confianza, que, a los efectos de aplicar la Directiva, se equipara a los empleados públicos, bien es verdad que en situaciones que, aun cuando se hayan generalizado, no pueden considerarse sino una desnaturalización del sistema (MONTROYA MELGAR, 2011).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia inadmitirá cualquier intento de cuestionar las diferencias que en las legislaciones nacionales se establecen entre funcionarios y laborales.

La aplicación de la Directiva tanto al empleo público como al privado no cuestiona la aplicación de principios y tratamientos diferenciados entre los empleados públicos y los empleados privados; en cambio, constituye una limitación de los poderes de disposición de los poderes públicos respecto de sus empleados. De hecho, los obstáculos a la aplicación de la Directiva tienen en ocasiones origen constitucional y, en realidad, la Directiva tiene un núcleo de obligaciones bien determinado que gira en torno a la no discriminación injustificada entre fijos y temporales, la lucha contra el abuso en el contratación temporal y, en fin, la prohibición de la regresión de las normas nacionales de protección en este ámbito.

2.1. Los obstáculos constitucionales a la aplicación de la Directiva en Grecia e Italia

En dos países como Grecia e Italia se ha planteado el problema de la consagración constitucional de reglas relativas al acceso a la función pública que desconocen las obligaciones de la Directiva. El Tribunal de Justicia, sin embargo, no ha tenido ninguna duda en reconocer la aplicación prioritaria de la Directiva.

Por lo que se refiere a Grecia, el artículo 103.8 de la Constitución griega entró en vigor el 17 de abril de 2001, es decir, cuando ya se había publicado y entrado en vigor la Directiva 1999/70, aunque antes de que terminase su plazo de transposición el 10 de julio de 2002³.

³ El artículo 103 de la Constitución griega dispone: «2. Nadie podrá ser nombrado funcionario en un puesto de plantilla no establecido por Ley. Excepcionalmente, una Ley especial podrá determinar que se atiendan necesidades imprevistas y urgentes con personal contratado por tiempo determinado en régimen de Derecho privado [...] 8. La Ley determinará las condiciones y la duración de la relación laboral de Derecho privado en la Administración y en el sector público en sentido

Ahora bien, el Tribunal de Justicia en su *sentencia Angelidaki* considera que la modificación constitucional griega, con el fin de prohibir terminantemente, en el sector público la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, no impide que la Directiva produzca efectos jurídicos frente a las autoridades.

En cuanto al Derecho italiano, el obstáculo para aplicar la Directiva reside en el artículo 97 de la Constitución italiana conforme al cual: «Se accederá a los empleos de las administraciones públicas mediante oposición, salvo los casos que la ley establezca».

El Tribunal de Justicia ha tratado de imponer la aplicación de la Directiva en las *sentencias Valenza, Mascolo, Fiamingo, Marrosu y Sardino*, y *Vassallo*.

Por ejemplo, la *sentencia Valenza* responde al Consejo de Estado italiano sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE en relación con la Autoridad de Defensa de la Competencia al excluir por completo la toma en consideración de períodos de servicio prestados por un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada en un organismo público para determinar la antigüedad de aquél con ocasión de su contratación por tiempo indefinido por este mismo organismo en calidad de funcionario de carrera en el marco de un procedimiento específico de estabilización de su relación de servicio.

La Autoridad Italiana de la Competencia se negaba a tener en cuenta, a efectos de la determinación de su antigüedad en el momento de ser contratadas por tiempo indefinido,

amplio, tal y como se define en la Ley caso por caso, para cubrir o bien puestos de plantilla además de los previstos en el primer párrafo del apartado 3, o bien necesidades transitorias o imprevistas y urgentes, conforme al segundo párrafo del apartado 2. La Ley determinará asimismo las funciones que puede ejercer el personal del párrafo anterior. Se prohíbe titularizar por ley al personal mencionado en el primer párrafo o transformar sus contratos en contratos por tiempo indefinido. Las prohibiciones de este párrafo rigen también para las personas empleadas mediante contrato de obra».

en el marco de un procedimiento específico de estabilización de su relación laboral, como funcionarias de carrera, los períodos de servicio prestados con anterioridad en este mismo organismo autónomo mediante contratos de trabajo de duración determinada.

El Tribunal de Justicia recuerda «la facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros en relación con la organización de sus propias Administraciones públicas, en principio éstos pueden, sin infringir la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo marco, establecer los requisitos para el acceso a condición de funcionarios de carrera y las condiciones de trabajo de tales funcionarios, en particular cuando éstos prestaban anteriormente servicios para las mencionadas Administraciones mediante contratos de trabajo de duración determinada» (apartado 57).

Sin embargo, la exclusión de la antigüedad determina la contradicción del proceso de estabilización con la Directiva. El Tribunal de Justicia no admite que el intento de no discriminar inversamente a los empleados que accedieron mediante oposición justifique la inaplicación de la Directiva.

Así pues, las diferencias establecidas de los empleados públicos entre funcionarios, personal estatutario, personal laboral e incluso personal de confianza son minimizadas por la jurisprudencia europea en aras de una aplicación uniforme de la Directiva que protege frente a los abusos contra el personal temporal. Por tanto, la Directiva exige una revisión y una reinterpretación de las regulaciones aplicadas en España a los empleados públicos: el Estatuto Básico del Empleado Público, el Estatuto Marco del Personal Sanitario y el Estatuto de los Trabajadores.

La transposición debe hacerse mediante cambios legislativos expresos y solo subsidiariamente intervienen los jueces nacionales aplicando el principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el objeto y la finalidad de la Directiva y, en último término, cabría exigir la responsabilidad pa-

rimonial por violación de la Directiva siempre que se cumplan los presupuestos de la jurisprudencia *Franovich y Brasserie du pêcheur-Factortame*.

2.2. Las exigencias básicas de la Directiva: igualdad, lucha contra el abuso y no regresión

Son, básicamente, tres los aspectos relevantes para aplicar la Directiva: la igualdad entre empleados fijos y temporales, la lucha contra el abuso en la contratación temporal y la exigencia de no regresión en los derechos fundamentales.

En primer lugar, la cláusula 4.1 del Acuerdo marco que aplica la Directiva exige la igualdad de trato entre los trabajadores con un contrato de duración determinada y los trabajadores fijos «por lo que respecta a las condiciones de trabajo» y «a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

Como el Tribunal de Justicia ha reconocido el efecto directo, por ejemplo en la *sentencia Impact* (apartado 80), si se llega a la conclusión de que hay discriminación la solución es anular o dejar de aplicar la legislación nacional y obrar en consecuencia para restablecer la igualdad.

En segundo lugar, la cláusula 5.1 del Acuerdo marco que aplica la Directiva establece la obligación de los Estados miembros de introducir, para prevenir los abusos por la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y de acuerdo con las necesidades de los distintos sectores y categorías de los trabajadores, una o varias de medidas legales. El Acuerdo se refiere concretamente a estas tres medidas protectoras vinculadas a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos; a la duración máxima total de los sucesivos contratos; y al número de renovaciones.

Dado que, como ha explicado el Tribunal de Justicia en la *sentencia Impact* (apartado

80), esta cláusula 5 del Acuerdo no tiene efecto directo para el caso de no transposición o de incorrecta incorporación en los Derechos nacionales, se plantean graves problemas de aplicación porque en el caso concreto corresponde elegir al juez nacional, de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, la solución más apropiada.

En tercer lugar, la Directiva impide la regresión de los derechos en lo que se refiere a la protección en materia de trabajo de duración determinada. A tal efecto, el artículo 8.3 de la Directiva prevé que «la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores».

El Tribunal de Justicia considera que la «reducción» a que se refiere debe ser examinada en relación con el nivel general de protección que era aplicable en cada Estado miembro tanto a los trabajadores que hubieran celebrado contratos de trabajo de duración determinada sucesivos como a los trabajadores que hubieran celebrado un primer o único contrato de duración determinada.

En este sentido la *sentencia Mangold*, referida a una legislación alemana para el fomento de la contratación de trabajadores mayores de 58 años, señala «una reducción del nivel de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de los contratos de duración determinada no está prohibida, como tal, por el Acuerdo marco cuando no guarda ninguna relación con la aplicación de éste» (apartado 52).

Asimismo, la *sentencia Sorge* considera que no constituyen una «reducción» del nivel general de protección de los trabajadores con contrato de duración determinada, la legislación italiana aplicable al caso en la medida en que afectaba a un grupo reducido de trabajadores que habían celebrado un contrato de trabajo de duración determinada y se veían compensadas por la adopción de otras garantías o protecciones.

Ahora bien, como señala el propio Tribunal de Justicia, la cláusula 8.3 del Acuerdo no tiene efecto directo por lo que no corresponde al tribunal nacional, en el supuesto de que declare la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión, excluir la aplicación de dicha norma, sino interpretarla, en la medida de lo posible, de manera conforme con la Directiva 1999/70 y con la finalidad perseguida por el Acuerdo marco.

En el caso de España, la Directiva fue objeto de transposición en materia de Derecho laboral a través de una Ley de 2001⁴, sin embargo ni siquiera formalmente se ha intentado la transposición en lo que se refiere a los funcionarios ni al personal estatutario de salud (ALDOMÀ BUIXADÉ, 2015). En todo caso, la jurisprudencia europea pone de manifiesto que la transposición en España o no existe o es errónea.

2.3. La aplicación de la Directiva: efecto directo, interpretación conforme y derecho de indemnización

El Tribunal de Justicia exige que se interprete el Derecho nacional de conformidad con la Directiva y, para el caso de que haya una contradicción entre lo dispuesto por ella y el Derecho nacional, operaría el régimen de responsabilidad por violación del Derecho de la Unión.

Así, en la *sentencia Angelidaki* se explica el principio de interpretación conforme de acuerdo con el cual: «al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue».

Y para el caso de que no quepa tal interpretación conforme, el Tribunal de Justicia

recuerda la obligación de reparar los daños causados a los particulares de conformidad con la *jurisprudencia Francovich* (COBREROS MENDAZONA, 2015 y 2016).

En el *auto Vassilakis* el Tribunal de Justicia repite la jurisprudencia conforme a la cual y para los casos, como ocurría en el Derecho griego, no prevean, en el sector del que se trata, otras medidas efectivas para evitar y en su caso sancionar la utilización abusiva de contratos sucesivos de duración determinada, sería contrario a la Directiva la Constitución y la legislación griegas que prohíben de forma absoluta, únicamente en el sector público, transformar en un contrato de trabajo de duración indefinida una serie de contratos de trabajo de duración determinada, que, por haber tenido como objeto atender a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador, deben ser considerados abusivos. Ahora bien, la aplicación, mediante el mecanismo de la interpretación conforme, de la solución más apropiada corresponde al juez nacional (apartado 123).

En la *sentencia Mascolo* el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la existencia de medidas de sanción de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. A tal efecto explica que la legislación italiana excluye todo derecho a la indemnización del perjuicio causado por la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector de la enseñanza.

Así pues, el Tribunal de Justicia considera que es contraria a la Directiva la legislación italiana que autoriza, a la espera de que concluyan los procesos selectivos para la contratación de personal titular de las escuelas de titularidad estatal, la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para cubrir plazas vacantes de docentes y de personal administrativo y de servicios, sin indicar plazos concretos para la conclusión de estos procesos selectivos y excluyendo toda posibilidad para estos docentes y para dicho personal de obtener la indemnización del perjuicio causado, en su caso, por tal renovación.

⁴ Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001).

3. LA EQUIPARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS FIJOS Y TEMPORALES

La Directiva prohíbe el trato diferenciado en las condiciones de trabajo de los que tengan un contrato de duración determinado y de los fijos comparables, a menos que se justifique por razones objetivas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido examinando los distintos casos en los que han quedado afectadas las condiciones de trabajo, en especial la retribución, más bien algunos complementos retributivos como el de antigüedad, por formación o la carrera profesional, así como la valoración de la experiencia obtenida como personal temporal o, en fin, algunas cuestiones que están pendientes de enjuiciamiento, como la excedencia del personal temporal.

En todos estos aspectos ha habido jurisprudencia europea provocada por las deficiencias en la legislación española, que poco a poco y a golpe de sentencia se ha ido adaptando a las exigencias de la Directiva. En un caso, especialmente pintoresco, el legislador autonómico el que ha tenido que recordar alguna jurisprudencia menor que hacía caso omiso de la jurisprudencia europea.

3.1. El reconocimiento de complementos retributivos de los empleados públicos fijos y temporales (trienios, sexenios y carrera profesional)

Vinculados a los complementos retributivos, el Tribunal de Justicia ha examinado los distintos supuestos en que se habían consagrado diferencias incompatibles con la Directiva: la antigüedad o trienios, el complemento de formación o sexenios, la carrera profesional y, en fin, la antigüedad del personal eventual o de designación política.

El premio a la fidelidad al empleador se traduce salarialmente en un complemento de

antigüedad. Desde el punto de vista teórico resulta contradictorio referirse a la antigüedad del personal temporal; pero la realidad social nos dice que en muchos casos después de años y años, la misma persona sigue cubriendo interinamente un puesto de empleado público.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige que exista un reconocimiento de los trienios de todos los empleados públicos porque de otro modo se consagraría una discriminación debida de manera injustificada al carácter temporal de la relación. En cambio, el Tribunal de Justicia no exige una equiparación entre la cuantía de este complemento retributivo de las distintas categorías: funcionarios, estatutario, laboral o eventual.

El derecho a los trienios de todos los empleados públicos ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia en la *sentencia del Cerro Alonso*, la *sentencia Gavieiro* y en el *auto Montoya Medina*. En España y desde 2007 el Estatuto Básico del Empleado Público consagró el principio de igualdad por lo que «los funcionarios interinos percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes». No obstante, dejó sin resolver la cuestión de los períodos anteriores, es decir, desde la fecha en que la Directiva tenía que haber sido transpuesta por España.

La *sentencia del Cerro Alonso* constituye una respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social de San Sebastián en relación con una auxiliar administrativa con un nombramiento como personal estatutario temporal con más de doce años de antigüedad en diversos hospitales del Sistema Vasco de Salud. Después de haber superado las pruebas de selección como miembro del «personal fijo de plantilla» solicitó que se le reconocieran los doce años de servicio prestados con anterioridad.

El Tribunal de Justicia considera que la Directiva 1999/70 se aplica a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Adminis-

tración y demás entidades del sector público (apartado 25).

Y a continuación explica que el objeto de la Directiva «es no sólo establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada sino también mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respecto del principio de no discriminación» (apartado 26).

En este caso, el Tribunal de Justicia cuestiona si el concepto de «condiciones de trabajo» a que se refiere la cláusula 4.1 del Acuerdo marco debe ser interpretado en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión como la controvertida en el procedimiento principal dirigida a que se asigne a un trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el Derecho español únicamente a los trabajadores con contrato de duración indefinida.

El Tribunal de Justicia concluye que la Directiva se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinado y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador» (apartado 59).

La *sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres / Xunta de Galicia* tiene su origen en sendas preguntas del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra que planteaban si estaba justificada la diferencia de los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos en cuanto a la percepción de los trienios. Se trataba de dos profesoras que había trabajado como interinas durante más de nueve años cada una.

La primera cuestión la resuelve el Tribunal de Justicia subrayando que una diferencia de trato en las condiciones de trabajo

entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos no puede justificarse por la duración misma de la relación laboral de manera general y abstracta. Admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia supondría, a juicio del Tribunal de Justicia, un menoscabo de la finalidad de la Directiva y en lugar de mejorar la calidad del trabajo temporal y promover la igualdad de trato mantendrían una situación desfavorable para los trabajadores temporales.

Esto lleva al Tribunal de Justicia a responder que un complemento salarial por antigüedad es una condición de trabajo y está incluido en la cláusula 4.1 del Acuerdo marco, de manera que los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada pueden oponerse a un trato que, en relación con el pago de dicho complemento y sin ninguna justificación objetiva, es menos favorable que el trato dispensado a los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable. La naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva, en el sentido de esta cláusula del Acuerdo marco.

Y por si hubiese dudas el Tribunal de Justicia también responde que tal exigencia de la Directiva es «incondicional y suficientemente precisa para que los funcionarios interinos puedan invocarla frente al Estado ante un tribunal nacional para que se les reconozca el derecho a los complementos salariales, como los trienios controvertidos correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al Derecho interno del Estado miembro de que se trate, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional en materia de prescripción».

Por último, el *auto Montoya Medina* aplica, a instancias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la discriminación entre personal laboral de las universidades públicas.

A juicio del Tribunal de Justicia, es contraria a la Directiva 1999/70/CE la normativa española que reserva, sin ninguna justificación objetiva, el derecho a percibir un complemento salarial por antigüedad únicamente a los profesores contratados doctores, excluyendo a los profesores ayudantes doctores, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.

En cambio, la equiparación de cuantías entre los distintos tipos de empleado público no es una cuestión vinculada al Derecho de la Unión. De hecho, el Tribunal de Justicia en virtud del *auto Rivas Montes* inadmite una cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba que pretendía saber si, a la hora de determinar la antigüedad, podía establecerse un régimen de cálculo distinto para el personal funcionario (se computarían todos los periodos en las distintas administraciones) y para el personal laboral (solo se computarían si las interrupciones entre los contratos no afectan a la unidad esencial del vínculo laboral) de las Administraciones españolas. En este caso, a la Sra. Rivas, una auxiliar administrativo laboral del Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, no se le habían computado periodos de trabajo anteriores por estar interrumpida la relación laboral más de 20 meses.

A juicio del Tribunal de Justicia la cuestión planteada está fuera del ámbito de aplicación del principio de igualdad consagrado en el Derecho de la Unión porque la diferencia de trato no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, en cuyo caso se aplicaría la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, sino en su carácter funcional o laboral. Esta última diferenciación, como señala el Tribunal de Justicia, no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio,

sino en la naturaleza jurídica de la relación que tales empleados mantienen con la Administración.

Casi en los mismos términos se plantea ante el Tribunal de Justicia la cuestión del incentivo salarial a la formación de los empleados públicos que tiene sentido aplicarlo a los empleados fijos pero en menor medida se justificaría en el caso de los temporales.

Ahora bien, cuando un porcentaje importante del empleo público, por ejemplo en sectores como la sanidad o la educación, es temporal, es muy probable que los contratos temporales duren largos periodos o incluso algunos empleados que hayan empezado su vida laboral como interinos podrían jubilarse con la misma condición.

Por tanto y en estos casos se aplica la misma doctrina jurisprudencial al reconocimiento del complemento salarial por formación de los empleados públicos, especialmente en el ámbito de la enseñanza pública, los denominados en el sector educativo español *sexenios*.

El *auto Lorenzo Martínez* lo pronunció el Tribunal de Justicia en respuesta a una petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Valladolid en un litigio que enfrentaba a María Jesús Lorenzo Martínez con la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León. La reclamación pretendía el abono de los sexenios que le correspondían en función del número de años de servicio prestados y por la formación recibida como funcionaria interina.

El Tribunal de Justicia concluye que la Directiva se opone a la normativa española que reservaba, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.

Probablemente la inercia y la incuria han determinado la rebelión de algún Tribunal Superior de Justicia a la hora de aplicar esta jurisprudencia que, finalmente, ha sido sofocada contundentemente por el Tribunal Constitucional. Un Juzgado de lo Contencioso-administrativo había reconocido el derecho a los sexenios del personal docente en Madrid; sin embargo, en apelación la Sala del Tribunal Superior de Justicia revocó esta sentencia. Finalmente y el Tribunal Constitucional, constituido excepcionalmente en pleno, decide otorgar el amparo y anular la decisión de apelación porque «la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto Cilfit, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso»; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE)»⁵.

Por lo que se refiere a la carrera profesional, el personal temporal pretende, de la misma manera que ocurrió con el cobro de los trienios, equipararse con los empleados públicos fijos en la percepción del incentivo de la carrera profesional.

El *auto Álvarez Santirso* responde una cuestión prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo que preguntaba si era conforme con la Directiva la Ley asturiana 6/2009 de evaluación de la función pública docente y sus incentivos que exige, para poder ser incluido en el Plan de evaluación (y por ende percibir los incentivos económicos ligados a ello), tener la condición de funcionario de carrera lo que, por tanto, excluye a los funcionarios interinos. Se trata

de un profesor interino de enseñanza secundaria con más de 16 años de antigüedad al que se le negó participar en el plan de evaluación docente abierto únicamente a los funcionarios de carrera con al menos cinco años de antigüedad.

En sus razonamientos el Tribunal de Justicia no duda de que es contraria a la Directiva la reserva a los funcionarios de carrera la participación en el plan de evaluación de la función docente y el incentivo correspondiente, excluyendo a los funcionarios interinos. Por si no se tuviese claro, dice el Tribunal de Justicia, en lo que se refiere a la cláusula 4.1 del Acuerdo marco contenido en la Directiva es incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla ante un juez frente al Estado.

Por último, es preciso referirse al reconocimiento de trienios de personal de designación política o personal de confianza, denominado en el Derecho español personal eventual. En estos supuestos no tendría sentido hablar de antigüedad de puestos que, en principio, se deberían renovar poco tiempo después o, en todo caso, algunos pocos años después del nombramiento, dado el carácter transitorio de los cargos políticos.

Sin embargo, la realidad muestra que el nombramiento de los cargos de confianza responde a situaciones no solo excepcionales sino también generalizadas de un determinado sector de la población vinculada a los partidos políticos mayoritarios que han ido turnándose en el poder en los últimos años en España.

Fue la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo quien le preguntó al Tribunal de Justicia si el personal eventual (de confianza y de designación política) tenía derecho a percibir los trienios en las mismas condiciones que los funcionarios de carrera.

El caso concreto de la demandante era muy significativo: una persona que desde hacía más de 31 años venía prestando servicios como personal eventual primero en el Tribunal Constitucional, luego en el Comité Econó-

⁵ TC (Pleno), sentencia nº 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, ES:TC:2015:232, ponente: Enríquez Sancho (amparo por no aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de sexenios de funcionarios docentes).

mico y Social y desde 1996 en el Consejo de Estado, donde ejerce las funciones de jefa de la secretaría de un consejero permanente.

El Tribunal de Justicia no tiene dudas en la *sentencia Regojo Dans* de que a esta especial relación jurídica también se le aplica la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

Y, asimismo, considera el Tribunal de Justicia que el cometido profesional de la funcionaria eventual no consiste en el ejercicio de una función específica vinculada a la autoridad pública sino más bien en el desempeño de tareas de colaboración relativas a actividades de naturaleza administrativa.

Por tanto y dado que existe una práctica identidad entre las funciones desempeñadas por el personal eventual y los funcionarios de carrera, a juicio del Tribunal de Justicia no estaría justificado que se le negase al personal eventual el cobro de los trienios.

Frente a las alegaciones del Gobierno español de que estaba justificada una normativa específica para un personal que no había accedido a los puestos de trabajo cumpliendo los principios de mérito y capacidad, el Tribunal de Justicia apuntó: «El que los funcionarios de carrera puedan tener derecho a esos complementos salariales incluso durante el tiempo en que ejerzan los cometidos que corresponden al personal eventual contradice la alegación según la cual la naturaleza particular de las funciones de confianza o de asesoramiento especial que desempeña el personal eventual diferencia a estos dos tipos de personal y justifica una diferencia de trato entre ellos en lo que atañe al abono de dichos complementos salariales».

El Tribunal Supremo, al resolver el *asunto Regojo Dans*, puntualiza que la concesión a la recurrente del derecho a la antigüedad como personal eventual se debe a su desempeño de labores de oficina de colaboración que son propias de la categoría de auxiliar administrativo pero esto «no significa que cualquier puesto

desempeñado por personal eventual se halla necesariamente en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera»; de este modo, el Tribunal Supremo obliga a estar «a las singularidades de cada caso y, en especial, al específico cometido profesional del puesto de que se trate»⁶.

3.2. Los méritos de los temporales para la promoción profesional

El Tribunal de Justicia también ha aplicado la Directiva 1999/70 a los supuestos en que los empleados temporales pasan a ser fijos y pretenden valerse para su promoción profesional de los servicios prestados como personal temporal.

El Tribunal de Justicia se pronunció en la *sentencia Rosado Santana / Junta de Andalucía* respecto de la consideración de los servicios prestados como funcionario interino entre 1989 y 2005, es decir, hasta que el recurrente adquirió la condición de funcionario de carrera y a los efectos de su promoción profesional interna.

Un Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Sevilla le planteó al Tribunal de Justicia si la Directiva se oponía a que los períodos de servicio prestados por un funcionario interino de una Administración Pública no fuesen tenidos en cuenta para el acceso de este, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que solo pueden participar funcionarios de carrera.

El Tribunal de Justicia confirma la facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros en relación con la organización de sus propias Administraciones Públicas por lo que pueden establecer requisitos de anti-

⁶ Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 7ª), sentencia de 21 de enero de 2016, *Regojo Dans* (recurso nº 526/2012, ES:TS:2016:180, ponente: Maurandi Guillén (antigüedad del personal eventual)).

güedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo (apartado 76).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia establece límites en la medida en que la aplicación de estos criterios debe efectuarse de manera transparente y ha de poder ser controlada para evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional (apartado 77).

Por tanto y a juicio del Tribunal de Justicia, la cláusula 4.1 del Acuerdo marco impide que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas (apartado 84).

En el Derecho español los efectos de esta jurisprudencia han sido extraordinarios, aunque tanto el legislador estatal como los legisladores autonómicos han sido a remolque. En algunos casos también ha habido resistencias de algún tribunal español, reacio, incomprensiblemente, a aplicar la nueva jurisprudencia europea. Esto ha reclamado la intervención del Tribunal Constitucional e incluso la adopción de leyes autonómicas.

El Tribunal Constitucional no se atrevió en un primer momento a amparar a los particulares frente a la resistencia de un tribunal ordinario a seguir la jurisprudencia europea, pero poco después, el Tribunal Constitucional rectificó. En virtud de la sentencia nº 212/2014, el Tribunal Constitucional desestimó un recurso de amparo formulado contra la sentencia de 12 de enero de 2012 de la Sala

de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla que inaplicaba la *sentencia Rosado Santana* (de 8 de septiembre de 2011) del Tribunal de Justicia sin plantear cuestión prejudicial⁷. En cambio, en su sentencia nº 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, el Tribunal Constitucional en relación con los sexenios⁸.

La actuación del legislador autonómico en cumplimiento de la Directiva resulta tan pintoresca como necesaria. En 2016 el legislador andaluz intervino con el fin de desautorizar la interpretación que, a pesar de la jurisprudencia europea, seguía manteniendo un tribunal contencioso-administrativo⁹. En este caso el legislador andaluz confesaba que intentaba adelantarse al procedimiento por incumplimiento iniciado por la Comisión Europea contra España por no aplicar las obligaciones derivadas de la Directiva en el ámbito del empleo público, en particular por la rebeldía mostrada en este ámbito por la Sala de lo Contencioso-administrativo en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Comisión Europea, 2015).

⁷ TC (Pleno), sentencia nº 212/2014, de 18 de diciembre de 2014 ES:TC:2014:212, ponente: González-Trevijano Sánchez (aplicación de la *jurisprudencia Rosado Santana* del Tribunal de Justicia y cuestión prejudicial; voto particular de Asua Batarrita).

⁸ TC (Pleno), sentencia nº 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, ES:TC:2015:232, ponente: Enríquez Sancho (amparo por no aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de sexenios de funcionarios docentes).

⁹ Ley andaluza 2/2016, de 11 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (BOE núm. 129, de 28 de mayo de 2016). En el preámbulo de esta Ley autonómica se señala: «A raíz de la Sentencia de 29 de octubre de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, la Junta de Andalucía, que de forma voluntaria había adecuado su actuación a los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tuvo que proceder a anular las actuaciones practicadas en los procedimientos de provisión de puestos que por entonces se encontraban en curso, lo que supuso no solo un considerable retraso en la finalización de los mismos, sino también el inicio por parte de la Comisión Europea del Proyecto Piloto 5241/13/EMPL, sobre igualdad de trato en los procedimientos de selección de personal en el sector público español, en relación con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999».

3.3. El preaviso y la indemnización por cese de los temporales

El Tribunal de Justicia también ha tenido que resolver las dudas de los jueces nacionales sobre si el preaviso y la indemnización o la falta de esta por cese de los empleados temporales se integran en las condiciones de trabajo para poder contrastar si tal aplicación responde a razones que no sean objetivas.

En cuanto al plazo de preaviso del cese, la *sentencia Nierodzik* llega a la conclusión de que la legislación polaca que, para la resolución de los contratos de trabajo de duración determinada superior a seis meses, establece la posibilidad de aplicar un plazo de preaviso fijo de dos semanas independientemente de la antigüedad del trabajador, mientras que la duración del preaviso para la resolución de contratos de trabajo por tiempo indefinido se determina en función de la antigüedad del trabajador y varía entre dos semanas y tres meses, es contraria a la Directiva.

La mera naturaleza temporal de una relación laboral no basta, según el Tribunal de Justicia, para justificar tal diferencia pues privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco. En lugar de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva 1999/70 como por el Acuerdo marco, el recurso a tal criterio equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada.

Por lo que se refiere a la indemnización por cese, el Tribunal de Justicia la considera incluida en las condiciones de trabajo por lo que podría no estar justificada su aplicación diferenciada entre fijos y temporales.

En la *sentencia Carratù / Poste italiane* el tribunal italiano planteaba respecto de una trabajadora del servicio de correos si el concepto de «condiciones de trabajo» incluía la indemnización que un empresario está obligado a pagar a un trabajador debido a la inclusión

ilícita de una cláusula de terminación en su contrato de trabajo.

Dado el efecto directo del artículo 4.1 de la Directiva la respuesta fue positiva. Sin embargo, el Tribunal de Justicia también señaló que no era equiparable la indemnización concedida en caso de inclusión ilícita de una cláusula de terminación en un contrato de trabajo a la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida. Y en los mismos términos lo repitió en el *auto D'Aniello* referido a litigios muy similares.

La *sentencia de Diego Porras* tiene su origen en una cuestión prejudicial de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que enjuiciaba un contrato laboral celebrado por una trabajadora con el Ministerio de Defensa durante más de siete años.

La cuestión era si tenía derecho a la indemnización por finalización del contrato temporal, es decir, si la indemnización por cese se consideraba incluida entre las condiciones de trabajo previstas por la Directiva. Como la Sra. de Diego Porras tenía un contrato de interinidad para sustituir a una trabajadora fija liberada sindical, cuando esta se incorporó la Administración le negó el derecho a la indemnización que se prevenía, en cambio, para el caso de terminación de los contratos laborales fijos.

A juicio del Tribunal de Justicia y respecto del caso concreto no tiene dudas de que la situación de la trabajadora con contrato de duración determinada era comparable a la de un trabajador fijo por lo que no hay razón alguna para que se le prive de la indemnización prevista para quienes sean trabajadores fijos.

Es preciso subrayar que en su análisis el Tribunal de justicia tiene en cuenta no solo los siete últimos años como laboral interina sino también los previos tres años con contratos temporales para el mismo Ministerio. Siendo laboral interina no tenía derecho a indemnización alguna y como laboral temporal hubiese tenido derecho a una indemnización de 12

días por años trabajador pero inferior, en todo caso, a la indemnización de 20 días para el caso de los contratados laborales indefinidos.

3.4. Los nuevos supuestos de discriminación de los empleados públicos temporales: la excedencia

De las cuestiones prejudiciales pendientes destaca el frente abierto por los empleados públicos temporales en cuanto a su equiparación con los empleados fijos en lo se refiere a la excedencia.

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo ha planteado, en el *asunto Vega González*, C-158/16, si la Directiva protege a una funcionaria interina, con más de cuatro años de antigüedad, que fue elegida parlamentaria regional y que solicitó el reconocimiento a la Administración autonómica asturiana de la situación administrativa de servicios especiales o, subsidiariamente, de excedencia voluntaria.

Aun cuando la Administración del Principado de Asturias le denegó la declaración de excedencia voluntaria por no ser funcionaria de carrera, la pretensión de la funcionaria interina es que, de acuerdo con la protección conferida por la Directiva, una vez que termine su situación como parlamentaria autonómica, podría volver al puesto que ocupaba interinamente si es que sigue vacante.

4. LAS MEDIDAS CONTRA EL ABUSO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

Es preciso analizar las medidas que, en virtud de la Directiva, deben adoptarse para luchar contra el abuso en la contratación temporal y determinar las consecuencias de su incumplimiento por las autoridades nacionales. Me referiré, por tanto, al encadenamiento abusivo de contratos temporales y la solución

judicial ante la falta de transposición normativa o convencional de la Directiva.

4.1. El encadenamiento abusivo de contratos temporales

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia insiste en que la protección de la Directiva pretende luchar contra los supuestos de abuso de la contratación temporal. A tal efecto establece tres principios básicos y los aplica en ámbitos especialmente conflictivos como la sanidad y la educación, de manera especial en Grecia, Italia y España.

El primer principio es que en caso de abuso de la contratación temporal la Directiva no impone una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos temporales, así como tampoco determina las condiciones específicas en las que pueden utilizarse estos contratos (apartado 91 de la *sentencia Adeneler*).

Ahora bien, en la misma *sentencia Adeneler*, el Tribunal de Justicia considera contraria a la Directiva la regulación griega que, por una parte, a los casos de uso abusivo de la contratación temporal en el sector privado, se transformaba automáticamente el contrato temporal en indefinido; en cambio y por otra parte, en la contratación pública no se preveía ninguna medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos temporales sucesivos, es más prohibía la transformación del contrato temporal en indefinido (apartado 105).

El segundo principio indica que el uso abusivo de sucesivos contratos temporales puede correr suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (apartado 48 de la *sentencia Marrosu y Sardino* y apartado 33 de la *sentencia Vasallo*)

En las sentencias *sentencia Marrosu* y en la *sentencia Vasallo* el Tribunal de Justicia

comprobó, en relación con la contratación temporal sucesiva de cocineros por un hospital público, que la legislación italiana, que establece normas imperativas respecto a la duración y renovación de los contratos de duración determinada y el derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada parece ajustarse, a primera vista, a las exigencias de la Directiva.

Conforme al tercer principio, la transformación de contratos temporales en fijos no puede empeorar la situación del trabajador temporal. En la *sentencia Huet*, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial del Tribunal Administrativo de Rennes, recuerda que la Directiva impone a los Estados miembros, para prevenir la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada sucesivos, la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes referidas a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones.

El Tribunal de Justicia vuelve a repetir los principios anteriores conforme a los cuales, la Directiva se aplica a la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido como ocurría con la *sentencia Rosado Santana*, dado que aquí la ley francesa permitió a la Universidad bretona transformar el último contrato de duración determinada del demandante en el litigio principal en un contrato por tiempo indefinido.

Sin embargo, también precisa que el Acuerdo marco no impone una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, como en la *sentencia Adeneler*,

sino que son las autoridades nacionales las que, en principio, tienen la misión de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

De modo que el Tribunal de Justicia llega a esta conclusión en la *sentencia Huet*: «para no lesionar los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 ni su efecto útil, dicho Estado miembro deberá velar por que la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos» (apartado 46).

Ahora bien, lo que se prohíbe es el abuso de los contratos temporales por lo que en cada sector, como en los particularmente conflictivos de la educación o de la sanidad, deberá comprobar que la contratación temporal no está justificada.

En Grecia han sido numerosas las preguntas de los tribunales al Tribunal de Justicia. El *auto Vassilakis* reitera que una disposición legislativa o administrativa general en este caso de Grecia no puede justificar por sí sola la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada sino que deben concurrir «razones objetivas», es decir, el recurso a ese tipo específico de relaciones de trabajo, según esté previsto por la reglamentación nacional, debe estar justificado por la existencia de elementos concretos relativos en particular a la actividad de la que se trata y a las condiciones de su ejercicio (apartado 93).

En la *sentencia Angelidaki*, referida a la contratación temporal por las administraciones griegas provincial y municipal, el Tribunal de Justicia recuerda que corresponde a las autoridades nacionales, incluidos los jueces, comprobar «concretamente que la normativa nacional que permite la renovación, en el sector público, de los contratos o relaciones

laborales de duración determinada sucesivos destinados a atender necesidades provisionales no se utilice, de hecho, para atender necesidades permanentes y duraderas» (apartado 106). Y lo explica con sumo detalle en el auto *Koukou*.

Pero también en Alemania, como resulta de la *sentencia Küçük* relativa a los contratos de sustitución del personal fijo de la administración de justicia, el Tribunal de Justicia es más tolerante y encarga al juez alemán la aplicación de los principios y puntualiza que la necesidad temporal de sustitución de personal puede constituir en principio una razón objetiva a efectos de la citada cláusula y el solo hecho de que un empresario se vea obligado a realizar sustituciones temporales de manera recurrente, o incluso permanente, y de que esas sustituciones también pudieran llevarse a cabo mediante la contratación de trabajadores en virtud de contratos de trabajo de duración indefinida no implica la inexistencia de una razón objetiva ni la existencia de un abuso de la contratación temporal.

En Italia y por lo que se refiere a la educación, es significativa la *sentencia Mascolo*, que tiene su origen en varios reenvíos prejudiciales del Tribunal de Nápoles y de la Corte constitucional italiana sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE.

Raffaella Mascolo y otras ocho personas habían sido contratadas mediante sucesivos contratos temporales por períodos acumulados de más de cuatro, cinco, seis o nueve años, como docentes al servicio del Ministerio y al servicio del municipio de Nápoles.

La situación en la enseñanza italiana, muy similar a la española, planteaba el problema de la conformidad de una legislación que se hace depender de los procesos selectivos para la contratación de personal titular de las escuelas de titularidad estatal, la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para cubrir plazas vacantes de docentes y de personal administrativo y de servicios, sin indicar plazos concretos para la conclusión de

estos procesos selectivos y excluyendo toda posibilidad para estos profesores de obtener la reparación del perjuicio sufrido, en su caso, como consecuencia de tal renovación.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva se aplica a los empleados públicos de la enseñanza pero distingue dos situaciones en la enseñanza: las sustituciones temporales y las sustituciones permanentes.

Por lo que se refiere a las sustituciones temporales, el Tribunal de Justicia considera que en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la enseñanza, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental, u otras. A juicio del Tribunal de Justicia, la sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede constituir una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5.1.a) del Acuerdo marco, que justifica tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de las necesidades que surjan, a reserva del cumplimiento de las exigencias fijadas para ello por el Acuerdo marco (apartado 92).

Pero es que, además, añade que esta conclusión que es necesaria y está justificada la renovación de contratos de duración determinada en caso de sustitución temporal porque persigue objetivos de política social reconocidos como legítimos, en especial cuando se trata de medidas de protección del embarazo y la maternidad y de conciliación de las obligaciones profesionales y familiares de mujeres y hombres.

En cambio, en lo que se refiere a las sustituciones permanentes, el Tribunal de Justicia ya no es tan comprensivo por lo que deben establecerse criterios objetivos y transparentes con objeto de comprobar si la renovación de esos contratos responde efectivamente a una

necesidad real y puede lograr el objetivo pretendido y necesario a tal efecto» (apartado 99).

Pero en el caso concreto, el Tribunal de Justicia considera que la normativa italiana, «aunque limite formalmente la utilización de contratos de trabajo de duración determinada a la realización de sustituciones anuales para plazas vacantes en las escuelas de titularidad estatal únicamente por un período de tiempo determinado hasta la conclusión de los procesos selectivos, no garantiza que la aplicación concreta de esta razón objetiva, teniendo en cuenta las particularidades de la actividad de que se trata y los requisitos para su ejercicio, sea conforme con las exigencias del Acuerdo marco».

Por tanto y a juicio del Tribunal de Justicia, aunque un Estado miembro tiene la facultad de tomar en consideración las necesidades de un sector específico como el de la enseñanza, esta facultad no puede entenderse como una dispensa de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

A continuación el Tribunal de Justicia reproduce los principios establecidos ya en la *sentencia Fiamingo* de tal modo que las tres medidas enumeradas por la Directiva se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones.

En consecuencia, cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

A este respecto, hay que recordar que, como ha subrayado el Tribunal de Justicia en repe-

tidas ocasiones, el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, punto 2, del Acuerdo marco deja en principio a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo indefinido.

En el Derecho español el examen por la jurisprudencia europea se ha referido, en particular, al ámbito educativo y al ámbito sanitario como revelan las *sentencias Márquez Samohano, Pérez López y Martínez Andrés*.

La *sentencia Márquez Samohano* tiene su origen en un litigio de un profesor asociado con la Universitat Pompeu Fabra ante un Juzgado de lo Social de Barcelona que pretendía saber si el Derecho de la Unión se oponía a la renovación por las universidades públicas de sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sin límite alguno en lo que atañe a la duración máxima y al número de renovaciones de dichos contratos.

La respuesta del Tribunal de Justicia, siguiendo su jurisprudencia anterior, se centra en interpretar las garantías establecidas a favor de los trabajadores con contratos temporales.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que un profesor asociado de una universidad, cuyo contrato de trabajo, según el Derecho español, debe celebrarse necesariamente por una duración determinada, está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que la finalidad de la legislación europea es «imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de

duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados» (apartado 41). Por eso, se impone «a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes». Estas medidas se refieren, respectivamente, a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones (apartado 42).

Por último y en el caso concreto de los profesores asociados de universidad, el Tribunal de Justicia reconoce que los estatutos de la universidad no incluyen ninguna medida legal equivalente, aunque también comprueba los distintos tipos de profesor asociado. Y por eso responde, matizadamente, que la renovación de estos contratos de trabajo puede estar justificada por una razón objetiva, en los términos de su propia jurisprudencia.

De modo que los verdaderos profesores asociados, profesionales de prestigio que desarrollan su labor fuera de la universidad, pueden estar sometidos a un régimen de renovación sucesiva; en cambio, la renovación de contratos de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, no está justificada por el Derecho de la Unión.

Las *sentencias Pérez López y Martínez Andrés* se refieren a los abusos de la contratación temporal por las Administraciones sanitarias y local.

La *sentencia Pérez López* tiene su origen en un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Con-

tencioso-administrativo nº 4 de Madrid sobre personal estatutario (Servicio madrileño de Salud).

La *sentencia Martínez Andrés* se refiere a dos asuntos de los que conoce la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco referidos a personal estatutario temporal (Servicio vasco de Salud) y a personal funcionario interino municipal (Ayuntamiento de Vitoria).

En estos tres supuestos las respectivas Administraciones habían encadenado nombramientos o contratos sucesivos que no estaban justificados (en uno de los casos, se habían aplicado 13 prórrogas en poco más de dos años y en otro se había sucedido 7 nombramientos en cinco años).

En la *sentencia Martínez Andrés*, el Tribunal de Justicia señala, por una parte, que es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivos y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Estas medidas pueden ser diferentes tratándose del empleo público o del empleo privado.

Ahora bien, en el caso de que no exista ninguna medida frente a la utilización abusiva de los contratos temporales en las Administraciones públicas españolas, el Tribunal de Justicia considera que la solución jurisprudencial del Tribunal Supremo español relativa a los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en la Directiva¹⁰.

¹⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo español tiene una misma razón de ser y se desarrolla en dos etapas: de 1996 a 2014 y de 2014 hasta ahora. La razón de ser la explica el Tribunal Supremo en STS (Sala 4ª), sentencia de 30 de abril de 2015 (recurso nº 376/2014, ES:TS:2015:3030, ponente: Souto Prieto) (extinción contrato indefinido no fijo al servicio del Ayuntamiento de Parla por amortización de plaza con indemnización)

Y, por otra parte, para el caso de que el trabajador temporal pretenda obtener una indemnización por el uso abusivo de la contratación temporal, el derecho a la tutela judicial efectiva le permite, según el Tribunal de Justicia, hacerlo en el mismo procedimiento judicial en que se haya constatado el abuso.

En la *sentencia Pérez López*, el Tribunal de Justicia se refiere a las peculiaridades del empleo público también en el ámbito sanitario dado que «en una Administración que dispone

en estos términos: «La denominada relación laboral indefinida no fija es una creación jurisprudencial que surgió a finales del año 1996 para salir al paso de la existencia de irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público –tanto funcional, como laboral– en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad». Ahora bien, la primera etapa que todavía recoge la STS (Sala 4ª), sentencia de 30 de abril de 2015 (recurso nº 376/2014, ES:TS:2015:3030, ponente: Souto Prieto) (extinción contrato indefinido no fijo al servicio del Ayuntamiento de Parla por amortización de plaza con indemnización) se resume así: «La doctrina tradicional de esta Sala ha sido que los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administraciones Públicas se extinguían no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos 51 y 52-c) del Estatuto de los Trabajadores»; véase también la STS (Sala 4ª) sentencia de 22 de julio de 2013 (recurso nº 1380/2012, ES:TS:2013:5057, ponente: Desdentado Bonete). En cambio, la nueva etapa jurisprudencial se aplica a partir de la STS (Sala 4ª), sentencia de 24 de junio de 2014, recurso nº 217/2013, ES:TS:2014:3081, ponente: López García de la Serrana) (amortización de 156 puestos de trabajo ocupados por personal laboral en la Universidad Politécnica de Madrid) y en esencia se formula en estos términos: «la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) del E.T. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos».

de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras».

Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia «no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo».

Por último, en Rumanía y en materia de inspección veterinaria el Tribunal de Justicia admite en su *auto Popescu* que sería un sector de actividad con necesidades particulares que podría justificar excepciones a los límites generales a la contratación temporal. Sin embargo, en el caso concreto, después de comprobar que la Sra. Rodica Popescu había prestado servicios ininterrumpidamente durante 6 años y 7 meses, deduce que la relación laboral parecía haber cumplido una necesidad no solamente temporal, sino permanente y sin que puedan aducirse sin consideraciones de naturaleza presupuestaria.

4.2. Los remedios contra el abuso en el empleo público temporal: ¿la indemnización o la transformación en indefinido no fijo?

La invocación de la Directiva se ha hecho frecuente en el caso de que las administraciones y de los organismos públicos, después de un período considerable de tiempo encadenando contratos temporales, hayan decidido poner fin a la relación temporal.

En estos casos, la falta de transposición legislativa o convencional obliga al juez nacional a busca remedios equivalentes, efectivos y disuasorios en un ejercicio bastante complicado. Con carácter previo, es preciso subrayar que para resolver este dilema el Tribunal

de Justicia rechaza en todas sus decisiones la comparación entre las distintas clases de personal de las administraciones y organismos públicos. De hecho, en la *sentencia Pérez López*, el Tribunal de Justicia inadmite una de las preguntas del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Madrid y precisa que no se aplica el Derecho de la Unión y, por tanto, no es competente para pronunciarse sobre la diferente configuración entre el personal estatutario y el personal laboral, con una salvedad, expresada en la *sentencia de Diego Porras*, en lo que se refiere a la indemnización por terminación del contrato.

Ahora bien, en el caso de España y a falta de la transposición apropiada de la Directiva los dos remedios a lo que puede acudir el juez son la transformación del contrato temporal en indefinido no fijo y la indemnización.

Estas dos soluciones dependen, no obstante, de tres precisiones: que la Directiva no se haya incorporado, que no es obligada la transformación del contrato temporal en fijo y, en fin, que puede haber medidas distintas en el sector público y en el privado.

En primer lugar, para que el juez busque medidas frente al abuso de la contratación temporal es preciso que la Directiva no se haya incorporado al Derecho nacional o lo haya hecho erróneamente.

En relación con los Derechos griego e italiano, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia en las sentencias *Adeneler*, *Marrosu y Sardino*, *Vassallo y Angelidaki*, y en los autos *Vassilakis y Koukou* conforme a la cual no existe una regulación europea en la materia por lo que se aplica cada Derecho nacional de acuerdo con el principio de autonomía procedimental. Esto significa que los jueces deben buscar medidas que no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni pueden hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de equivalencia).

En segundo lugar, la solución judicial no pasa necesariamente por la transformación del contrato temporal en un contrato fijo, pero tampoco lo descarta.

Por ejemplo, en el *auto Koukou*, a la pregunta de si procede la transformación de un contrato de duración determinada en uno indefinido, el Tribunal de Justicia responde que el juez griego debe encontrar la solución aunque, le advierte, que cuando su ordenamiento jurídico incluya otras medidas efectivas para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector considerado no se opone a la aplicación de su Constitución que prohíbe de manera absoluta, únicamente en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada que, al haber tenido por objeto la provisión de necesidades permanentes y duraderas del empresario, deben considerarse abusivos. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar hasta qué punto constituyen una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada por parte de la Administración pública los requisitos de aplicación y la efectiva puesta en práctica de las disposiciones pertinentes de Derecho interno (apartado 91).

Del mismo modo, el *auto Papalia* lo pronuncia el Tribunal de Justicia en ayuda del juez italiano que conocía de un litigio entre un músico de la banda municipal contratado sucesivamente durante más de 29 años. La demanda pedía que el contrato laboral temporal fuese transformado en indefinido y subsidiariamente que se le indemnizase por el cese, debido al abuso en la contratación temporal.

Pues bien, en este caso el Tribunal de Justicia considera que es contrario a la Directiva prever únicamente la indemnización, excluyendo en todo caso cualquier transformación de la relación temporal en relación fija y exigiendo pruebas que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de

los derechos conferidos por la Directiva frente al abuso de la contratación temporal.

En tercer lugar, puede haber medidas distintas en el sector público y en el sector privado. O como ha dicho el Tribunal de Justicia, en las *sentencias Marrosu y Vassallo*, la Directiva no se opone a la utilización abusiva de sucesivos contratos temporales corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público.

Precisamente en el Derecho español la solución contra el abuso en la contratación temporal resulta más sencillo en el Derecho laboral que en el Derecho administrativo. En efecto, en el sector privado, sometido en exclusiva al Derecho laboral, sería factible la transformación de los contratos temporales en fijos como la indemnización por cese. En cambio, en el empleo público, la heterogénea composición de laborales, funcionarios y estatutarios, complica la solución. No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha respondido tanto a jueces de lo social como de lo contencioso-administrativo para resolver el problema.

En efecto, en el Derecho español una solución para estos casos la ha desarrollado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde 1996 a través de la figura del “personal laboral indefinido” y que se plasmó en 2007 en el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 8.2.c) y 11.1) (Aguilera Izquierdo, 2011:323). En cambio, tal figura sería extraña en los dominios administrativos lo que ha impulsado a los jueces de esta jurisdicción a acudir al Tribunal de Justicia en busca de ayuda.

Por lo que se refiere a los empleados públicos con contrato laboral, en el *auto León Medialdea / Ayuntamiento de Huétor Vega* el Tribunal de Justicia hace un resumen de su jurisprudencia relativa a los efectos del control judicial del encadenamiento de contratos temporales por parte de un empleador público.

Marta León Medialdea había sido contratada en 2001 por el Ayuntamiento granadino de Huétor Vega para trabajar en un periódico

y una emisora. En 2004 el contrato se sustituyó por otro. Ahora bien, en 2012 el Ayuntamiento aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo debido al cierre de la radio local y a la reducción de personal en el periódico municipal. La amortización del puesto suponía el fin del contrato sin que se previese indemnización alguna.

El Juzgado de lo Social nº 1 de Granada acudió al Tribunal de Justicia pidiéndole que interpretase la Directiva sobre el trabajo de duración determinada.

El Tribunal de Justicia observa que la Directiva es aplicable a una trabajadora que ha encadenado dos contratos temporales y que mantiene una “relación laboral de carácter indefinido no fijo”. Asimismo, considera que la Directiva no impone una obligación general de transformar los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Sin embargo, la Directiva es contraria a la normativa española que permite amortizar la plaza de una trabajadora sin abonarle indemnización. Esto se debe a que los Derechos nacionales deben prever alguna medida que garantice la protección de los trabajadores frente al abuso del encadenamiento de contratos temporales. Por tanto, la única salida que indica el Tribunal de Justicia es la indemnización.

En este caso corresponde al juez nacional buscar la solución. Para ello debe tener en cuenta que las sanciones aplicadas deben tener carácter suficientemente efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de la Directiva. Es decir, el Juez de lo Social debe adoptar «una medida adecuada para sancionar el uso abusivo por parte de la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada». Para ello el Juez de Granada debe tener en cuenta la totalidad del Derecho español y aplicar los métodos de interpretación reconocidos, es decir, debe hacer todo lo que esté en sus manos para garantizar la plena efectividad de la Directiva y alcanzar una solución conforme con sus objetivos.

Según reiterada jurisprudencia, cuando el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco.

El Tribunal de Justicia, guiado por el Juzgado granadino, llega a la conclusión de que en la legislación laboral española no existe ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público. En efecto, el Juez andaluz le señala que la conversión de la relación laboral de duración determinada en relación laboral de carácter indefinido no fijo es ineficaz.

En definitiva, corresponde al juez nacional, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido.

En cuanto a los funcionarios interinos y el personal estatutario temporal, sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, la *sentencia Martínez Andrés*, que tiene su origen en dos litigios ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco donde el juez ya comprueba que ha habido un abuso en la contratación temporal de una auxiliar administrativo del Servicio de Salud Vasco y en el nombramiento de un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria que previamente había sido laboral. Por tanto, ya es preciso buscar una solución: transformación del contrato en indefinido no fijo o la indemnización.

El Tribunal de Justicia señala, por una parte, que es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de pro-

tección de los trabajadores efectivos y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y estas medidas pueden ser diferentes tratándose del empleo público o del empleo privado.

Ahora bien, en el caso de que no exista ninguna medida frente a la utilización abusiva de los contratos temporales en las Administraciones públicas españolas, el Tribunal de Justicia considera que la solución jurisprudencial del Tribunal Supremo español relativa a los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en la Directiva.

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia considera, a preguntas del tribunal vasco, que, para el caso de que el trabajador temporal pretenda obtener una indemnización por el uso abusivo de la contratación temporal, el derecho a la tutela judicial efectiva le permite hacerlo en el mismo procedimiento judicial en que se haya constatado el abuso. Todo parece indicar que esta pregunta venía determinada por el hecho de que la indemnización solicitada por el funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria se basaba no solo en el nombramiento como funcionario (más de 12 años) sino también en un período previo de contratación laboral temporal (más de 4 años) por el que sí hubiese podido ser indemnizado.

5. CONCLUSIÓN

El Derecho de la Unión Europea está produciendo un importante efecto de convergencia y de homogeneización del estatuto del empleado público en España (estatutario, laboral, funcionario e incluso eventual). Así lo ha puesto de manifiesto la desafortunada transposición de la Directiva 1999/70 que, ante la incuria del legislador, ha dejado en manos de los jueces, orientados por el Tribunal de Justicia, su aplicación efectiva. Ante la falta de

actuación del legislador o de los interlocutores sociales, se ha creado una inseguridad jurídica que los jueces españoles han procurado paliar mediante numerosas cuestiones prejudiciales.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es muy prolija y, sustancialmente, deja claras cuatro cuestiones sobre la aplicación de la Directiva.

En primer lugar, no hay duda de que la Directiva se aplica a los empleados públicos. Sin embargo, el Tribunal de Justicia se ha opuesto a comparar el estatuto de los funcionarios y de los laborales inadmitiendo cualquier pregunta de este tipo. No obstante, con la jurisprudencia europea se han minimizado las divergencias que eventualmente pudiera producir un enjuiciamiento desde la jurisdicción social o desde la jurisdicción contencioso-administrativa.

En segundo lugar, la interdicción de cualquier discriminación injustificada entre temporales y fijos se ha desarrollado como consecuencia del efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco de la Directiva. Esto supone que el Tribunal de Justicia examina si entran dentro de las condiciones de empleo determinados aspectos de la retribución, del cómputo de la experiencia o incluso de la indemnización por cese de los trabajadores, sean fijos o temporales, estableciendo, salvo en supuestos justificados, una equiparación. Así ha ocurrido en España respecto de los trienios, los sexenios, la carrera profesional, los méritos para la promoción interna de fijos que habían sido previamente temporales y, en fin, la indemnización por cese del temporal.

En tercer lugar, la falta de transposición de la Directiva en lo que se refiere a la adopción de alguna de las tres medidas previstas por la cláusula 5.1 del Acuerdo de la Directiva, plantea importantes problemas de cómo frenar los abusos de la contratación temporal. En este caso también corresponde a los jueces buscar medidas equivalentes, efectivas y disuasorias. De hecho, el Tribunal de Justicia considera en unos casos como medida apropiada la trans-

formación del contrato temporal en indefinido no fijo; y en otros casos, en cambio, parece que la indemnizatoria será la única solución.

En cuarto lugar, no puede olvidarse que el legislador o los interlocutores sociales cuando decidan la transposición de la Directiva están sometidos al principio de no regresión o de no reducción de los derechos sociales de los trabajadores. Por tanto, todo parece indicar que una “igualación por abajo” entre las condiciones de fijos y temporales no sería aplicable por contrariar la Directiva.

En suma, puede observarse que la incuria del legislador ha provocado un activismo judicial que, apoyado en el reenvío prejudicial a Luxemburgo, parece haber encontrado una vía muy efectiva para el progreso social. Esto, sin embargo, no excusa al legislador o a los interlocutores sociales de aclarar una situación extremadamente compleja y en la que se solapan de intereses de gran alcance.

JURISPRUDENCIA EUROPEA

1. TJCE (Gran Sala), sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709 (trabajo de duración determinada y discriminación por la edad).
2. TJCE (Gran Sala), sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443 (no renovación de contratos temporales de empleados públicos griegos).
3. TJCE, sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-180/04, EU:C:2006:517 (consecuencias de la terminación de contratos temporales encadenados como cocineros en un hospital público italiano).
4. TJCE, sentencia de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518 (consecuencias de la terminación de contratos temporales encadenados como cocinero en un hospital público italiano).
5. **TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2007, del Cerro Alonso, C-307/05, Rec. p. I-7109 (los trienios del personal estatutario de salud en el País Vasco).**
6. TJCE (Gran Sala), sentencia de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223 (empleados públicos no funcionarios en Irlanda con contratos temporales).

7. TJCE, auto de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07, EU:C:2008:346 (contratos sucesivos con el Ayuntamiento griego de Corfú).
8. TJCE, sentencia de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250 (no renovación de contratos temporales provinciales y municipales en Grecia).
9. TJCE, auto de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08, EU:C:2009:269 (terminación de ocho contratos temporales con la Administración arqueológica griega para cubrir necesidades permanentes).
10. TJUE, auto de 20 de enero de 2010, **Águeda María Sáenz Morales / Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, C-389/09, EU:C:2010:22 (inadmisibilidad de la cuestión prejudicial sobre trienios del personal temporal por no indicar el contexto fáctico y jurídico)**.
11. TJUE, sentencia de 24 de junio de 2010, Francesca Sorge, C-98/09, EU:C:2010:369 (contratación temporal por Correos en Italia).
12. TJUE, **sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres / Xunta de Galicia, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031 (reconocimiento de trienios del personal docente interino)**.
13. TJUE, auto, de 18 de marzo de 2011, David Montoya Medina / Fondo de Garantía Salarial y Universidad de Alicante, C-273/10, **Rec. p. I-32 (cobro de trienios como docente universitario interino)**.
14. TJUE, **sentencia de 8 de septiembre de 2011, Francisco Javier Rosado Santana / Junta de Andalucía, C-177/10, Rec. p. I-7907 (cómputo de periodos como funcionario interino para promoción interna de funcionarios de carrera)**.
15. TJUE, sentencia de 26 de enero de 2012, Bianca Küçük / Land Nordrhein-Westfalen, C-586/10, EU:C:2012:39 (contratos de sustitución por permisos temporales y parentales en órganos judiciales alemanes).
16. TJUE, **auto de 9 de febrero de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León, C-556/11, EU:C:2012:67 (complemento retributivo por formación o sexenios de docentes interinos no universitarios)**.
17. TJUE, sentencia de 8 de marzo de 2012, Martial Huet / Université de Bretagne occidentale (C-251/11, EU:C:2012:133) (renovación del contrato temporal por indefinido en peores condiciones de profesor universitario).
18. TJUE, sentencia de 15 de marzo de 2012, Sibilio / Comune di Afragola, C-157/11, EU:C:2012:148 (ámbito de aplicación de la Directiva y los trabajadores socialmente útiles vinculados a un municipio italiano).
19. TJUE, sentencia de 18 de octubre de 2012 Rosanna Valenza, C-302/11 y C-304/11, EU:C:2012:646 (plan de estabilización de personal temporal de la Autoridad italiana de Defensa de la Competencia sin tener en cuenta la antigüedad para no perjudicar a los funcionarios de carrera).
20. TJUE, **auto de 7 de marzo de 2013, Rafaela Rivas Montes / Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, C-178/12, EU:C:2013:150 (inadmisibilidad y cuestión de cálculo antigüedad que discrimina a los laborales respecto de los funcionarios)**.
21. TJUE, sentencia de 12 de diciembre de 2013, Carmela Carratù / Poste italiane, C-361/12, EU:C:2013:830 (indemnización por terminación de un contrato de duración determinada de una empleada de correos en Italia).
22. TJUE, auto de 12 de diciembre de 2013, Rocco Papalia / Comune di Aosta, C-50/13, EU:C:2013:873 (indemnización por cese de músico de la banda municipal contratado sucesivamente durante más de 29 años).
23. TJUE, **sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano / Universidad Pompeu Fabra, C-190/13, EU:C:2014:146 (terminación de un contrato laboral de profesor asociado a tiempo parcial)**.
24. TJUE, sentencia de 13 de marzo de 2014, Małgorzata Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152 (plazos de preaviso distintos para la terminación de un contrato temporal o indefinido de una auxiliar de Enfermería en un hospital público polaco).
25. TJUE, auto de 30 de abril de 2014, D'Aniello y otros, C-89/13, EU:C:2014:299 (indemnización por cese de carteros italianos vinculados con contratos temporales).
26. TJUE, sentencia de 3 de julio de 2014, Fiamingo, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044 (contratación temporal en el sector marítimo italiano).
27. TJUE, auto de 4 de septiembre de 2014, Bertazzi y otros, C-152/14, EU:C:2014:2181 (falta total de toma en consideración de los periodos de servicio prestados en el marco de contratos de trabajo de duración determinada en la Autoridad italiana de la energía eléctrica y el gas).
28. TJUE, sentencia de 26 de noviembre de 2014, Raffaella Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401 (renovación de contratos en materia de enseñanza pública sin plazo de cobertura de plazas y sin posibilidad de indemnización).

29. TJUE, auto de 11 de diciembre de 2014, Marta León Medialdea / Ayuntamiento de Huéstor Vega, C-86/14, EU:C:2014:2447 (remedios contra los abusos del encadenamiento de contratos de duración determinada).
30. TJUE, sentencia de 5 de febrero de 2015, Grima Janet Nisttahuz Poclava / José María Ariza Tolledano, C-117/14, EU:C:2015:60 (inadmisibilidad de la cuestión prejudicial sobre la aplicación de la Directiva 1999/70 a un contrato laboral de duración determinada y un año de prueba).
31. TJUE, sentencia de 9 de julio de 2015, María José Regojo Dans / Consejo de Estado, C-177/14, EU:C:2015:450 (trienios del personal eventual o de confianza política de las Administraciones españolas).
32. TJUE, sentencia de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, C-422/14, EU:C:2015:743 (despido colectivo y trabajadores temporales).
33. TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, María Elena Pérez López / Servicio Madrileño de Salud, C-16/15, EU:C:2016:679 (contratos de duración determinada y nombramientos sucesivos de personal estatutario temporal).
34. TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Florentina Martínez Andrés / Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680 (contratos de duración determinada y personal estatutario temporal).
35. TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Ana de Diego Porras / Ministerio de Defensa, C-596/14, EU:C:2016:683 (contrato de duración determinada e indemnización por cese).
36. TJUE, auto de 21 de septiembre de 2016, Carlos Álvarez Santirso / Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias, C-631/15, EU:C:2016:725 (carrera profesional de los profesores interinos no universitarios).
37. TJUE, auto de 21 de septiembre de 2016, Popescu, C-614/15, EU:C:2016:726 (auxiliar veterinario por la Dirección de sanidad animal rumana mediante contratos anuales renovados durante casi siete años).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R. (2011): «La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n° 93, Madrid, p. 317-342.
- ALDOMÀ BUIXADÉ, J. (2015): *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Diputación de Barcelona, disponible en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf (última consulta 30/09/2016).
- COBREROS MENDAZONA, E. (2015): *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid.
- , (2016): «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública* núm. 200, Madrid, pp. 315-339.
- COMISIÓN EUROPEA, *Carta de emplazamiento – Infracción n° 2014/4224*, C (2015) 1865 final, Bruselas, 26.3.2015.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (2016): *Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas Enero 2016*, Centro de Publicaciones, Madrid.
- MONTESINOS, A., J.J. PÉREZ y R. RAMOS (2014): *El empleo de las administraciones públicas en España: caracterización y evolución durante la crisis*, Documentos Ocasionales n° 1402, Banco de España, Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A. (2011): «Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n° 93, Madrid, pp. 13-46.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2012): «Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea», *Actualidad administrativa* n° 3/2012, pp. 272-287.
- , (2013): «Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España», *Revista Aranzadi Unión Europea* n° 10/2013, pp. 26-58.

RESUMEN

La Directiva sobre el trabajo de duración determinada se aplica también al empleo público. El Tribunal de Justicia ha interpretado la Directiva en más de 30 sentencias prejudiciales procedentes en su mayoría de jueces griegos, italianos y españoles. Por una parte, ha subrayado el efecto directo del principio que prohíbe la discriminación entre el personal fijo y el personal temporal en las condiciones de trabajo lo que se ha traducido en la equiparación en materia de trienios, sexenios, méritos o indemnizaciones por cese. Por otra parte, ha exigido que las legislaciones nacionales establezcan alguna de las medidas precisas para luchar contra el abuso de la contratación temporal: razones objetivas que justifiquen la renovación de estos contratos, la duración total máxima de contratos sucesivos o el número de renovaciones. Esto supone que, a falta de legislación apropiada de transposición, el juez nacional debe buscar soluciones efectivas, equivalentes y disuasorias, como pudiera ser la conversión de los empleos temporales, tanto de laborales como de funcionario, en indefinidos no fijos. La transposición legislativa de la Directiva en ningún caso puede suponer una regresión en la protección social.

Palabras clave: Derecho administrativo, Derecho laboral, Directiva, Empleo público, Funcionario, Condiciones de trabajo, Trabajo temporal.

ABSTRACT

Council Directive on fixed-term work is also applied to public services. The Court of Justice has interpreted this Directive through more than 30 judgments, almost of them answering questions referred by Greek, Italian and Spanish Judges. On one hand, it remarked the direct effect of the principle that prevents discrimination between permanent and fixed-term workers on the employment conditions, i.e., three-yearly length-of-service increments, training requirements or even compensation for termination of the employment contract, if these are granted to permanent workers. On the other hand, it stated that national legislations must require, with a view to preventing abuse of successive fixed-term employment contracts, one of these measures related to objective reasons justifying the renewal of such contracts, the maximum total duration of successive contracts, and the number of renewals. In absence of implementation of the Directive, national courts must determine whether these requirements are met by the provisions of the applicable national legislation and that must apply effective, equivalent and deterrent remedies, as the conversion of temporal contracts, even for civil servants, into “a non-permanent contract of indefinite duration”. The implementation of this Directive cannot reduce the protection which workers are guaranteed in the sphere of fixed-term contracts.

Keywords: Administrative Law, Civil Servant, Directive, Employment Conditions, Fixed-term Work, Social Law.

Los Comités de Empresa Europeos dos décadas después. Una evaluación crítica

European Works Councils two decades later. A critical review

SERGIO GONZÁLEZ BEGEGA*
HOLM-DETLEV KÖHLER*
MONA ARANEA*

1. INTRODUCCIÓN. LOS COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS COMO *PUNTA DE LANZA* DE LAS RELACIONES LABORALES EUROPEAS

El desarrollo, a lo largo de las últimas dos décadas, del entramado institucional europeo de relaciones laborales ha abierto posibilidades para la representación efectiva de los intereses de los trabajadores en los ámbitos de toma de decisiones corporativas a escala transnacional. Los comités de empresa europeos, concebidos desde mediados de la década de los noventa como el espacio más prometedor y, al mismo tiempo, mejor apuntalado jurídicamente de las relaciones laborales europeas, han permitido la incorporación de la voz de los trabajadores a un proceso de concentración y transnacionalización empresarial que ofrece dimensiones globales pero que ha adquirido un significado específico dentro de la Unión Europea.

La consolidación de la experiencia de representación de intereses laborales a escala transnacional que constituyen los comités de empresa europeos ha transcurrido, a lo largo de las dos últimas décadas, entre luces y sombras o, como comúnmente se ha referido dentro de la literatura especializada, entre posiciones euro-optimistas y euro-pesimistas¹.

Por una parte, los comités de empresa europeos ofrecen una respuesta institucional a la imperiosa necesidad de que el trabajo organizado recupere poder de negociación e influencia política real sobre la toma de decisiones corporati-

¹ Ver, entre otros, FITZGERALD, I.: «Introduction: employment participation in Europe», en I. FITZGERALD y J. STIRLING (eds.), *European Works Councils. Pesimism of the Intellect, Optimism of the Will?*, London and New York (Routledge), 2004; KÖHLER, H.D. y GONZÁLEZ BEGEGA, S.: «The European Works Council as a multi-dimensional contested terrain», *Employee Relations*, nº 32 (6), p. 590-605, 2010; y más recientemente, CAVALLINI, M.; GOLD, M.; ROYLE, T. y SENATORI, I.: «Home country advantage? The influence of Italian, German and Austrian employee representatives in the UniCredit European Works Council», *European Journal of Industrial Relations*, nº 21 (4), p. 1-16, 2015.

* Departamento de Sociología de la Universidad de Oviedo.

vas². Si, bajo la presión combinada de las fuerzas de la globalización económica y de convergencia europea, los sistemas nacionales de relaciones laborales están experimentando procesos similares de pérdida de capacidad de regulación y de fragmentación³, resulta obvio que la europeización de las relaciones laborales, representada por los comités de empresa europeos como una de sus experiencias más avanzadas, constituye la «dimensión central a partir de la cual fortalecer la representación de los intereses laborales en el futuro»⁴.

Por otro lado, tal y como ha subrayado otra corriente más crítica de la literatura sobre comités de empresa europeos, la realización de las promesas de fortalecimiento del interés laboral a través de éstos órganos no resulta, en absoluto, satisfactoria. El análisis de la práctica efectiva de representación de trabajadores en la toma de decisiones corporativas desmiente cualquier tipo de optimismo, tal y como demuestra la evidencia recogida en múltiples estudios de caso. En este sentido, veinte años después de la adopción de la regulación europea sobre derechos de información y consulta de trabajadores, el potencial de los comités de empresa europeos para transformar las relaciones laborales de empresa sigue encontrándose infra-desarrollado⁵.

Sea cual sea el sentido abiertamente positivo o más crítico de la valoración, que en cual-

quier caso se encuentra ligado al volumen de expectativas generadas, lo cierto es que los comités de empresa europeos han constituido la punta de lanza de las relaciones laborales europeas desde la aprobación de la Directiva 94/45/CE por el Consejo de Europa, en septiembre de 1994⁶. Algo más de dos décadas después de la adopción de la conocida como Directiva sobre comités de empresa europeos, el número de empresas transnacionales que han establecido algún tipo de fórmula institucional para proporcionar derechos de información y consulta a sus plantillas europeas se sitúa por encima del millar. Este hecho hace que, en términos cuantitativos, de extensión y de visibilidad, los comités de empresa europeos constituyen el espacio de representación laboral más desarrollado dentro del sistema multi-nivel europeo de relaciones laborales. Más aún si se toma en consideración la actual parálisis de otros ámbitos de interlocución también creados a mediados de la década de los noventa, como el diálogo social europeo en sus dimensiones sectorial e interprofesional.

En opinión de algunos especialistas, el éxito (y también las limitaciones) de los comités de empresa europeos tienen también relación con el origen último de estos órganos de información y consulta a los trabajadores⁷. Frente a lo que ocurre con el resto de espacios de las relaciones laborales europeas, la práctica de representación de los trabajadores en la toma de decisiones corporativas no deriva de un impulso institucional y tampoco su inercia depende exclusivamen-

² BONI, G., «Introduction», en I. SCHOMANN, R. JAGODZINSKI, G. BONI, S. CLAUWAERT, V. GLASSNER y T. JASPERS (eds.), *Transnational Collective Bargaining at Company Level*, Brussels (European Trade Union Institute), 2012.

³ ARROWSMITH, J. y PULIGNANO, V.: «Introduction», en J. ARROWSMITH y V. PULIGNANO (eds.), *The Transformation of Employment Relations in Europe. Institutions and Outcomes in the Age of Globalization*, London and New York (Routledge), 2013.

⁴ DA COSTA, I.; PULIGNANO, V.; REHFELDT, U. y TELLOHANN, V.: «Transnational negotiations and the europeanization of industrial relations. Potential and obstacles», *European Journal of Industrial Relations*, nº 18 (2), p. 123-137, 2012.

⁵ WADDINGTON, J.: *European Works Councils. A Transnational Industrial Relations Institutions in the Making*, Abingdon (Routledge), 2011. También, y dentro de una abundante literatura sobre estudios de caso, ver el reciente KERCKHOFS, P.: *European Works Councils Developments Before, During and After the Crisis*, Dublin (Eurofound) 2015.

⁶ Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, DO L 254, de 30/9/1994, p. 64. Modificada posteriormente por la Directiva 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, DO L 10 22, de 16/02/1998; y por la Directiva 2006/109/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, DO L 363 416, 20/12/2006. Para una revisión del proceso político conducente a la adopción de esta pieza de regulación, ver KÖHLER, H.D. y GONZÁLEZ BEGEGA, S.: «¿Hacia un sistema de relaciones laborales europeo? La respuesta de los comités de empresa europeos», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 22 (1), p. 7-36, 2004.

⁷ RIVEST, C.: «Voluntary European Works Councils», *European Journal of Industrial Relations*, nº 2 (2), p. 235-253, 1996.

te de él. La regulación europea de mediados de la década de los noventa se limita a recoger, a respaldar y, en cierta forma, también a propalar un conjunto de soluciones intra-empresariales de diálogo social que llevaban en marcha desde la creación, en 1983, de un primer órgano europeo de representación de intereses laborales por parte de la empresa francesa Saint-Gobain⁸.

En este sentido, la regulación comunitaria de 1994 es deudora de la experiencia corporativa de un conjunto de empresas transnacionales con operaciones en varios países europeos que son pioneras en la práctica de información y consulta a sus respectivas plantillas de trabajadores europeas. El carácter voluntario de estas prácticas en las que se inspira la Directiva ha condicionado la orientación y las limitaciones de las distintas piezas europeas de regulación en materia de representación laboral. La existencia de un importante periodo de experimentación autónoma y no regulada por parte de las empresas, previo a la adopción de la normativa comunitaria, es un hecho ignorado en algunas periodizaciones que, de forma incorrecta, hacen arrancar la historia de la información y consulta a trabajadores en 1994 e ignoran la importancia de estos proto-comités de empresa europeos.

Ahora bien, la existencia de experiencias de representación laboral pioneras en algunas empresas transnacionales no implica en absoluto que, una vez activado el despliegue de la regulación, éste no haya sido el factor decisivo sobre el proceso de creación de comités de empresa europeos. A partir de 1994, las distintas fases en el establecimiento de nuevos órganos de información y consulta a los trabajadores han pasado a estar determinadas por la normativa europea, tanto en lo dispuesto por calendario de transposición que fija la Directiva 94/45/CE como, más recientemente, por el texto de la Directiva

2009/38/CE o Directiva revisada sobre comités de empresa europeos⁹.

Este argumento, que subraya el ahorrado del proceso de creación de comités de empresa europeos a las diferentes fases de desarrollo normativo sirve de hilo conductor para el presente artículo. El despliegue de la regulación europea sobre información y consulta de trabajadores permite interpretar los distintos momentos de aceleración y de ralentización en la creación de nuevos comités de empresa europeos. Más aún, la regulación europea ha construido la principal referencia práctica para la información y consulta a escala europea, sintetizando y reinterpretando la experiencia de los órganos de representación de trabajadores establecidos con anterioridad a 1994.

Con algunas limitaciones, la impronta de la regulación europea sobre el ejercicio de representación laboral y sobre la adaptación de los derechos de información y consulta por cada entorno corporativo también resultan evidentes. Aunque la naturaleza voluntarista de la Directiva elude cualquier tipo de imposición sobre la práctica del comité de empresa europeo, al menos siempre que las partes se ajusten a los plazos de negociación establecidos por ella, lo cierto es que los requerimientos subsidiarios recogidos en su anexo se han convertido en una suerte de modelo o referencia común que ha inspirado las negociaciones y ha acotado las expectativas de las partes. Ni la Directiva 94/45/CE ni, en su versión revisada, la Directiva 2009/38/CE, han provocado una convergencia completa entre las prácticas de información y consulta de las diferentes empresas, pero bajo su influjo, sí resulta detectable una cierta estandarización de arquitecturas institucionales y procedimientos¹⁰. Los sindicatos europeos han invocado los requerimientos subsidiarios de la Directiva en cada proceso de negociación o renegociación de comi-

⁸ GONZÁLEZ BEGEGA, S.: *Empresa Transnacional y Nuevas Relaciones Laborales. La Experiencia de los Comités de Empresa Europeos*, Madrid (La Catarata), 2011.

⁹ GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H.D.: «Génesis política y nuevas coberturas de la Directiva revisada sobre Comités de Empresa europeos», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 29 (2), p. 445-469, 2011.

¹⁰ EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE: *Benchmarking Working Europe 2013*, Brussels (European Trade Union Institute), 2014.

té de empresa europeo como un medio de asegurarse que la práctica de información y consulta de los trabajadores descansará sobre un suelo de mínimos. A pesar de ello, la literatura sobre estudios de caso sigue subrayando la existencia de una fuerte heterogeneidad de prácticas que, en algunos casos, adulteran o distorsionan lo establecido por la regulación europea¹¹.

El presente artículo tiene por objeto efectuar un análisis de las interconexiones existentes entre la creación de comités de empresa europeos y las fases de despliegue de la regulación europea en materia de información y consulta a los trabajadores. A partir de la explotación de la base de datos sobre comités de empresa europeos elaborada desde 1996 por el *European Trade Union Institute*, nuestra intención es dar continuidad a un cuerpo de la literatura sobre comités de empresa europeos que fue objeto de un elevado interés en la segunda mitad de los noventa, pero que después ha sido parcialmente abandonada¹²: aquella que se aproxima a la dimensión cuantitativa de los comités de empresa europeos, delimitando el alcance del proceso de creación de estructuras de información y consulta de trabajadores en empresas transnacionales y explorando los déficits de no cobertura de la regulación europea. Dicho de otra forma, aquella que se ocupa de analizar tanto el número y las características formales de los comités de empresa existentes como de las razones por las cuales un elevado número de empresas cubiertas por la Directiva no han creado su comité de empresa europeo¹³.

¹¹ JAGODZINSKI, R.: «Implementation of enforcement provisions of the European Works Councils Recast Directive: are sanctions really effective, proportionate and dissuasive?», *European Trade Union Institute Policy Brief*, nº 7/2014, 2014

¹² MARGINSON, P.; GILMAN, M.; JACOBI, O. y KRIEGER, H.: *Negotiating European Works Councils. An Analysis of Agreements under Article 13*, Luxembourg (Publications Office of the European Union), 1998; CARLEY, M. y MARGINSON, P.: *Negotiating European Works Councils: A Comparative Study of Article 6 and Article 13 Agreements*, Luxembourg (Publications Office of the European Union), 2000.

¹³ BLOKLAND, A.: *Accounting for the missing European Works Councils*, Utrecht (University of Utrecht), 2002.

La estructura del artículo será la siguiente. Después de la presente introducción y en la segunda sección, se describirán las principales etapas de despliegue de la regulación europea sobre información y consulta de los trabajadores en empresas transnacionales, cuatro en total. Nuestro argumento es que la trayectoria y el ritmo del proceso de creación de comités de empresa europeos, así como la existencia de techos de desarrollo perfectamente identificables, se encuentran íntimamente vinculados a lo establecido por las disposiciones de las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE. En la tercera sección del artículo, se examinará el alcance del proceso de creación de comités de empresa europeos, a lo largo del periodo 1983-2015, desde una perspectiva cuantitativa. Asimismo, se identifica una serie de factores organizativos e institucionales, comúnmente referidos por la literatura como explicativos de la decisión de acatamiento o ignorado de la regulación europea en materia de información y consulta y, por tanto, del establecimiento o no de un comité de empresa europeo. La cuarta y última sección recoge los resultados de nuestro análisis y argumenta que, aunque el impacto de las Directivas sobre comités de empresa europeos es aparentemente satisfactorio, el proceso no ha desarrollado su potencial ni en cobertura ni en calidad de prácticas de representación laboral y que ambas debilidades encuentran su origen en el retraimiento y la corteidad del cuerpo legal europeo sobre información y consulta de trabajadores en empresas transnacionales. Dentro de este mismo apartado de discusión se señala un conjunto de retos de investigación para el futuro acerca de las empresas transnacionales cubiertas por la Directiva pero aún sin comité de empresa europeo.

2. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA. FASES Y CARACTERÍSTICAS

La trayectoria de los comités de empresa europeos se extiende a lo largo de más de tres décadas, desde 1983, aunque estrictamente el

calendario de despliegue de la regulación europea sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas de dimensión comunitaria arranque en septiembre de 1994, con la adopción de la Directiva 94/45/CE por parte del Consejo Europeo. Esto es así porque, tal y como se ha indicado en la sección anterior, el periodo 1983-1994 contempla la aparición, en un número de empresas transnacionales, fundamentalmente de origen alemán, francés y nórdico, de experiencias de representación laboral a escala europea que anticipan la normativa comunitaria y que, en ausencia de cualquier soporte legal, deben ser vistas como inspiradoras de la regulación europea¹⁴.

Después de la adopción de la Directiva 94/45/CE, la literatura ha distinguido tres fases adicionales de despliegue normativo, que se ajustan al calendario de transposición de esta norma a los marcos legales nacionales,

primero, y después a la revisión de sus disposiciones efectuada a través de la Directiva 2009/38/CE y que encapsulan el proceso de creación de comités de empresa europeos¹⁵.

En conjunto, las fases que estructuran la creación de los comités de empresa europeos a lo largo del periodo 1983-2015 son cuatro, en función de la existencia o no de un marco legal europeo de información y consulta y, posteriormente, de las transformaciones experimentadas por éste: (1) la fase experimental o de los pioneros (1983-1994); (2) la de ventana de oportunidad, bajo el artículo 13 de la Directiva 94/45/CE (1994-1996); (3) la de voluntarismo regulado, bajo el artículo 6 de la misma Directiva (1996-2009); y (4) la de voluntarismo revisado, bajo la Directiva 2009/38/CE. A continuación se detallan las principales características y condicionantes para la negociación y el establecimiento de comités de empresa europeos dentro de cada una de estas fases.

TABLA 1. FASES DE DESPLIEGUE NORMATIVO SOBRE COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS (1983-2015)

	Fase 1 Experimental	Fase 2 Ventana de oportunidad	Fase 3 Voluntarismo regulado	Fase 4 Voluntarismo revisado
Periodo	1983 (1985) ¹⁶ -1994	1994-1996	1996-2009	2009-2016
Soporte legal	Acuerdos de empresa sin respaldo normativo	Artículo 13 de la Directiva 94/45/CE	Artículo 6 de la Directiva 94/45/CE	Directiva revisada 2009/36/CE
Comités de Empresa europeos	Proto-Comités de Empresa europeos. Dispersión de prácticas.	Adaptación y/o creación de Comités de Empresa europeos bajo iniciativa de la dirección corporativa.	Ralentización del ritmo de creación de Comités de Empresa europeos. Aprendizaje sindical.	Creación y/o renegociación de Comités de Empresa europeos. Cierta homogeneización de prácticas.

Fuente: Elaboración propia.

¹⁶ La creación del primer proto-Comité de Empresa europeo, tras la firma de un documento que recoge por escrito los protocolos básicos de competencias, partes representadas y funcionamiento del órgano de empresa, se produce en 1985 dentro de la empresa Thomson Grand Public. Desde 1983, la dirección de Saint-Gobain había mantenido reuniones informativas anuales con representantes de varias plantillas europeas, aunque sobre una base meramente informal.

¹⁴ RIVEST, C.: «Voluntary European Works Councils», *European Journal of Industrial Relations*, nº 2 (2), p. 235-253, 1996; GONZÁLEZ BEGEGA, S.: *Empresa Transnacional y Nuevas Relaciones Laborales. La Experiencia de los Comités de Empresa Europeos*, Madrid (La Catarata), 2011.

¹⁵ MÜLLER, T. y PLATZER, H.W.: «European Works Councils. A new mode of European Union regulation and the emergence of a European multi-level structure of workplace industrial relations», en B. KELLER y H.W. PLATZER (eds.), *Industrial Relations and European Integration. Trans- and Supra-National Developments and Prospects*, Aldershot (Ashgate), 2003; GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H.D.: «Génesis política y nuevas coberturas de la Directiva revisada sobre comités de empresa europeos», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 29 (2), p. 445-469, 2011.

2.1. Fase experimental o de los pioneros (1983-1994)

En términos de práctica, el proceso de creación de estructuras de representación de intereses laborales en empresas transnacionales con operaciones de dimensión europea anticipa en más de una década a la adopción de la regulación comunitaria en materia de información y consulta. En este sentido, las primeras experiencias de incorporación de trabajadores a la toma de decisiones corporativas a escala europea datan de mediados de la década de los ochenta. A pesar del carácter limitado de estas estructuras, de sus contenidos meramente informativos y de su instrumentalización por las direcciones de las empresas como herramientas de comunicación corporativa, estos proto-comités de empresa europeos constituyen el antecedente inmediato de la regulación europea sobre representación de intereses laborales en empresas transnacionales.

Tanto el debate político conducente a la adopción de la Directiva 94/45/CE como la concreción legislativa de los derechos de información y consulta que se efectúa en esta pieza legal encuentran una inspiración directa en la práctica de estas estructuras de empresa creadas con anterioridad a septiembre de 1994. De hecho, la arquitectura de la regulación sobre comités de empresa europeos, su carácter voluntarista y su apuesta por la subsidiariedad, son el resultado de la necesidad percibida por el legislador de utilizar la experiencia acumulada a nivel de empresa como punto de referencia para vencer importantes resistencias políticas tanto dentro del Consejo Europeo como entre diversos grupos de presión empresariales. Aunque este aspecto no haya sido exhaustivamente explorado por la literatura, el análisis de las experiencias de representación laboral previas a 1994 resulta fundamental para comprender el marco de oportunidades y de limitaciones para la información y consulta de trabajadores a escala europea que establecen las Directivas 94/45/CE y 2009/36/CE¹⁷.

¹⁷ MÜLLER, T. y PLATZER, H.W.: «European Works Councils. A new mode of European Union regulation and the emergence of a European multi-level structure of workplace industrial re-

En contexto, la emergencia de los primeros proto-comités de empresa europeos tiene lugar dentro de la transformación de las formas de representación de los intereses laborales en el ámbito de empresa que introducen en Francia las conocidas como *Lois Auroux* (1982), a tenor de las cuales un conjunto reducido de empresas francesas lideradas por la cristalera *Saint-Gobain* y el fabricante de componentes electrónicos *Thomson Grand Public* deciden extender las prácticas de información corporativa legalmente reservadas a sus plantillas francesas a los trabajadores de otras operaciones europeas. A través de un proceso de aprendizaje inter-organizacional, la práctica se propaga a otras empresas de origen alemán y nórdico a lo largo de la segunda mitad de los ochenta y primeros noventa. En cierto sentido, es la interpretación voluntaria de un cambio normativo en un socio nacional por parte de un conjunto de empresas transnacionales la que, casi una década después, inspira y permite finalmente dar forma a la regulación europea¹⁸.

2.2. Fase de ventana de oportunidad. El artículo 13 de la Directiva 94/45/CE (1994-1996)

La adopción de la Directiva 94/45/CE en septiembre de 1994 abre un nuevo periodo

lations», en B. KELLER y H.W. PLATZER (eds.), *Industrial Relations and European Integration. Trans- and Supra-National Developments and Prospects*, Aldershot (Ashgate), 2003.

¹⁸ Sobre las dificultades de desbloqueo político de las iniciativas de la Comisión Europea en materia de derechos de representación laboral en la toma de decisiones corporativas, ver LECHER, W.; NAGEL, B. y PLATZER, H.W.: *The Establishment of European Works Councils. From Information Committee to Social Actor*, Aldershot (Ashgate), 1999; KÖHLER, H.D. y GONZÁLEZ BEGEGA, S.: «¿Hacia un sistema de relaciones laborales europeo? La respuesta de los comités de empresa europeos», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 22 (1), p. 7-36, 2004, en lo relativo a los comités de empresa europeos. Para el caso de la participación de trabajadores en consejos de administración a través de la Sociedad Anónima Europea ver, entre otros, STOLT, M. y KLUGE, N.: «The potential of employee involvement in the SE to foster the Europeanization of labour relations», *Transfer. European Review of Labour and Research*, nº 17 (2), p. 181-191, 2011; GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H.D.: «La Sociedad Europea (SE). ¿Una oportunidad perdida para la democracia industrial en Europa?», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 33 (1), p. 65-91, 2015.

de creación de estructuras de representación laboral a escala europea sobre el soporte de la regulación, dentro del cual el calendario de despliegue normativo se convertirá en el principal elemento explicativo de los cambios de trayectoria en el proceso de creación de comités de empresa europeos. En sentido estricto, la Directiva 94/45/CE constituye el hito legal que da inicio a la segunda fase del proceso de extensión de la práctica de incorporación de trabajadores a la toma de decisiones corporativas en Europa. La pieza legal determina los umbrales de cobertura, el procedimiento básico de negociación y establece, en los términos ya abordados en la introducción del artículo, un conjunto de estándares de información y consulta únicamente vinculantes en caso de fracaso de las negociaciones dentro de su anexo.

La fase de ventana de oportunidad, que se extiende entre septiembre de 1994 y septiembre de 1996¹⁹, facilita la validación normativa de las experiencias de representación laboral pre-existentes y, al mismo tiempo, proporciona un incentivo de incorporación de nuevas empresas transnacionales al ámbito de la información y consulta de los trabajadores bajo un estándar legal altamente flexible. Atendiendo a las cifras de nuevos acuerdos de creación de comités de empresa europeos alcanzados entre 1994 y 1996, el éxito de este segundo objetivo resulta innegable. De hecho, como se recoge en la sección tres de este artículo, aún veinte años después, la mayor parte de comités de empresa europeos activos en 2015 fueron establecidos en este breve periodo de dos años,

independientemente de que posteriormente hayan podido ser renegociados.

La razón de esta verdadera ebullición en la negociación de comités de empresa europeos estriba en la prácticamente nula capacidad vinculante de la regulación europea bajo el artículo 13 de la Directiva 94/45/CE, más allá de una serie de aspectos formales de carácter procedimental y terminológico. Por ello, y dado que en este periodo la regulación únicamente sirvió, en el mejor de los casos, como punto de referencia externo a las negociaciones, el carácter de los acuerdos de creación de comité de empresa europeo y su grado de delimitación explícita de los derechos de información responden al equilibrio de fuerzas entre intereses laborales y de dirección corporativa dentro de cada empresa. En este sentido, la literatura identifica como determinante la densidad de derechos de participación laboral recogidos por el marco institucional doméstico de la empresa transnacional. Dentro de una gran heterogeneidad de experiencias, en algunos de los casos estudiados, la participación laboral en la creación de estos comités de empresa europeos fue marginal, existiendo dudas incluso de si llegaron a abrirse negociaciones formales o si la concreción del acuerdo es resultado únicamente de la iniciativa de la dirección corporativa. En otros casos, el acuerdo de creación del comité de empresa europeo fue negociado entre la dirección corporativa y una representación de trabajadores de la plantilla doméstica, sin representación laboral procedente de otras operaciones europeas²⁰. La reacción de sindicatos y de la Comisión Europea ante este tipo de situaciones fue de pragmatismo puesto que, independientemente de la ortodoxia de las negociaciones y de los efectos negativos sobre la futura práctica de información y consulta, el gran número de acuerdos concluidos

¹⁹ La Directiva 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, DO L 10 22, de 16/02/1998, por la que se incorpora al Reino Unido al ámbito de cobertura de la regulación europea sobre derechos de información y consulta de los trabajadores establece un periodo de adaptación similar de dos años de duración, comprendido entre los meses de diciembre de 1997 y 1999. El mismo principio ha sido aplicado a las empresas transnacionales con domicilio en alguno de los nuevos socios nacionales incorporados a la Unión Europea en las distintas oleadas de ampliación desde 2004.

²⁰ KOTTHOFF, H.: *Lehrjahre des Europäischen Betriebsrats. Zehn Jahre Transnationale Arbeitnehmervertretung*, Frankfurt (Sigma), 2006; GONZÁLEZ BEGEGA, S., *Empresa Transnacional y Nuevas Relaciones Laborales. La Experiencia de los Comités de Empresa Europeos*, Madrid (La Catarata), 2011.

entre 1994 y 1996 aseguró la rápida consolidación de los comités de empresa europeos²¹.

2.3. Fase de voluntarismo regulado.

El artículo 6 de la Directiva 94/45/CE (1996-2009)

La entrada en vigor de las disposiciones de la Directiva 94/45/CE, una vez finalizado el periodo transitorio de transposición de la norma a los marcos legales nacionales, abre un periodo de ralentización y atonía en la creación de nuevos comités de empresa europeos²².

El artículo 6 de la Directiva 94/45/CE establece, ahora sí, un conjunto de disposiciones que regulan el proceso de negociación del comité de empresa europeo, sujetándolo a un límite temporal y estableciendo el mandato de establecimiento de un órgano de información y consulta incluso en casos de fracaso de las negociaciones. En dicho supuesto, los requerimientos subsidiarios sobre composición y funcionamiento del comité de empresa europeo recogidos por el anexo de la Directiva serían de obligado cumplimiento por las partes.

La regulación del proceso de negociación del comité de empresa europeo proporciona una serie de seguridades a la parte laboral, de las que ésta carecía bajo el artículo 13. No obstante, al mismo tiempo, desaparecen los incentivos de adaptabilidad y ductilidad para las direcciones corporativas. Es precisamente este contexto cuando el *European Trade Union Institute* comienza a elaborar su base de datos sobre co-

mités de empresa europeos, concebida como un registro no oficial de los órganos de información y consulta existentes pero, sobre todo, como un instrumento para la detección, por parte de los sindicatos, de casos potenciales de empresas transnacionales cubiertas por la Directiva 94/45/CE pero sin comité de empresa europeo. La búsqueda de estos comités de empresa perdidos se convierte en un objetivo de la actuación sindical a escala europea, dispersando en un primer momento los esfuerzos de investigación sobre la práctica efectiva de la información y consulta a los trabajadores dentro de estos órganos²³. En cualquier caso, la ralentización del ritmo de creación de comités de empresa europeos a partir de 1996 puede ser interpretada en función de otros factores tales como el progresivo agotamiento del grupo de empresas transnacionales de gran tamaño sin comité de empresa europeo o las dificultades y el desinterés de los actores corporativos y laborales en empresas de menores dimensiones para comprometerse en un proceso de negociación de este tipo²⁴.

2.4. Fase de voluntarismo revisado.

La Directiva 2009/38/CE (2009-2016)

La adopción, tras un complejo proceso político de revisión normativa, de la Directiva 2009/38/CE constituye un nuevo punto de cambio pero no necesariamente de reactivación del proceso de creación de comités de empresa europeos²⁵. De hecho, su impacto se ha producido más sobre la renegociación de acuerdos²⁶.

²¹ LECHER, W.; NAGEL, B.; PLATZER, H.W. y WEINER, K.: *European Works Councils. Negotiated Europeanization. Between Statutory Framework and Social Dynamic*, Aldershot (Ashgate), 2002.

²² Las cifras pueden resultar equivocadas para el periodo 1997-1999, como resultado de la incorporación de las empresas domiciliadas en el Reino Unido al espectro de cobertura de la Directiva 94/45/CE. No obstante, es preciso recordar que dicha incorporación se efectúa bajo las mismas condiciones de flexibilidad recogidas por el Artículo 13, y que fueron de aplicación al resto de empresas domiciliadas en el resto de socios continentales europeos en la fase anterior.

²³ BLOKLAND, A.: *Accounting for the missing European Works Councils*, Utrecht (University of Utrecht), 2002.

²⁴ PLATZER, H.W.; RÜB, S. y WEINER, K.P.: «European Works Councils. Article 6 agreements. Quantitative and qualitative developments», *Transfer. European Review of Labour and Research*, nº 7 (1), p. 90-113, 2001.

²⁵ GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H.D.: «Génesis política y nuevas coberturas de la Directiva revisada sobre Comités de Empresa europeos», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 29 (2), p. 445-469, 2011.

²⁶ JAGODZINSKI, R.: «Review, revision or recast. The quest for an amended European Works Council Directive», en C. DEGRYSE

Los principales aspectos novedosos de la Directiva 2009/38/CE tienen que ver con el intento de subsanación de los incumplimientos en la práctica de información y consulta a los trabajadores en lo relacionado con el tiempo y forma de ejercicio de ambos derechos y con la naturaleza de los datos transmitidos por la dirección corporativa, de forma que estos sean efectivamente relevantes dentro del ámbito de competencia transnacional del comité de empresa europeo.

El efecto de la Directiva 2009/38/CE sobre la creación de nuevos comités de empresa europeos ha sido ciertamente limitado. Las iniciativas sindicales acerca de la inclusión en el texto de un registro obligatorio oficial para las empresas transnacionales cubiertas por la regulación que facilitase la detección de los comités de empresa europeos perdidos fueron desestimadas, desaprovechándose la oportunidad que el cambio normativo ofrecía para conferir un nuevo impulso cuantitativo al proceso²⁷. En efecto, un registro de este tipo, como el que recientemente ha creado la Comisión Europea para las Sociedades Anónimas Europeas²⁸, habría permitido subsanar algunos de los problemas de identificación de las empresas transnacionales de pequeño y mediano tamaño cubiertas por la Directiva. Al mismo tiempo, la creación de un registro oficial habría contribuido a visibilizar aún más un proceso, el de la representación de intereses laborales en la toma de decisiones corporativas que, dentro de la atonía generalizada actual de las relaciones laborales europeas, sigue ofreciendo un vigor considerable. La posibilidad de abordar ésta y otras cuestio-

nes relacionadas con la práctica de información y consulta contará con una nueva oportunidad política a partir de junio de 2016, con la apertura de un nuevo plazo para la revisión de la Directiva 2009/38/CE.

3. LOS COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS DOS DÉCADAS DESPUÉS. DE LA EBULLICIÓN AL ESTANCAMIENTO (1983-2015)

Atendiendo únicamente a las cifras, el impacto práctico de la regulación europea sobre información y consulta de trabajadores en empresas transnacionales resulta incontestable. A mediados de 2015, y tal como se recoge en el Gráfico 1, el número de comités de empresa activos se situaba en los 1.071, con un promedio de 25 nuevos órganos creados por año a partir de 2010. Por otro lado, el número de comités de empresa europeos disueltos alcanza los 240, de los cuales 177 lo han sido por razones de disolución de empresa o de transformación de la estructura corporativa.

La importa de la regulación europea y su capacidad para activar y consolidar rápidamente el proceso de creación de comités de empresa europeos en perfectamente visible en la ebullición que alcanza el establecimiento de nuevos órganos de información y consulta en el periodo de vigencia del artículo 13 de la Directiva 94/45/CE, con una cifra de 402 comités de empresa europeos establecidos en un solo año, 1996²⁹. A partir de la entrada en vigor del artículo 6 de la Directiva 94/45/CE, y a pesar de la incorporación de las empresas domiciliadas en el Reino Unido al ámbito de cobertura geográfica de la normativa en 1997, a través de la Directiva 97/74/CE, el ritmo de creación de nuevos comités de empresa europeos se ha ido estabilizando en un

(ed.), *Social Developments in the European Union 2008*, Brussels (European Trade Union Institute), 2009.

²⁷ BUSCHAK, W.: «The practical and legal problems of European Works Councils. Reviewing the Directive», en I. FITZGERALD y J. STIRLING (eds.), *European Works Councils. Pessimism of the Intellect, Optimism of the Will?*, London (Routledge), 2004.

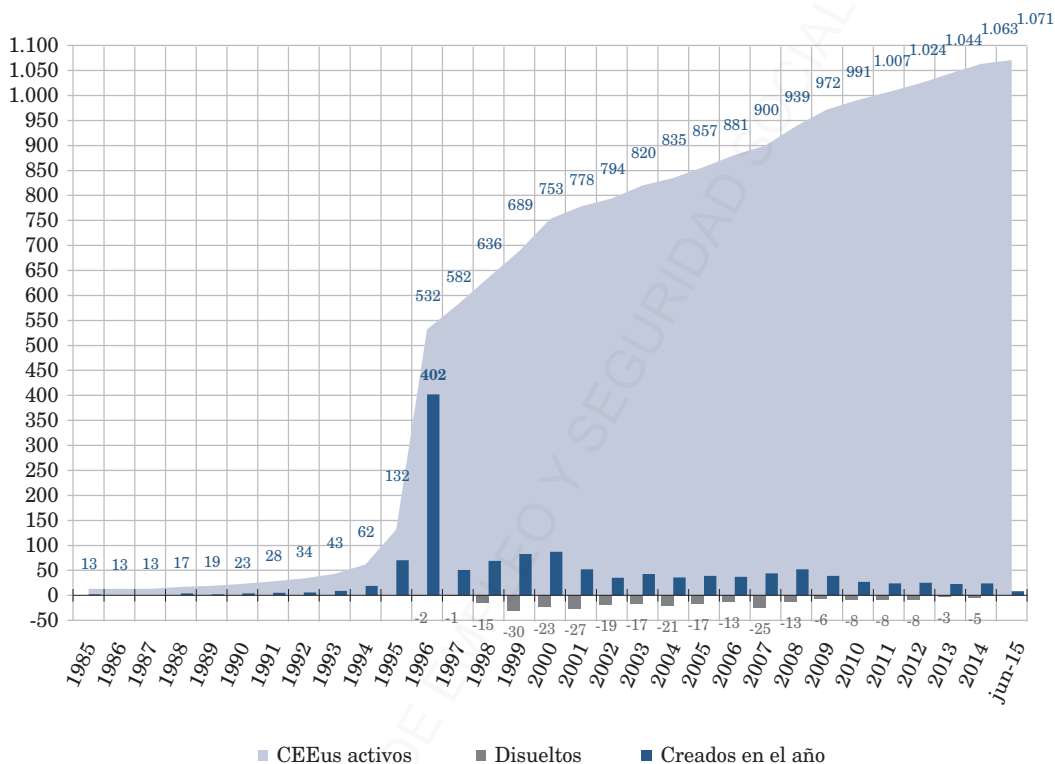
²⁸ GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H.D.: «La Sociedad Europea (SE). ¿Una oportunidad perdida para la democracia industrial en Europa?», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 33 (1), p. 65-91, 2015.

²⁹ Es decir, un 30,6% del total de Comités de Empresa creados a lo largo del periodo 1985-2015. Si se computa el número de Comités de Empresa europeos establecidos entre 1995-1996, 472, el porcentaje asciende hasta un 36,0% del total.

sentido ligeramente decreciente, que resulta más evidente a partir de 2010. La Directiva revisada 2009/38/CE, adoptada en 2009 e implementada en 2011, no ha supuesto un estímulo para el establecimiento de nuevos

comités de empresa europeos, más bien al contrario, como tampoco lo ha hecho la incorporación de los nuevos socios de la Unión Europea al marco regulatorio de información y consulta, desde 2004.

GRÁFICO 1. COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS CREADOS POR AÑO (1985-2015)



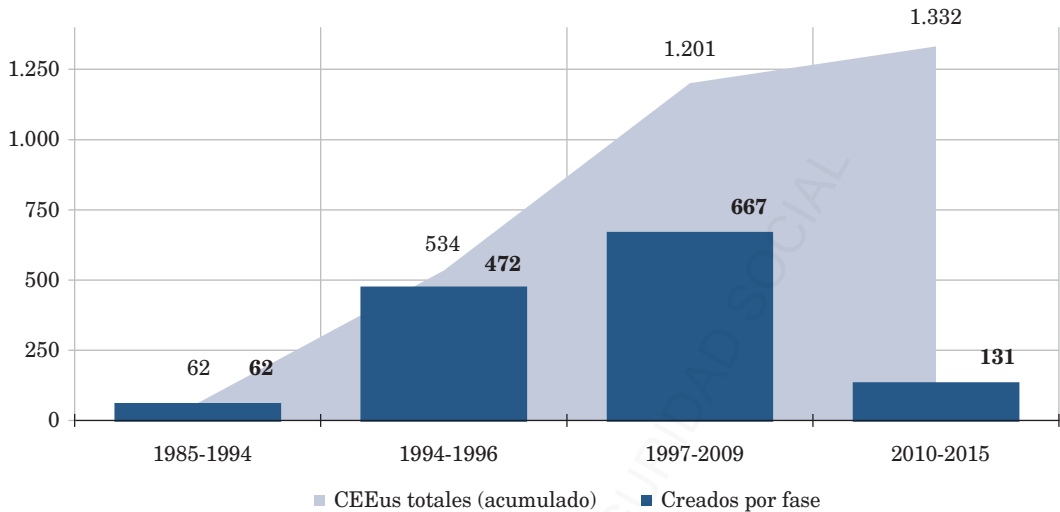
N=1.071.

Fuente: Elaboración propia. EWDCB 2015. Datos de Junio de 2015³⁰.

El Gráfico 2 agrupa los comités de empresa europeos creados según la fase de despliegue de la regulación sobre información y consulta de trabajadores dentro de la

cual fueron creados: (1) experimental (1983-1994); (2) de ventana de oportunidad (; (3) de voluntarismo regulado; y (4) de voluntarismo revisado. El Gráfico permite observar la huella aún persistente del periodo de ventana de oportunidad sobre el conjunto del proceso, a pesar de la renegociación posterior, bajo mayores condicionantes de homogeneización, de un número significativo de los acuerdos alcanzados bajo el artículo 13 de la Directiva 94/45/CE.

³⁰ DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R.: *European Works Councils and SE Works Councils in 2015. Facts and Figures*, Brussels (European Trade Union Institute), 2015. Las cifras incluyen también los órganos de información y consulta constituidos en las empresas acogidas al Estatuto de Sociedad Europea, con competencias similares a las reconocidas para los Comités de Empresa europeos.

GRÁFICO 2. COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS TOTALES CREADOS POR FASE DE DESPLIEGUE DE LA NORMATIVA

N=1.332.

Fuente: Elaboración propia. EWDCB 2015. Datos de Junio de 2015³¹.

De los 1.071 comités de empresa europeos activos en Junio de 2015, un 39,02 % (418) han sido constituidos bajo dicho artículo 13, bien en la modalidad de nuevo acuerdo o de acuerdo adaptado procedente de una experiencia de información y consulta previa a septiembre de 1994. Por el contrario, un 49,01 % de ellos (525) han sido establecidos bajo el Artículo 6 de la Directiva 94/45/CE o de la Directiva revisada 2009/38/CE³². Por otra parte, y del total de acuerdos alcanza-

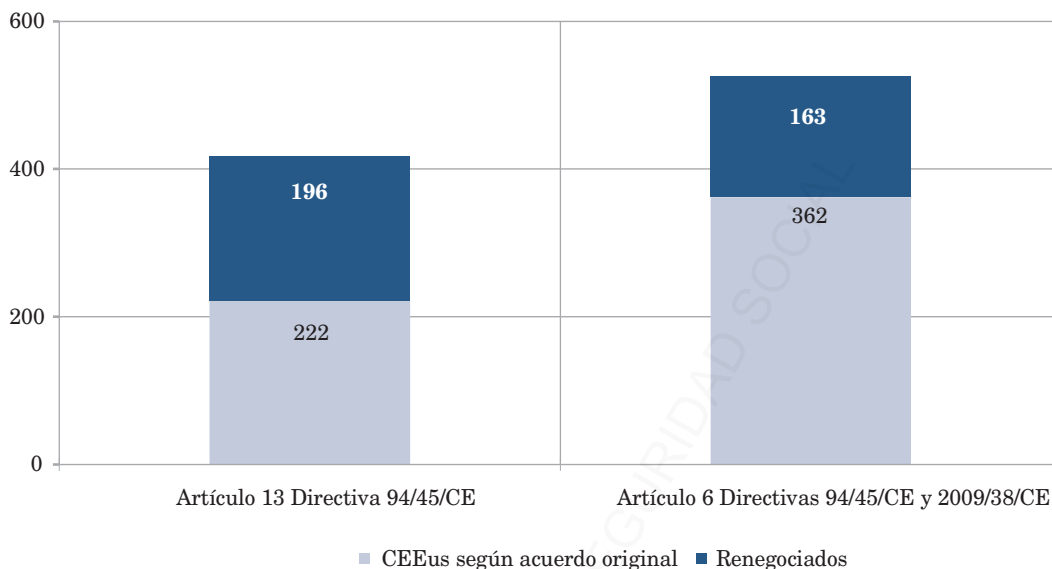
dos bajo el artículo 13 de la Directiva 94/45/CE, un 53,11 % (222) mantienen su primera redacción, mientras que han sido renegociados un 46,88 % (196). Entre los Comités de Empresa constituidos una vez implementada la normativa sobre información y consulta, el porcentaje de acuerdos originales alcanza el 68,95 % (362), mientras que el de renegociados se sitúa en el 31,04 % (163). Atendiendo a los datos que recoge el Gráfico 3, y considerando el largo marco temporal que se comprende entre septiembre de 1996 y junio de 2015, puede argumentarse que el impacto de la entrada en pleno vigor de la normativa europea sobre información y consulta de trabajadores a partir de septiembre de 1996 ha tenido una mayor incidencia sobre los procesos de adaptación de Comités de Empresa europeos ya existentes que sobre la creación de nuevos Comités de Empresa europeos.

³¹ DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R.: *European Works Councils and SE Works Councils in 2015. Facts and Figures*, Brussels (European Trade Union Institute), 2015. Las cifras incluyen también los órganos de información y consulta constituidos en las empresas acogidas al Estatuto de Sociedad Europea, con competencias similares a las reconocidas para los comités de empresa europeos. El Gráfico refiere al total de comités de empresa europeos creados, incluidos aquellos posteriormente disueltos.

³² Del restante 12% de acuerdos (128), un 9% (96) corresponden a acuerdos de comité de empresa de Sociedad Europea, un 1% (11) a procedimientos diversos todavía no adaptados de información y consulta y un 2% (21) son tipificados por la EWDCB bajo la categoría de otros. DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R.: *European Works Councils and SE*

Works Councils in 2015. Facts and Figures, Brussels (European Trade Union Institute), 2015.

GRÁFICO 3. COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS ACTIVOS NEGOCIADOS O RENEGOCIADOS POR TIPO DE SOPORTE NORMATIVO EN EL QUE SE APOYAN



N=1.071.

Fuente: Elaboración propia. EWADB 2015. Datos de junio de 2015³³.

Uno de los aspectos más interesantes de la explotación de la base de datos elaborada por el *European Trade Union Institute* es la posibilidad no solo de contabilizar el número de comités de empresa europeos creados sino también de estimar la cifra de empresas transnacionales cubiertas por la regulación pero que no han establecido un comité de empresa europeo. Esto la convierte en un importante instrumento de detección de los comités de empresa perdidos³⁴, al tiempo que subsana, aunque de forma incompleta, la ausencia de un registro oficial sobre cobertura de la regulación.

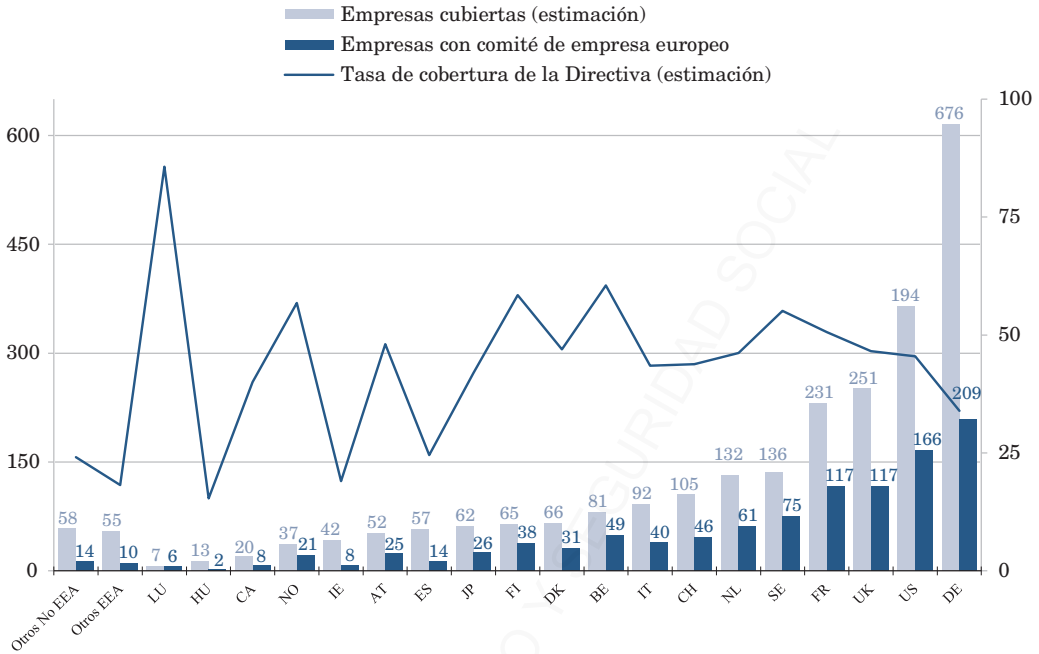
Los vacíos de cobertura que, sobre todo en algunos países, ofrece la normativa sobre información y consulta de trabajadores en empresas transnacionales muestra hasta qué punto la no implementación de la Directiva continúa siendo un territorio inexplorado³⁵. Las diferencias de distribución geográfica del impacto de la regulación, tanto en la estimación del número de empresas transnacionales cubiertas, como en aquellas que efectivamente han constituido un comité de empresa europeo, son muy significativas, tal y como puede observarse en el Gráfico 4.

³³ DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R.: *European Works Councils and SE Works Councils in 2015. Facts and Figures*, Brussels (*European Trade Union Institute*), 2015. Las cifras incluyen también los órganos de información y consulta constituidos en las empresas acogidas al Estatuto de Sociedad Europea, con competencias similares a las reconocidas para los comités de empresa europeos.

³⁴ BLOKLAND, A.: *Accounting for the missing European Works Councils*, Utrecht (University of Utrecht), 2002.

³⁵ WHITTAL, M.; LÜCKING, S. y TRINCZEK, K.: «The frontiers within. Why employee representatives fail to set European Works Councils», *Industrial Relations Journal*, nº 40 (6), p. 546-562, 2009.

GRÁFICO 4. TASA DE COBERTURA ESTIMADA DE LA REGULACIÓN SOBRE INFORMACIÓN Y CONSULTA POR PAÍS DE ORIGEN DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL



N=1.063.

Fuente: Elaboración propia. EWDCB 2014. Datos de diciembre de 2014³⁶.

Mientras que en algunos socios nacionales el proceso de los comités de empresa europeos resulta aún marginal, la concentración de comités de empresa europeos en empresas con domicilio social en Alemania, Francia o los Países Nórdicos, precisamente aquellos que lideraron el proceso de creación de estructuras de representación laboral durante la fase experimental, es evidente. En este sentido, la información recogida por la base de datos del *European Trade*

Union Institute confirma, en cada una de sus actualizaciones, los argumentos de la corriente de estudios sobre comités de empresa europeos que pone en relación el impacto del sustrato institucional doméstico de derechos de representación laboral a escala de empresa sobre el establecimiento de estos órganos, en primer lugar, y sobre la comprensión, asimilación y calidad de la práctica de información y consulta a los trabajadores, en segundo³⁷.

³⁶ No hay datos publicados sobre cobertura de la normativa en DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R.: *European Works Councils and SE Works Councils in 2015. Facts and Figures*, (European Trade Union Institute), Brussels, 2015. Se utilizan, en su lugar, datos propios de explotación de la EWDCB recogidos con fecha de diciembre de 2014. Debido al carácter complejo y fundamentalmente estimativo de este indicador, se ha solicitado y obtenido el permiso del *European Trade Union Institute* para publicar los datos.

³⁷ Entre otros, STRECK, W.: «Neither European nor works councils: a reply to Paul Knutsen», *Economic and Industrial Democracy*, nº 18 (2), p. 325-337, 1995; HUZARD, T. y DOCHERTY, P.: «Between global and local. Eight European Works Councils in retrospect and prospect», *Economic and Industrial Democracy*, nº 26 (4), p. 541-568, 2005; KOTTHOFF, H.: *Lehrjahre des Europäischen Betriebsrats. Zehn Jahre Transnationale Arbeitnehmervertretung*, Frankfurt (Sigma), 2006; PLATZER, H.W.: «Approaching and theorizing European Works Councils», en M.

El Gráfico 4 muestra la existencia de fuertes contrastes en cuanto a las dimensiones alcanzadas por el proceso de creación de comités de empresa europeos según país de origen de la empresa transnacional. Efectivamente, los comités de empresa europeos constituyen un fenómeno de alcance europeo, con un fuerte grado de penetración en empresas transnacionales de origen extra-europeo, aunque de neta importa alemana. De hecho, alrededor del 20% de comités de empresa europeos creados pertenece a empresas alemanas. Por otro lado, la baja cobertura relativa de la regulación europea sobre las empresas domiciliadas en Alemania (33,93 %) se relaciona más con la mayor capacidad de la base de datos del *European Trade Union Institute* para identificar empresas transnacionales cubiertas pero sin comités de empresa europeos (o comités de empresa perdidos) en este país³⁸ que por el desinterés de los actores corporativos y laborales hacia el proceso, tal y como ocurre en otros países, como por ejemplo España, Irlanda o la mayor parte de socios nacionales de la Europa de Este³⁹.

HERTWIG, L. PRIES y L. RAMPELTSHAMMER (eds.), *European Works Councils in Complementary Perspectives*, Brussels (*European Trade Union Institute*), 2009; WADDINGTON, J.: *European Works Councils. A Transnational Industrial Relations Institution in the Making*, London (Routledge), 2011; GONZÁLEZ BEGEGA, S.: *Empresa Transnacional y Nuevas Relaciones Laborales. La Experiencia de los Comités de Empresa Europeos*, Madrid (La Catarata), 2011; AHEDO SANTISTEBAN, M.: «Regulación blanda, negociación y aprendizaje en los comités de empresa europeos en las empresas multinacionales químicas alemanas en España», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 30 (1), p. 163-184, 2012; FETZER, T.: «From nationalism to European patriotism? Trade Unions and the European Works Council at General Motors», *European Journal of European Public Policy*, nº 19 (3), p. 342-357, 2015; CAVALLINI, M.; GOLD, M.; ROYLE, T. y SENATORI, I.: «Home country advantage? The influence of Italian, German and Austrian employee representatives in the UniCredit European Works Council», *European Journal of Industrial Relations*, nº 21 (4), p. 1-16, 2015.

³⁸ El 63,59 % (676) de todas las empresas transnacionales identificadas por la base de datos del *European Trade Union Institute* como cubiertas por la regulación europea son de origen alemán.

³⁹ Destacando el caso de Polonia, con un total de 14 empresas transnacionales identificadas por la base de datos del *European Trade Union Institute* como cubiertas por la regula-

Tras Alemania, y entre los países con al menos 100 empresas transnacionales identificadas por la base de datos del *European Trade Union Institute* como cubiertas por la regulación europea, los entornos domésticos con mayor grado de exposición a la Directiva son, por este orden, Estados Unidos, el Reino Unido, Suecia, Holanda y Suiza, con tasas de cobertura que varían entre el 43,81 % de esta última y el 55,15 % en el caso de las empresas de origen sueco.

No obstante, las tasas de cobertura de la regulación europea sobre información y consulta de trabajadores en empresas transnacionales se alcanzan en países de origen con un número inferior a las 100 empresas identificadas, destacando Bélgica (60,49 %), Finlandia (58,46 %), Noruega (56,76 %) y, aunque con una cifra pequeña de casos potenciales, Luxemburgo (85,71 %).

Por último, las dimensiones alcanzadas por el proceso de creación de comités de empresa europeos pueden ser descritas atendiendo a un conjunto de factores de naturaleza organizacional, entre los cuales la literatura destaca comúnmente tres:

(1) El sector de actividad al que se adscribe la empresa transnacional, con un mayor grado de concentración de comités de empresa europeos dentro de los sectores industriales que en el sector servicios;

(2) El tamaño de la empresa transnacional medido a partir del volumen de empleo de sus operaciones europeas, con la existencia de una correlación positiva entre mayor tamaño

ción europea sobre información y consulta, de las cuales ninguna ha constituido un comité de empresa europeo. No existe ningún estudio sobre la escasa penetración del proceso de creación de comités de empresa europeos en empresas transnacionales de origen español, siendo éste un importante vacío dentro de la literatura. Sí es detectable, por el contrario, un esfuerzo analítico de los comités de empresa europeos activos en empresas transnacionales de origen español. Ver, por ejemplo, GORDO, L.: «La negociación colectiva transnacional. Experiencias prácticas en la implementación de los comités de empresa europeos», *SASE Conference*, London, 04/06/2015, 2015.

y posibilidad de haber establecido un comité de empresa europeo; y

(3) La dimensión de la empresa medida en función de su internacionalización o número de operaciones nacionales dentro del ámbito de cobertura de la normativa europea de información y consulta, existiendo detectándose nuevamente una correlación positiva entre mayor número de operaciones nacionales y mayor posibilidad de haber establecido un comité de empresa europeo⁴⁰.

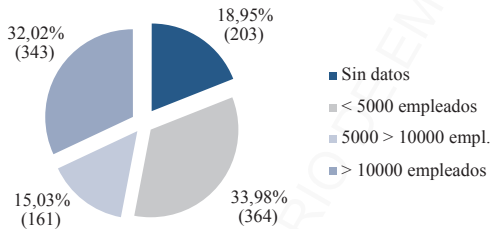
En cuanto a la distribución sectorial de los comités de empresa europeos activos, son el metal (373; 34,82 %), los servicios (239; 22,31%) y la industria química (190; 17,74 %), por este orden, los que concentran un mayor número de estructuras activas de información y consulta de trabajadores. En relación al volumen total de empleo,

las empresas transnacionales con más de 10.000 trabajadores concentran el 32,02 % (343) de los comités de empresa establecidos y activos, aunque la base de datos del *European Trade Union Institute* presenta algunos vacíos a este respecto, al carecer de información sobre el tamaño de las empresas en las que se aloja un 18,95 % (203) de los comités de empresa europeos activos.

Finalmente, y con limitaciones similares a las aludidas para el indicador anterior puesto que en este caso no existen datos para un 29,97 % (321) de los casos, el 42,01 % (450) de los comités de empresa europeos activos han sido establecidos en empresas transnacionales con un rango de operaciones nacionales dentro del ámbito de cobertura de la normativa que se sitúa entre cinco y diez. El Gráfico 5 recoge los datos básicos agregados relativos a estos dos últimos indicadores.

GRÁFICO 5. COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS POR VOLUMEN DE EMPLEO Y GRADO DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA

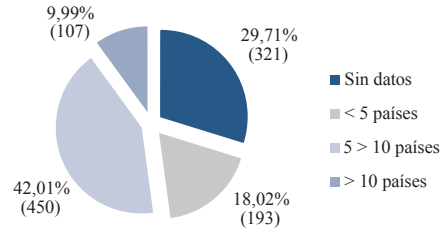
Comités de Empresa europeos por empleo



N=1.071.

Fuente: Elaboración propia. EWDCB 2015. Datos de junio de 2015⁴¹.

Comités de Empresa europeos por grado de internacionalización



4. DISCUSIÓN. LOS PROBLEMAS DE PARÁLISIS Y ORFANDAD DE IMPULSO REGULATORIO

El proceso de creación de comités de empresa europeos ha resultado altamente dependiente del intercalado de impulsos regulatorios orientados a estimular o a desbloquear situaciones de atonía o desinterés hacia la información y consulta a escala europea. En este sentido, el actual *impasse* de las relaciones laborales europeas, caracterizado por una crisis

⁴⁰ Buena parte de los indicadores y de las convenciones de análisis acerca de la dimensión cuantitativa de los comités de empresa europeos responden al esfuerzo de recogida e interpretación de datos llevado a cabo desde el *European Trade Union Institute*. Ver, en este sentido, KERCKHOFS, P.: *European Works Councils. Facts and Figures*, Brussels (*European Trade Union Institute*), 2006.

⁴¹ DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R.: *European Works Councils and SE Works Councils in 2015. Facts and Figures*, Brussels (*European Trade Union Institute*), 2015. Las cifras incluyen también los órganos de información y consulta constituidos en las empresas acogidas al Estatuto de Sociedad Europea, con competencias similares a las reconocidas para los comités de empresa europeos.

institucional y de ambición desde mediados de la década de los dos mil, no parece el más propio para provocar un cambio de escenario. De hecho, es el plano de las relaciones laborales de empresa, con los comités de empresa europeos, el Estatuto de Sociedad Europea y la negociación de acuerdos marco transnacionales el que ofrece un mayor vigor, frente a la astenia de los planos sectorial y, sobre todo, interprofesional del diálogo social europeo.

Ciertamente, el crecimiento vertiginoso del número de comités de empresa europeos creados en el periodo 1994-1996 constituye un contexto excepcional, motivado, por un lado, por el carácter no explorado del propio proceso y, por otro, por las particulares condiciones de incentivación del interés corporativo hacia la información y consulta de trabajadores desde la regulación europea. En realidad, el agotamiento posterior es resultado de la efervescencia inicial y de las prisas de los agentes políticos, Comisión Europea, y sociales, sindicatos, por asegurar rápidamente la consolidación del proceso. La relación entre despliegue normativo y evolución del número de comités de empresa europeos creados es evidente, al tiempo que permite subrayar que la confianza en iniciativas de auto-regulación puramente voluntaristas y sin respaldo legal, como las desarrolladas con anterioridad a 1994, tienen un recorrido limitado en términos de crecimiento y de impacto real.

La apuesta de la Comisión Europea por un modelo de regulación suave tiene, en el caso de los comités de empresa europeos, efectos netamente positivos en lo cuantitativo pero no tanto en la homogeneización de prácticas de información y consulta. La revisión de la Directiva 94/45/CE en 2009, a través de la Directiva 2009/38/CE, muestra como la elevación de los estándares de exigencia normativa no tiene efectos positivos en la creación de nuevos comités de empresa europeos, más aún si el texto finalmente aprobado deja en el camino algunas de las propuestas de reforma más ambiciosas, como la incorporación de un

registro oficial de empresas transnacionales cubiertas por la regulación.

Las diferentes oleadas de ampliación de la Unión Europea desde 2004 apenas han tenido efecto sobre el visibilizado de nuevos comités de empresa europeos potenciales. El infradesarrollo del proceso en países como España o los nuevos socios nacionales incorporados a lo largo de la década de los dos mil, donde la tasa de cobertura efectiva de la Directiva se sitúa en porcentajes significativamente bajos, debería llamar la atención acerca de la necesidad de conferir un nuevo impulso regulatorio al proceso. Dada la existencia de un conflicto de intereses estructural entre trabajo, políticamente inclinado hacia el control político de los efectos laborales de la globalización, y capital, interesado en la desregulación y la desestructuración de la representación laboral colectiva, la ambición del regulador resulta esencial para impedir que los esfuerzos institucionales llevados a cabo en el marco de la europeización de las relaciones laborales se conviertan en inocuos.

Ciertamente, las partes política y laboral tienen también su cuota de responsabilidad en la ralentización del proceso de creación de comités de empresa europeos. A pesar del impulso dado desde institutos de investigación como Eurofound o el *European Trade Union Institute* a la literatura sobre estudios de caso, con finalidad tanto de identificado y diseminado de buenas prácticas, como de señalado y avergonzado de otras no tan buenas, el interés por los comités de empresa europeos compite ahora con otras fórmulas de auto-regulación menos costosas institucionalmente, como la negociación de acuerdos marco transnacionales. La reorientación estratégica de las Federaciones de Industria Europeas hacia estos instrumentos responde a varios factores. En primer lugar, por la frustración generada por el hecho de que los comités de empresa europeos, salvo en contadas excepciones, no han conseguido convertirse en espacios de negociación transnacional y, cuando lo han logrado, lo han hecho bordeando el techo de competencias establecido por la normativa. En segundo lu-

gar, por las dificultades de articulación de los distintos intereses laborales nacionales y locales representados dentro de los comités de empresa europeos, que una organización sindical centralizada como una Federación de Industria permite, sino salvar, sí soslayar. Y, en tercer lugar, por la limitada capacidad de control sindical sobre las dinámicas internas de los comités de empresa europeos como órganos de empresa, aún después de las modificaciones introducidas por la Directiva 2009/38/CE.

La normativa europea ha abierto, es cierto, un importante espacio institucional para desarrollar la representación de intereses laborales en la toma de decisiones corporativas. Sin embargo, la eficiencia de estos espacios es insatisfactoria ante la velocidad de los procesos de integración económica y de reestructuración corporativa transnacional. Con el actual marco de regulación, los intereses empresariales siguen pudiendo bloquear y/o degradar el ejercicio práctico de los derechos de información y consulta. Al mismo tiempo, ante el escenario de parálisis de las relaciones laborales europeas no parece probable que se produzca un empuje normativo ambicioso cuando se abra un nuevo periodo de revisión para la Directiva 2009/38/CE en Junio de 2016.

La investigación cuantitativa y cualitativa sobre comités de empresa europeos puede contribuir a la activación política de instituciones europeas y sindicatos a favor de la revitalización de la información y consulta de trabajadores a escala europea. Para ello es necesario que dicha investigación recupere el ánimo especulativo de la segunda mitad de los noventa y aborde críticamente el estudio de las potencialidades no alcanzadas por los comités de empresa europeos.

La revisión de la Directiva 2009/38/CE puede aprovecharse políticamente para abrir una nueva ventana de oportunidad que reactive cuantitativamente los comités de empresa europeos y que actúe como palanca sobre el resto de dimensiones adormecidas de las relaciones laborales europeas. Una posibilidad, factible pero lejana por la ausencia de volun-

tad política, es proporcionar a estos órganos un soporte legal que les permita desarrollarse como espacios de negociación colectiva transnacional a escala europea.

REFERENCIAS

- AHEDO SANTISTEBAN, M.: «Regulación blanda, negociación y aprendizaje en los comités de empresa europeos en las empresas multinacionales químicas alemanas en España», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n° 30 (1), p. 163-184, 2012.
- ARROWSMITH, J. y PULIGNANO, V.: «Introduction», en J. Arrowsmith y V. Pulignano (eds.), *The Transformation of Employment Relations in Europe. Institutions and Outcomes in the Age of Globalization*, London and New York (Routledge), 2013.
- BLOKLAND, A.: *Accounting for the missing European Works Councils*, Utrecht (University of Utrecht), 2002.
- BONI, G.: «Introduction», en I. Schomann, R. Jagodzinski, G. Boni, S. Clauwaert, V. Glassner y T. Jaspers (eds.), *Transnational Collective Bargaining at Company Level*, Brussels (European Trade Union Institute), 2012.
- BUSCHAK, W.: «The practical and legal problems of European Works Councils. Reviewing the Directive», en I. Fitzgerald y J. Stirling (eds.), *European Works Councils. Pessimism of the Intellect, Optimism of the Will?*, London (Routledge), 2004.
- CARLEY, M. y MARGINSON, P.: *Negotiating European Works Councils: A Comparative Study of Article 6 and Article 13 Agreements*, Luxembourg (Publications Office of the European Union), 2000.
- CAVALLINI, M.; GOLD, M.; ROYLE, T. y SENATORI, I.: «Home country advantage? The influence of Italian, German and Austrian employee representatives in the UniCredit European Works Council», *European Journal of Industrial Relations*, n° 21 (4), 2015, p. 1-16.
- DA COSTA, I.; PULIGNANO, V.; REHFELDT, U. y TELLJOHANN, V.: «Transnational negotiations and the europeanization of industrial relations. Potential and obstacles», *European Journal of Industrial Relations*, n° 18 (2), p. 123-137, 2012.
- DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R.: *European Works Councils and SE Works Councils in 2015. Facts and Figures*, Brussels (European Trade Union Institute), 2015.
- EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE: *Benchmarking Working Europe 2013*, Brussels (European Trade Union Institute), 2014.

- FETZER, T.: «From nationalism to European patriotism? Trade Unions and the European Works Council at General Motors», *European Journal of European Public Policy*, n° 19 (3), p. 342-357, 2015.
- FITZGERALD, I.: «Introduction: employment participation in Europe», en I. Fitzgerald y J. Stirling (eds.), *European Works Councils. Pessimism of the Intellect, Optimism of the Will?*, London and New York (Routledge), 2004.
- GONZÁLEZ BEGEGA, S.: *Empresa Transnacional y Nuevas Relaciones Laborales. La Experiencia de los Comités de Empresa Europeos*, Madrid (La Catarata), 2011.
- y KÖHLER, H.D.: «Génesis política y nuevas coberturas de la Directiva revisada sobre comités de empresa europeos», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n° 29 (2), p. 445-469, 2011.
- : «La Sociedad Europea (SE). ¿Una oportunidad perdida para la democracia industrial en Europa?», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 33 (1), p. 65-91, 2015.
- GORDO, L.: «La negociación colectiva transnacional. Experiencias prácticas en la implementación de los comités de empresa europeos», *SASE Conference*, London, 04/06/2015, 2015.
- HUZZARD, T. y DOCHERTY, P.: «Between global and local. Eight European Works Councils in retrospect and prospect», *Economic and Industrial Democracy*, n° 26 (4), p. 541-568, 2005.
- JAGODZINSKI, R.: «Review, revision or recast. The quest for an amended European Works Council Directive», en C. DEGRYSE (ed.), *Social Developments in the European Union 2008*, Brussels (*European Trade Union Institute*), 2009.
- : «Implementation of enforcement provisions of the European Works Councils Recast Directive: are sanctions really effective, proportionate and dissuasive?», *European Trade Union Institute Policy Brief*, n° 7/2014, 2014.
- KERCKHOFS, P.: *European Works Councils. Facts and Figures*, Brussels (*European Trade Union Institute*), 2006.
- : *European Works Councils Developments Before, During and After the Crisis*, Dublin (Eurofound) 2015.
- KÖHLER, H.D. y GONZÁLEZ BEGEGA, S.: «¿Hacia un sistema de relaciones laborales europeo? La respuesta de los comités de empresa europeos», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n° 22 (1), p. 7-36, 2004.
- : «The European Works Council as a multi-dimensional contested terrain», *Employee Relations*, n° 32 (6), p. 590-605, 2010.
- KOTTHOFF, H.: *Lehrjahre des Europäischen Betriebsrats. Zehn Jahre Transnationale Arbeitnehmervertretung*, Frankfurt (Sigma), 2006.
- LECHER, W.; NAGEL, B. y PLATZER, H.W.: *The Establishment of European Works Councils. From Information Committee to Social Actor*, Aldershot (Ashgate), 1999.
- LECHER, W.; NAGEL, B.; PLATZER, H.W. y WEINER, K.: *European Works Councils. Negotiated Europeanization. Between Statutory Framework and Social Dynamic*, Aldershot (Ashgate), 2002.
- MARGINSON, P., GILMAN, M., JACOBI, O., y KRIEGER, H.: *Negotiating European Works Councils. An Analysis of Agreements under Article 13*, Luxembourg (Publications Office of the European Union), 1998.
- MÜLLER, T. y PLATZER, H.W.: «European Works Councils. A new mode of European Union regulation and the emergence of a European multi-level structure of workplace industrial relations», en B. KELLER y H.W. PLATZER (eds), *Industrial Relations and European Integration. Trans- and supra-National Developments and Prospects*, Aldershot (Ashgate), 2003.
- PLATZER, H.W.: «Approaching and theorizing European Works Councils», en M. HERTWIG, L. PRIES y L. RAMPELTSHAMMER (eds.), *European Works Councils in Complementary Perspectives*, Brussels (*European Trade Union Institute*), 2009.
- PLATZER, H.W.; RÜB, S. y WEINER, K.P.: «European Works Councils. Article 6 agreements. Quantitative and qualitative developments», *Transfer. European Review of Labour and Research*, n° 7 (1), p. 90-113, 2001.
- RIVEST, C.: «Voluntary European Works Councils», *European Journal of Industrial Relations*, n° 2 (2), p. 235-253, 1996.
- STOLLT, M. y KLUGE, N.: «The potencial of employee involvement in the SE to foster the Europeanization of labour relations», *Transfer. European Review of Labour and Research*, n° 17 (2), p. 181-191, 2011.
- STREECK, W.: «Neither European nor works councils: a reply to Paul Knutsen», *Economic and Industrial Democracy*, n° 18 (2), p. 325-337, 1995.
- WADDINGTON, J.: *European Works Councils. A Transnational Industrial Relations Institutions in the Making*, Abingdon (Routledge), 2011.
- WHITTAL, M.; LÜCKING, S. y TRINCZEK, K.: «The frontiers within. Why employee representatives fail to set European Works Councils», *Industrial Relations Journal*, n° 40 (6), p. 546-562, 2009.

RESUMEN

Los comités de empresa europeos constituyen la arena de diálogo social más desarrollada dentro del sistema europeo multi-nivel de relaciones laborales. El artículo revisa la trayectoria de consolidación de estos órganos para la representación de intereses laborales en la toma de decisiones corporativas en empresas transnacionales con operaciones en la Unión Europea. Se propone una periodización del proceso de creación de comités de empresa europeos en cuatro fases, identificando diferentes motivaciones internas y condicionantes externos. Para ello, además de analizar el despliegue de la regulación europea sobre información y consulta de los trabajadores en empresas transnacionales, se efectúa una explotación de la base de datos sobre comités de empresa europeos elaborada por el *European Trade Union Institute* y actualizada regularmente desde 1995. Nuestros resultados confirman la existencia de una estrecha vinculación entre el calendario de despliegue normativo y los avances en el proceso de creación de comités de empresa europeos, que explica los cambios de orientación y de ritmo dentro del mismo. Para concluir, el artículo argumenta que el carácter voluntarista de la regulación europea es uno de los factores explicativos de la actual parálisis de los comités de empresa europeos, a pesar del incremento de las tendencias de transnacionalización de empresas y sectores dentro de la Unión Europea.

Palabras clave: Comités de empresa europeos; relaciones laborales de empresa; participación de trabajadores; derechos de información y consulta; empresas transnacionales.

SUMMARY

European Works Councils (EWCs) constitute the most developed arenas of social dialogue within the European multi-level system of industrial relations. The article gives an overview over the consolidation trajectory of these bodies for employee interest representation in transnational companies with operations in the European Union. Based on the analysis of the gradual deployment of the legal framework on information and consultation rights for workers at European level and the use of the database on European Works Councils of the *European Trade Union Institute* (EWDCB), created in 1995, we propose a four-phase periodization which identifies different external motivations and internal drives in the establishment of European Works Councils. Our findings confirm a strong relationship between the deployment of the European legal framework on information and consultation and the progress in the establishment of European Works Councils which also explains pace changes in the long run. To conclude, we argue that the voluntaristic approach of the regulation is one of the main factors behind the current stagnation of European Works Councils in a context of growing transnationalization of companies and industries in the European Union.

Keywords: European Works Councils; Company level industrial relations; workers' participation; information and consultation rights; transnational companies.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Legislación

La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre los trabajadores domésticos

International promotion of decent jobs for domestic workers: ILO Convention n° 189 on domestic workers

RAQUEL VELA DÍAZ*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL: TRABAJO DECENTE Y NORMAS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO.-2. HACIA UNAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO SOBRE EL EMPLEO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO.-3. EL CONVENIO 189 Y LA RECOMENDACIÓN 201 DE LA OIT SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS: UNA VALORACIÓN PREVIA.-4. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES CONTENIDOS RECOGIDOS EN EL CONVENIO 189 DE LA OIT. 4.1. Normas Internacionales del Trabajo y protección de los Derechos Humanos. 4.2. Ámbito de aplicación. 4.3. Protección de los niños frente al trabajo doméstico. 4.4. Especial referencia a la protección de los trabajadores domésticos migrantes. 4.5. Los derechos de representación: libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva. 4.6. Derechos económicos y sociales de los trabajadores/as domésticos. 4.6.1. *La equiparación de los derechos laborales respecto a otros trabajadores.* 4.6.2. *El tiempo de trabajo.* 4.6.3. *La retribución.* 4.6.4. *Derechos en el entorno laboral: la seguridad y salud en el trabajo.* 4.7. La protección de la Seguridad Social en condiciones de igualdad con los trabajadores en general. 4.8. Aplicación y control del cumplimiento de los instrumentos normativos internacionales.-5. ESTADO DE RATIFICACION DEL CONVENIO 189 SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS POR LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA OIT.-6. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: TRABAJO DECENTE Y NORMAS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO

El origen del término «trabajo decente» se atribuye a la OIT que en 1999 lo definió por primera vez como «*el tra-*

bajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social». Cabe pues considerar que el término «trabajo decente» requiere una integración holística de empleo, derechos laborales y representación, así como derechos de seguridad social.

* Doctora en Ciencias del Trabajo. Profesora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén. Acreditada para Profesora Contratada Doctora.

Sin embargo, tras esta fórmula se encuentra la preocupación crítica de la propia OIT por las consecuencias que se derivan de la

globalización, donde las políticas neoliberales provocan, o incluso intentan legitimar, el deterioro de las condiciones laborales tanto en los países en desarrollo como en los industrializados. Se reconoce que la creciente y acelerada internacionalización económica favorece una creación de riqueza sin precedentes pero que ésta se distribuye de forma desigual entre países y también en el interior de cada país, de manera que la mayor parte de las personas no participan en sus beneficios¹.

El término «trabajo decente» en el marco de la OIT se ha caracterizado por su naturaleza abierta y evolutiva. En este sentido, en el año 2000 la OIT estableció una nueva definición del mismo en los siguientes términos: «*Trabajo productivo en el cual los derechos son respetados, con seguridad y protección y con la posibilidad de participación en las decisiones que afectan a los trabajadores*». Coinciden por tanto dos elementos centrales ya incluidos en la definición inicial, por un lado, que el trabajo decente es un trabajo productivo, o lo que es lo mismo, que debe insertarse en la actividad económica y no circunscribirse a garantizar la mera subsistencia de la persona trabajadora; y por otro lado, que se trata de un trabajo respaldado por una serie de derechos básicos.

Una de las últimas reformulaciones de «trabajo decente» se produce en el año 2008 definiéndose como «*la oportunidad de obtener un trabajo productivo con remuneración justa, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas para el desarrollo personal y la integración social, libertad para que los individuos manifiesten sus preocupaciones, se organicen y participen en las decisiones que afectan a sus vidas, así como en la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres*». Se constata así que la puesta en práctica del Programa de Trabajo Decente se logra a través de la aplicación de cuatro objetivos estratégicos establecidos por

la OIT: empleo, derechos de los trabajadores, diálogo social y protección social, añadiendo además como objetivo transversal la promoción de la igualdad de género.

Se desprende, por tanto, que estos cuatro objetivos se erigen en una parte fundamental del concepto evolutivo de «trabajo decente», dentro del itinerario marcado por la OIT en el marco del Programa de Trabajo Decente.

Los límites contenidos en dicho concepto, nos remiten obligatoriamente a las «normas fundamentales del trabajo» también proclamadas por la OIT y que gozan de una mayor fuerza jurídica, siendo, de hecho, el núcleo del trabajo decente². A este respecto, la protección de los derechos básicos de los trabajadores proclamada por la OIT, parte de la observancia de los Convenios Fundamentales de la OIT³, con el fin de conseguir que los derechos laborales gozaran de unas garantías internacionales. Formalmente, todos los Estados miembros de la OIT tienen el compromiso de respetar y promover los Derechos Fundamentales en el Trabajo, con independencia de que hayan ratificado o no los convenios correspondientes. De esta forma, cabe recordar que en el año 2000 la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración del Milenio, que se articuló en ocho grandes objetivos –los Objetivos de Desarrollo del Milenio–, con indicadores concretos,

² BAEZA SANJUAN, R.: Una aproximación al concepto de «trabajo decente», *op. cit.*, pág. 3.

³ Estas normas fundamentales del trabajo se articulan en torno a los siguientes ejes contenidos en los ocho Convenios considerados como fundamentales: Libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo de la negociación colectiva (Convenio nº 87 de 1948 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y Convenio nº 98 de 1949 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva); eliminación del trabajo forzoso (Convenio nº 29 de 1930 sobre trabajo forzoso y Convenio nº 105 de 1957 sobre abolición del trabajo forzoso); abolición del trabajo infantil (Convenio nº 138 de 1973 sobre la edad mínima y Convenio nº 182 de 1999 sobre las peores prácticas del trabajo infantil); eliminación de toda discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio nº 100 de 1951 sobre igualdad de remuneración y Convenio nº 111 de 1958 sobre discriminación en el empleo y la ocupación).

¹ BAEZA SANJUAN, R.: Una aproximación al concepto de «trabajo decente». Fundación Primero de Mayo, 10 de noviembre de 2009, pág. 1.

tangibles y evaluables, estando el «trabajo decente» incluido entre estos objetivos.

Sin embargo, tal y como declaró la Conferencia Internacional del Trabajo, «la dificultad de reducir los déficit de trabajo decente es mucho mayor cuando el trabajo realizado está al margen del ámbito o campo de aplicación de los marcos jurídicos e institucionales»⁴. Esta es la realidad social con frecuencia existente en torno al trabajo desarrollado en el ámbito doméstico. El empleo doméstico se ha venido percibiendo como una actividad que no forma parte del mercado de trabajo «productivo», quedando en numerosas ocasiones al margen de la legislación laboral y de seguridad social, ya sea explícita o implícitamente⁵. Por consiguiente, la legislación y las políticas reguladoras constituyen instrumentos esenciales para eliminar los aspectos negativos de la informalidad en este sector laboral, y al mismo tiempo, asegurar que las oportunidades de empleo y trabajo decente que ofrece esta actividad no se vean comprometidas⁶.

Y es que, aunque hay otros campos del Derecho como el Derecho Civil o el Penal y el área de los Derechos Humanos, que también brindan protección al colectivo de trabajadores domésticos, no pueden actuar como sustitutos de una legislación que aborde de forma más específica sus condiciones de trabajo y su protección social. De ahí la importancia de ampliar el alcance de la legislación laboral y de seguridad social desde una perspectiva internacional para elevar este sector al terreno de la economía formal⁷.

En definitiva, la decisión en su día de la OIT de incluir la elaboración de normas sobre

las trabajadoras y los trabajadores domésticos en la 99ª Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 2010, aunque sin duda con un carácter ciertamente tardío, pone de relieve las prioridades de la Organización Internacional del Trabajo a este respecto: el reconocimiento de que el trabajo de cuidado en el hogar debía inscribirse en el mandato de la OIT de promover el trabajo decente para todos; la determinación de llevar adelante la promoción de la protección social para los trabajadores vinculados en una considerable proporción a la economía informal, de conformidad con la resolución y las conclusiones que la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en 2002 sobre el trabajo decente y la economía informal; y la resolución de fomentar una globalización equitativa a la luz de la resolución de la OIT sobre el otorgamiento de un trato justo a los trabajadores migrantes, en una economía global caracterizada por importantes flujos de migración laboral.

2. HACIA UNAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO SOBRE EL EMPLEO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

El envejecimiento de las sociedades, los cambios en la organización del trabajo y la intensificación de éste, así como el acusado incremento de las tasas de actividad femeninas, y el déficit en la prestación de servicios de asistencia y sociales por parte de los Estados han dificultado cada vez más la conciliación del empleo remunerado con las responsabilidades del hogar. Como consecuencia, la dependencia respecto al trabajo doméstico realizado por terceras personas ajenas a los hogares ha aumentado en todo el mundo, como estrategia privada para contrarrestar las crecientes tensiones entre vida laboral y familiar.

A lo largo de los años, numerosos estudios universitarios e informes de expertos han analizado el fenómeno del trabajo doméstico desde una perspectiva histórica, económica, jurídica o sociológica. De toda esta literatura

⁴ OIT: Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal, adoptada en la 90ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002.

⁵ OIT: *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010.

⁶ OIT: *Protección eficaz de los trabajadores domésticos: guía para diseñar leyes laborales*, Ginebra, 2012.

⁷ *Ibidem*, págs. 2-3.

se desprende una importante conclusión: tanto las prácticas de discriminación por motivos de género, raza u origen social, como las raíces históricas del trabajo doméstico —que se hallan vinculadas a una relación de servidumbre entre el señor y el criado— han influido en las actitudes y las prácticas sociales actuales respecto de las trabajadoras y los trabajadores domésticos, contribuyendo a definir las, incluida la negación de los derechos laborales y de seguridad social de que disfrutaban las personas trabajadoras de otros sectores económicos. Así, pese a que la cuestión de su protección jurídica se planteó pronto en la historia del derecho del trabajo, este colectivo de personas empleadas de hogar no se beneficiaron de la expansión gradual de las políticas sociales y laborales que ha ido marcando la evolución socioeconómica⁸.

En este sentido, los derechos y las garantías de las personas empleadas de hogar se han situado en la retaguardia de los derechos y las garantías disfrutadas por otros colectivos de trabajadores, lo que llevó a la OIT a concluir en 1970 que *«en su conjunto, la mayoría de trabajadores domésticos parecen estar sobrecargados de trabajo e insuficientemente remunerados y protegidos»*⁹.

Por tanto, tradicionalmente, pese a su creciente significación económica y social, el trabajo doméstico ha sido, y sigue siendo, una de las formas de empleo más precarias, inseguras y desprotegidas, así como peor remuneradas. Los déficits de trabajo decente a los que han de hacer frente las personas trabajadoras del servicio doméstico son consecuencia de su vulnerabilidad jurídica y social. Se les excluye, ya sea *de jure* o *de facto*, de la protección efectiva de la legislación laboral y de los regímenes de

seguridad social nacionales, tanto en los países industrializados como en las regiones en desarrollo¹⁰.

El reconocimiento de esta realidad social ha supuesto que la situación de mayor vulnerabilidad laboral de este colectivo de trabajadores haya estado incluida en la agenda de la OIT desde hace ya varias décadas. Así, desde sus primeros tiempos la OIT reconoció la necesidad de mejorar la situación de estos trabajadores adoptando en 1948 una resolución relativa a las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos¹¹. En 1965 adoptó otra resolución en la que se instaba a la adopción de medidas normativas también en esta esfera, reconociendo la *«urgente necesidad de establecer un nivel de vida mínimo compatible con el respecto de la persona y de la dignidad humanas esenciales para la justicia social»*, en beneficio de los trabajadores domésticos tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo¹². En el año 1970 la OIT publicó el primer estudio relativo a la condición de los trabajadores domésticos en el mundo, en el que se puso de manifiesto que los trabajadores domésticos estaban *«especialmente desprovistos de protección jurídica y social, sujetos a la explotación»*, haciéndose caso omiso durante mucho tiempo en la mayor parte de los países de sus *«intereses legítimos y bienestar»*. A su vez, como ya se ha señalado, en el marco del Programa de Trabajo Decente se contempla también la necesidad de visibilizar y dignificar éste importante sector laboral de la economía.

Todas estas investigaciones constituyeron la base para la futura adopción de un instrumento normativo internacional sobre la regulación del empleo de las trabajadoras y trabajadores domésticos.

⁸ OELZ, M.: «El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, nº 1, 2014, pág. 162.

⁹ OIT: «Situación y condiciones de empleo de los trabajadores domésticos en los hogares privados: Estudio de la OIT», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 82, nº 4, 1970, págs. 433-444.

¹⁰ OIT: «Trabajo decente para los trabajadores del servicio doméstico: hacia unas nuevas normas internacionales del trabajo», *Trabajo: Revista de la OIT*, nº 68, abril 2010, pág. 4.

¹¹ *Vid.* Actas de las Sesiones de la 31ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, apéndice XVIII, pág. 529.

¹² *Vid.* Boletín Oficial de la OIT (Ginebra), julio de 1965, suplemento I, págs. 19 y 20.

De manera paralela, la cuestión de la inclusión de éste colectivo de trabajadores en el ámbito de aplicación de las normas internacionales del trabajo, se planteó ya en las etapas iniciales de la labor de la OIT. Distintos Convenios sobre seguridad social adoptados por la Organización en los decenios de 1920 y 1930 sobre aspectos como el seguro de enfermedad, el de invalidez o el de vejez estaban específicamente pensados para dar cobertura al «servicio doméstico». Sin embargo, a medida que la actividad normativa de la OIT fue evolucionando, fueron cada vez más los instrumentos que los excluyeron de su ámbito de aplicación¹³. Esta exclusión se debía sobre todo a que las normas se centraban en determinados sectores como el comercio o la industria¹⁴, entre otros, o a que la norma se limitaba a los trabajadores empleados por «establecimientos», de forma que dejaba fuera a los trabajadores cuyos empleadores eran particulares u hogares¹⁵.

Aunque la OIT continuó en ésta línea de adoptar normas para ocupaciones y sectores concretos –tales como los trabajadores en hoteles y restaurantes, los trabajadores portuarios, el personal de enfermería, los trabajadores del transporte por carretera o los trabajadores a domicilio– comenzó a abandonarse la idea de elaborar una norma referida de forma específica a las trabajadoras y trabajadores domésticos. Además, continuaron en aumento los convenios de la OIT con cláusulas que permitían a los Estados ratificantes la exclusión de determinados grupos de trabajadores de su ámbito de aplicación, figurando entre ellos los trabajadores domésticos¹⁶.

¹³ Como los relativos a la protección de la maternidad, el trabajo nocturno, los accidentes del trabajo y las horas de trabajo.

¹⁴ Es el caso de los primeros convenios sobre las horas de trabajo –Convenio nº 1 sobre las horas de trabajo (industria) de 1919, y Convenio nº 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) de 1930– o la protección de la maternidad –Convenio nº 3 sobre la protección de la maternidad de 1919.

¹⁵ OELZ, M.: «El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social», *op. cit.*, págs. 164-165.

¹⁶ Estas cláusulas de flexibilidad aparecían en normas internacionales que regulaban cuestiones de gran interés para

En definitiva, el conjunto de normas internacionales del trabajo elaboradas por la OIT antes de 2011, solo abordó las condiciones de los trabajadores domésticos de forma parcial, pues aunque diversos Convenios y Recomendaciones de la OIT se aplicaban de manera formal a las personas trabajadoras del sector doméstico, no tenían en cuenta ni las características específicas de su relación laboral, ni sus especiales necesidades de protección. Esto a su vez ha supuesto que estas normas no hayan sido suficientes para ofrecer una buena orientación a los Estados Miembros, de cara a mejorar sus leyes y sus políticas públicas en relación con la regulación normativa de éste sector laboral.

Si el trabajo decente ha de ser una realidad para este colectivo es preciso que sean reconocidas y comprendidas sus características. Las normas internacionales del trabajo existentes hasta ese momento, no ofrecían directrices adecuadas sobre el modo de garantizar una protección significativa para las personas trabajadoras del servicio doméstico, ya que, o no trataban el contexto específico en el que se presta este tipo de servicio, o permitían su exclusión explícita. Por ello, la decisión de debatir una norma sobre el trabajo decente para las personas empleadas de hogar en la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2010, vino a reconocer que este colectivo de personas trabajadoras es real, y tiene en cuenta el hecho de que la gran mayoría de estas trabajadoras en el mundo globalizado está constituida por mujeres, especialmente mujeres migrantes. Comenzó a fraguarse así una norma internacional específica para las trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico, que para ser eficaz, tendría que reafirmar las garantías con que ya cuenta este colectivo conforme a las normas vigentes de la

estos trabajadores, como el Convenio nº 131 sobre la fijación de salarios mínimos de 1970; el Convenio nº 132 sobre las vacaciones pagadas (revisado) de 1970; el Convenio nº 138 sobre la edad mínima de 1973; el Convenio nº 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981 o el Convenio nº 171 sobre el trabajo nocturno de 1990.

OIT, además de reconocer la particularidad de su relación de empleo y de disponer las normas específicas para convertir tales derechos en realidad¹⁷.

Finalmente, en junio de 2011, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en su 100ª sesión adoptó el Convenio n° 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos y la Recomendación n° 201 que lo complementa, siendo la primera vez que la OIT formulaba una norma internacional del trabajo destinada a este grupo específico de trabajadores, en su mayoría mujeres. Con este nuevo instrumento, al que se ha calificado de histórico, se imprime un nuevo impulso a la promoción y protección de los derechos laborales y de seguridad social de las personas empleadas de hogar, al establecer un marco de medidas y principios que pueden orientar la acción destinada a fortalecer las leyes, políticas e instituciones pertinentes de los países miembros.

Si bien es difícil reunir información sobre el número de trabajadoras y trabajadores domésticos a nivel mundial dada la inexistencia de datos exactos ni comparables, entre otras cuestiones por el alto porcentaje de empleo doméstico no declarado, o por el hecho de que numerosas estadísticas nacionales no incluyen a los trabajadores domésticos como una categoría concreta, sino que los incluyen en una categoría amplia que hace referencia de manera general a «actividades comunitarias, sociales y de servicios personales», los datos disponibles ponen de manifiesto que los trabajadores domésticos representan una proporción considerable de la fuerza de trabajo en todo el mundo.

Según estimaciones mundiales y regionales de la OIT, la actividad principal de al menos 52,6 millones de mujeres y hombres mayores de 15 años es el trabajo doméstico, cifra que representa aproximadamente el 3,6

por ciento del empleo asalariado en el mundo. La inmensa mayoría de las personas empleadas de hogar son mujeres: 43,6 millones o un 83 por ciento del total. Por ello, el trabajo doméstico es una fuente importante de empleo asalariado para las mujeres, pues representa el 7,5 por ciento del empleo femenino asalariado en todo el mundo, si bien, algunas regiones presentan cifras muy superiores: en América Latina y el Caribe, por ejemplo, una de cada cuatro mujeres con empleo remunerado es trabajadora doméstica¹⁸. No obstante, son estimaciones basadas en los datos estadísticos oficiales de los que se dispone, lo que significa que el número real de personas empleadas de hogar sea con seguridad mucho más elevado. De igual forma, la tendencia creciente que se observa en estos porcentajes muestra que el trabajo doméstico es un sector económico en expansión.

Estos datos ponen de manifiesto la necesidad y oportunidad del último Convenio aprobado por la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos y su homónima Recomendación, para establecer una base de mínimos en el Derecho del Trabajo Internacional en un sector laboral caracterizado por una mínima regulación.

3. EL CONVENIO 189 Y LA RECOMENDACIÓN 201 DE LA OIT SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS: UNA VALORACIÓN PREVIA

El Convenio 189 y la Recomendación 201 de la OIT fueron adoptados en junio de 2011, entrando en vigor dicho Convenio el 5 de septiembre de 2013.

La adopción de un Convenio y una Recomendación de la OIT sobre el trabajo decen-

¹⁷ OIT: «Trabajo decente para los trabajadores del servicio doméstico: hacia unas nuevas normas internacionales del trabajo», *op. cit.*, pág. 6.

¹⁸ OIT: *Los trabajadores domésticos en el mundo: estadísticas mundiales y regionales y alcance de la protección jurídica*. Resumen Ejecutivo, 2013.

te para las personas trabajadoras del sector doméstico, pone de manifiesto el giro que se ha producido en el planteamiento de políticas sobre la regulación del trabajo en este sector. Representan un punto de inflexión en cuanto a la protección de los derechos de estos trabajadores, brindando así una oportunidad para subsanar esa tradicional carencia o incluso ausencia total de políticas públicas en éste ámbito. Proporcionan de este modo un marco internacional sin precedentes de normas mínimas específicas para éste sector laboral, con las que corregir las deficiencias que han caracterizado las prácticas sociales en torno al empleo doméstico respecto de otros sectores económicos.

El Convenio 189 y la Recomendación 201 de 2011 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos establecen los ámbitos básicos en los cuales los trabajadores de este sector deberían gozar de protección laboral y social, prestando especial atención a las personas empleadas de hogar migrantes, las que viven en el domicilio del empleador o empleadora y los jóvenes. Así, dicho Convenio estipula las normas mínimas a nivel mundial sin alterar las normas más favorables para este colectivo de trabajadores que puedan existir, tanto en el marco de otros Convenios internacionales sobre el trabajo, como de las propias legislaciones nacionales.

De esta forma, la adopción de dichos instrumentos internacionales supone la dignificación con carácter universal de un trabajo tradicionalmente ejercido por los sectores más vulnerables de la población, entre ellos, las mujeres, y en una importante proporción, trabajadoras migrantes¹⁹, pudiendo calificarse como un hecho histórico, como una conquista

¹⁹ Pese a tratarse de una actividad desempeñada mayoritariamente por trabajadoras, tal y como indican las estadísticas, las referencias que sin embargo se recogen en el texto del Convenio lo hacen siempre en masculino (trabajador doméstico), y aunque se utiliza como un término genérico y por ello, en principio neutro, es cierto que su utilización reiterada impide visualizar la realidad social a la que se dirige y por tanto, la realidad de las auténticas protagonistas de este trabajo.

social, como la consecuencia de una potente reivindicación sindical y de organizaciones no gubernamentales e institucionales, aunque de manera tardía si tenemos en cuenta los objetivos declarados de la OIT desde su constitución²⁰. Por ello, el Convenio 189, al reconocer para las trabajadoras y trabajadores domésticos un conjunto básico de derechos fundamentales, aquellos mismos que han inspirado desde siempre la normativa internacional de trabajo, está dando un importante paso en su objetivo final de consecución de la justicia social. Se considera así que el Convenio adopta el valor de las grandes declaraciones de principios al garantizar, respecto a los trabajadores domésticos, la prestación de sus servicios en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana²¹.

El Convenio 189 promueve una regulación estatal que garantice para la persona que trabaja al servicio del hogar familiar, condiciones mínimas de trabajo y protección social equiparables al resto de trabajadores, y a su vez, el establecimiento de un sistema de protección judicial y de tutela administrativa que lo permita

Cabe también indicar, a modo de reflexión, que cuando la OIT ha llevado el sistema de normas a este sector laboral considerado en un importante número de países dentro de la economía informal, lo hace en un momento de una recesión económica grave y generalizada. Esto sin duda ha constituido un reto impor-

²⁰ Cabe indicar, no obstante, que aunque de forma indirecta, el trabajo doméstico había sido afectado por otras normas de la OIT, como el Convenio nº 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949; el Convenio nº 143 sobre los trabajadores migrantes (revisado) de 1975; el Convenio nº 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981; el Convenio nº 181 sobre las agencias de empleo privadas de 1997; y la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo de 2006 así como el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos de 2006.

²¹ QUESADA SEGURA, R.: «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 27, 2011, pág. 2-4.

tante para las legislaciones nacionales y sus sistemas de protección social. No se duda de la oportunidad de la norma y de su necesidad y justicia, sino del éxito de su ratificación. También a este respecto cabe mencionar aquellos Estados que gozan de Constituciones sociales y de un sistema de bienestar social en los que hace tiempo que se les ha considerado trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena, si bien, en la mayoría de los casos, con una regulación específica basada en las peculiaridades de este tipo de trabajo²². En este sentido, las legislaciones nacionales, fundamentalmente las europeas, suelen superar los mínimos que se establecen en este Convenio²³.

No obstante, a nivel mundial se siguen observando deficiencias en la protección de los trabajadores domésticos que otorgan las leyes laborales sobre diversos aspectos, entre ellos, la cobertura de seguridad social, que o bien no se aplican a este colectivo de personas trabajadoras, o su alcance protector se aplica de manera deficitaria, es decir, con una intensidad de protección menor.

4. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES CONTENIDOS RECOGIDOS EN EL CONVENIO 189 DE LA OIT

4.1. Normas Internacionales del Trabajo y protección de los Derechos Humanos

Partiendo del principio consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos según el cual «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos», los diversos tratados de derechos humanos emanados de las Naciones Unidas y de otras organizaciones de carácter regional tienen como meta principal la promoción y protección de

los derechos humanos de todas las personas. Así, el conjunto de derechos recogidos en estos instrumentos, tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, son extensibles también a los trabajadores del ámbito laboral doméstico. Y aunque este tipo de normas internacionales no contemplan de manera explícita a los trabajadores domésticos como un grupo, sí es cierto que los diferentes mecanismos de derechos humanos regionales y mundiales les suelen prestar una atención especial, evidenciando y puntualizando las obligaciones internacionales de los Estados respecto de este colectivo de trabajadores. Por este motivo, el Preámbulo del Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos menciona expresamente todos estos otros instrumentos por considerarlos «pertinentes» respecto a la protección de estos trabajadores²⁴.

De esta forma, aunque este Convenio está estructurado de manera similar a la práctica normativa tradicional de la OIT, resulta innovador el hecho de que establezca una vinculación entre el derecho internacional del trabajo, y las normas internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas. En esta línea, el art. 3.1 establece que «*Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos, en conformidad con las disposiciones del presente Convenio*», lo que refleja una orientación y un enfoque basado en los derechos humanos que no queda reflejado de esa forma en otros

²² Como España, Italia, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Holanda, Bélgica o Suiza.

²³ QUESADA SEGURA, R.: «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011», *op. cit.*, pág. 5.

²⁴ Como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y en particular su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, así como su Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares.

convenios de la OIT, reconociendo a su vez que las condiciones de trabajo deben de estar sujetas a las obligaciones internacionales de los Estados Miembros en materia de derechos humanos.

Las múltiples referencias a la protección efectiva de los derechos humanos identifica especialmente esta norma del trabajo, mostrando así la especial preocupación del legislador internacional al respecto. Esta preocupación queda también plasmada en la obligación que el texto del Convenio impone a los países miembros en cuanto a la necesaria adopción de «medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia», tal y como se desprende del art. 5.

A su vez, el Convenio 189 y la Recomendación 201, como todos los demás instrumentos de la OIT, son normas mínimas que no reducen los niveles de protección más elevados que se establezcan en otros ámbitos. Así se desprende de su artículo 19 que establece que «El presente Convenio no afecta a las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores domésticos en virtud de otros convenios internacionales del trabajo».

4.2. Ámbito de aplicación

Respecto a su ámbito de aplicación, el art. 2.1 del Convenio 189 de la OIT muestra el carácter universal del mismo, al establecer que «se aplica a todos los trabajadores domésticos». Se trata por tanto de una declaración de extensión globalizada, aunque admite determinadas excepciones. Se muestra así la voluntad de que el alcance de este instrumento abarque al mayor ámbito posible de aplicación, para poder contrarrestar la deficiente cobertura ofrecida a este colectivo de trabajadores en otras normas internacionales del trabajo. Se incluyen de esta forma los trabajadores nacionales y extranjeros a tiempo completo y a tiempo parcial, y los que se alojan en el hogar donde prestan sus servicios y los que no lo hacen.

En relación con las excepciones, el art. 2.2 contempla la posibilidad de que los Estados que ratifiquen este Convenio puedan excluir de su ámbito de aplicación de forma total o parcial a determinadas categorías de trabajadores domésticos. La concesión de ésta prerrogativa obedeció, entre otros motivos, al deseo de evitar obstáculos a la ratificación en los casos en que el Convenio no se adaptara a un grupo particular de trabajadores domésticos²⁵. De esta forma, el precepto establece las condiciones para poder llevar a cabo ésta exclusión respecto a determinadas categorías. Para ello, deben celebrarse por parte de los Estados consultas con las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores así como con organizaciones representativas de trabajadores domésticos y organizaciones representativas de los empleadores de estos, siempre y cuando las mismas existan.

Las categorías de trabajadores que pueden ser parcial o totalmente excluidos son las siguientes: en primer lugar, a aquellas para las que esté previsto otro tipo de protección que al menos sea equivalente. Parece que se refiere a aquellas categorías que por su especialización puedan ser objeto de un régimen específico (por ejemplo los chóferes de coches particulares). En segundo lugar, a aquellas categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se planteen problemas especiales de carácter sustantivo²⁶. Si bien se deja en este caso un amplio margen de acción a los Esta-

²⁵ OELZ, M.: «El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social», *op. cit.*, págs. 174-175.

²⁶ A modo de ejemplo, esta excepción podría atribuirse a aquellas personas que prestan servicios en el hogar familiar pero mediante una determinada relación de colaboración como las denominadas *au pair*. La idea sobre el trabajo *au pair* se vincula a jóvenes que quieren desplazarse a otros países para mejorar el conocimiento del idioma y cuidar a los niños de una familia e incluso les enseñan el idioma de su país. Se trata por tanto de una relación compleja por la dificultad de encuadrarla en un orden jurídico determinado, quedando tradicionalmente fuera de las pautas de regulación del trabajo doméstico. El Acuerdo Europeo sobre Colocación *Au Pair* de 24 de noviembre de 1969 afirma que se trata de una relación «de colaboración y convivencia», donde las prestaciones de trabajo y remuneración

dos ratificantes, el apartado tercero del art. 2 viene a contrarrestar un poco ésta facultad, pues establece que todo Miembro que se acoja a esta opción, en la primera memoria relativa a la aplicación del Convenio que presente debe indicar toda categoría particular de trabajadores excluidos en virtud de ésta posibilidad, así como las razones de tal exclusión, y en las memorias subsiguientes deberá especificar todas las medidas que se hayan podido adoptar con el fin de extender la aplicación del Convenio a los trabajadores interesados.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) evaluará si estas exclusiones se han realizado conforme a los requisitos establecidos en el citado precepto.

En cuanto qué se debe entender por trabajador doméstico, según el art. 1 la expresión «trabajador doméstico» designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo, y la expresión «trabajo doméstico» como aquel trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos. Esta definición se complementa con la exclusión contenida en el apartado c) de dicho precepto, al puntualizar que aquella persona que realice trabajo doméstico «únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considerará trabajador doméstico».

De ambas definiciones y de la exclusión referida, se deducen las notas que caracterizan el contrato de trabajo doméstico de acuerdo a la norma internacional. Por un lado, la prestación debe realizarse «en el marco de una relación de trabajo», por tanto, de una relación profesional. Ello implica que deben darse las notas generales que caracterizan la relación

tienen un carácter marginal respecto a la causa principal que es la del intercambio de ayudas personales.

Más ampliamente *vid.* QUESADA SEGURA R.: «La distinción entre *au pair* y la relación laboral de trabajo al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas», *Revista Aranzadi Social*, nº 4, 1999.

de trabajo por cuenta ajena: voluntariedad, ajeneidad, retribución y dependencia. Esto supone dejar fuera del ámbito de aplicación del Convenio 189 las relaciones de trabajo en las que falte alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídico laboral²⁷. Por otro lado, el trabajo se debe de prestar «en un hogar u hogares o para los mismos». Podría entenderse así que queda fuera de su ámbito de aplicación la relación laboral concertada por personas jurídicas, aunque su objeto sea la prestación de labores domésticas, teniendo en cuenta que la referencia se hace siempre al representante de un hogar familiar, tratándose por tanto de una persona física. Por último, destaca la necesaria habitualidad o continuidad que debe caracterizar la prestación del trabajo doméstico, pese a que no se recoja ninguna precisión que indique cuando una actividad se considera ocasional o esporádica, o por el contrario, habitual²⁸.

A su vez, y como se puede comprobar, el precepto opta por introducir una definición genérica de lo que se considera trabajo doméstico, considerándose como todo aquel que se realiza en un hogar u hogares o para los mismos. Por una parte, tiene en cuenta la posibilidad cada vez más habitual de que los trabajadores domésticos trabajen para varios hogares de manera paralela y a tiempo parcial. Por otra parte, ésta definición permite considerar como modalidades de trabajo doméstico un conjunto de actividades variadas que contribuyen al

²⁷ QUESADA SEGURA, R.: «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011», *op. cit.*, pág. 7.

En este sentido quedan excluidos los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad como ocurre en la normativa común de trabajo.

²⁸ Un sector de la doctrina en España ya denunció en su día respecto a una regla similar establecida en el RD 1424/1985 que regulaba la relación laboral del trabajo en el hogar familiar, la utilización de criterios de contenido tan poco preciso, señalando lo arriesgado de utilizar términos tan ambiguos que podían implicar la expulsión de grupos importantes de trabajadores de una norma protectora. *Vid.* DE LA VILLA GS, L.E.: «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar en las relaciones especiales de trabajo», *Documentación laboral*, 1986, nº monográfico, pág. 212.

funcionamiento ordinario del hogar y al bienestar de las personas que lo componen. En este sentido, se incluye tanto el trabajo realizado dentro del hogar, como el que se realiza fuera del mismo, como las labores de jardinería, la conducción de vehículos, la realización de compras y la supervisión de los hijos de la familia en sus ratos de esparcimiento²⁹.

4.3. Protección de los niños frente al trabajo doméstico

Entre los Convenios Fundamentales del Trabajo promulgados por la OIT, el Convenio 138 sobre la edad mínima de 1973 señala que esta edad no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, ni podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general, puntualizando además en su art. 3 que la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, no deberá ser inferior a dieciocho años³⁰. Dentro de esta misma categoría de Convenios, el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999 exige a los Estados que prohíban determinados tipos de trabajos y actividades vinculadas a ciertas formas de esclavitud, o que por sus condiciones, sean lesivas para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, considerando a efectos de dicho Convenio el término «niño» a toda persona menor de 18 años.

Estimaciones recientes de la OIT muestran que en todo el mundo hay 11,5 millones de trabajadores domésticos menores de edad,

²⁹ OIT: *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Informe IV, *op. cit.*, págs. 36-43.

³⁰ El Convenio 138 de la OIT fija la edad mínima general en 15 años para la admisión al empleo, si bien introduce cierta flexibilidad para que los países en vías de desarrollo fijen la edad mínima en 14 años. Los estudios llevados a cabo manifiestan que los menores de edad comienzan a trabajar en el empleo doméstico cuando son aún muy jóvenes, la mayoría entre los 12 y 14 años.

es decir, que no han alcanzado la edad mínima de admisión al trabajo o llevan a cabo trabajos considerados peligrosos³¹. Por ello, a través del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), la OIT trabaja con gobiernos, organizaciones de empleadores y trabajadores así como la sociedad civil en general, con el fin de prevenir y suprimir el trabajo infantil en el ámbito doméstico.

Esta preocupación por la abolición efectiva del trabajo infantil queda también reflejada en el Convenio 189 y la Recomendación 201 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, en su línea de protección de los derechos humanos, tal y como se desprende del artículo tercero del Convenio. De manera más específica, el art. 4 de dicho Convenio presta una especial atención a la protección de los menores de edad, recogiendo dos medidas para ello.

La primera medida, en la línea de reafirmar las disposiciones establecidas en los Convenios 138 y 182, contempla la obligación por parte de los países miembros de fijar una edad mínima acorde y compatible con las disposiciones establecidas en dichos Convenios Fundamentales: el Convenio 138 sobre la edad mínima y el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, edad que en todo caso, tal y como señala el art. 4.1 del Convenio 189 «no podrá ser inferior a la edad mínima establecida en la legislación nacional para los trabajadores en general».

La segunda medida establece que los Estados miembros deberán adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años, pero mayores de la edad mínima para el empleo, no los prive de la escolaridad obligatoria ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación

³¹ OIT: *Medir los progresos en la lucha contra el trabajo infantil. Estimaciones y tendencias mundiales entre 2000 y 2012*. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, Ginebra, 2013, pág. 8.

profesional. Se trata así de asegurar que el trabajo doméstico no impida a estos menores su formación básica ni limite sus oportunidades de formación superior, puesto que el no acceder a la educación puede abocar a estos menores al trabajo doméstico durante su vida, quedando en una situación de desventaja para mejorar sus oportunidades de acceso a otro tipo de empleos de mayor cualificación.

4.4. Especial referencia a la protección de los trabajadores domésticos migrantes

Aunque el Convenio y la Recomendación se concibieron como normas para brindar protección a los trabajadores y trabajadoras de un sector específico de empleo más que como instrumentos sobre migración laboral, sus disposiciones permiten tratar la situación de vulnerabilidad de estos trabajadores domésticos migrantes. En este sentido, es interesante destacar que junto a las reglas generales contenidas en el texto del Convenio, se establecen ciertas reglas dirigidas de manera más explícita a la protección de las personas empleadas del hogar de origen inmigrante. De esta forma, el Convenio contiene dos disposiciones para la protección de este colectivo de trabajadores y trabajadoras migrantes: el art. 8 y el art. 15.

La primera disposición contenida en el art. 8 viene a establecer una serie de medidas que deberán adoptar los Estados miembros a fin de garantizar un sistema de protección de los migrantes contra el fraude, la trata de personas y las prácticas abusivas. Para ello, las legislaciones nacionales deben establecer dos tipos de medidas.

En primer lugar, medidas para garantizar la existencia real del contrato de trabajo: ello implica que estas personas trabajadoras deberán recibir por escrito la oferta de empleo o el contrato de trabajo en su país de origen antes de cruzar las fronteras nacionales para incorporarse al empleo doméstico. Así, el con-

trato deberá incluir las condiciones de empleo señaladas en el art. 7, esto es, identificación de la persona titular del hogar, el lugar de prestación de los servicios y las demás condiciones laborales bajo las que se desarrollará la prestación de servicios, tales como el tipo de trabajo a realizar, remuneración, horas de trabajo, vacaciones anuales y periodos de descanso, etc. No puede obviarse que la recomendación contenida en el art. 7 del Convenio sobre la preferencia «*cuando sea posible*» de informar a los trabajadores sobre sus condiciones de empleo mediante contratos escritos, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, es fundamental para todos los trabajadores domésticos, sean o no migrantes. La forma escrita del contrato constituye un elemento esencial de garantía de los derechos de estos trabajadores, y a su vez, una forma de evitar posibles fraudes y abusos, máxime cuando se deja a la autonomía de las partes la fijación de aspectos relevantes de las condiciones de trabajo. Constituye además el medio de prueba más idóneo en caso de conflicto o controversia.

En segundo lugar, medidas dirigidas a especificar las condiciones según las cuales estas trabajadoras y trabajadores migrantes tienen derecho a la repatriación tras la finalización del contrato de trabajo por el que han sido empleados.

A su vez, y para garantizar una aplicación efectiva de las medidas anteriores, el citado precepto contempla una red de cooperación entre los Estados con el fin de asegurar un sistema internacional de protección de estos trabajadores, como los que tradicionalmente han cubierto los Acuerdos Internacionales (bilaterales, regionales o multilaterales), o los que puedan establecerse en el marco de organizaciones de integración económica regional, no rigiendo estas reglas cuando las personas trabajadoras tengan ya libertad de movimiento con fines de empleo en virtud de cualquier Acuerdo internacional.

La segunda disposición contenida en el art. 15, con el fin de proteger a las personas

empleadas en el sector doméstico en general, y en especial a las de origen inmigrante, recoge un conjunto de medidas contra las prácticas abusivas que puedan realizar las agencias de empleo privadas. A este respecto, el Convenio obliga a los Estados miembros a la adopción de una serie de medidas generales dirigidas a determinar las condiciones que regirán el funcionamiento de las citadas agencias, así como a garantizar que se establezcan mecanismos y procedimientos de control que eviten presuntos abusos y prácticas fraudulentas.

Junto a estas medidas, el texto recoge dos reglas dirigidas de manera más específica a la protección de los trabajadores domésticos migrantes frente a estas agencias: por un lado, la adopción de medidas apropiadas tanto en el territorio nacional como en colaboración con otros Miembros, para prevenir los abusos contra trabajadores/as domésticos contratados en su territorio por agencias de empleo privadas, por otro lado, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales entre Estados con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, cuando se contrate a personas de un país para prestar servicios en el ámbito doméstico en otro país, si bien esta última no es de carácter imperativo.

Cabe también mencionar las disposiciones del Convenio relativas a la libertad de circulación, el derecho del trabajador o trabajadora a conservar sus documentos de viaje y de identidad, y su libertad de alcanzar libremente un acuerdo con la persona empleadora sobre si residirá o no en el hogar para el que trabaja, cuestiones recogidas en el artículo 9 que son especialmente importantes para las empleadas de hogar migrantes, que a menudo viven en el lugar de trabajo.

Finalmente, estas disposiciones dirigidas de manera más explícita a la protección de las trabajadoras y trabajadores domésticos migrantes, se ven reforzadas con el texto de la Recomendación 201 en su párrafo 26, que recomienda a los países Miembros el fomento de la cooperación entre ellos con el fin de asegu-

rar que el Convenio 189 y la citada Recomendación 201 se apliquen de manera efectiva a este colectivo de personas.

4.5. Los derechos de representación: libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva

La libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva configuran un conjunto de derechos habilitadores que sin lugar a dudas contribuyen a la consecución del trabajo decente.

El art. 3 del Convenio 189 reconoce para los trabajadores domésticos éste conjunto de derechos fundamentales en el trabajo. Para ello, insta a los Estados miembros para que adopten medidas encaminadas a respetar, promover y hacer realidad la libertad de asociación y la libertad sindical, así como el derecho de negociación colectiva. Ello implica, de conformidad con el apartado tercero del citado precepto, que los Estados deben proteger el derecho tanto de los trabajadores como de los empleadores de este sector a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes, así como el derecho a afiliarse libremente.

Si bien el reconocimiento de la autonomía colectiva en este ámbito supone un progreso muy importante en cuanto a la dignificación de un sector que tradicionalmente ha experimentado diferencias en cuanto a su alcance protector, no se puede olvidar que en la mayoría de los países la organización colectiva y la representación de este sector de trabajadores y empleadores no han sido significativas, de ahí que las disposiciones relativas a estos derechos fundamentales recogidas tanto en el Convenio como en la Recomendación sean especialmente trascendentes³².

³² El reconocimiento de la autonomía colectiva por parte de estos instrumentos internacionales es especialmente conveniente en un sector que ha carecido tradicionalmente del plan-

En este sentido, ambos instrumentos vienen a reconocer la importancia de estas organizaciones, no sólo para la negociación colectiva y como apoyo a sus miembros, sino por su participación en la elaboración de aquellas políticas dirigidas a la promoción del trabajo decente para el colectivo de trabajadores del hogar. Por ello, varias disposiciones establecen la necesidad de que se mantengan consultas con estas organizaciones en cuanto a la aplicación de dichas políticas³³.

4.6. Derechos económicos y sociales de los trabajadores/as domésticos

4.6.1. *La equiparación de los derechos laborales respecto a otros trabajadores*

A lo largo del texto del Convenio 189 son diversas las declaraciones que hacen referencia a la eliminación de la discriminación, tanto en materia de empleo y ocupación, como en la aplicación de los derechos de protección de estas trabajadoras y trabajadores. La primera declaración recogida en el art. 3.2 en esta misma línea de no discriminación en el empleo es el preámbulo para los siguientes enunciados, que pretenden garantizar la equiparación, tanto de derechos laborales, como de protección social, con el resto de los trabajadores ordinarios en las diversas medidas contempladas en las disposiciones de este Convenio.

En línea con lo anterior, el art. 6 del Convenio 189 insta a los Estados miembros para que adopten medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, al igual que los demás trabajadores en general, disfruten de condi-

ciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, puntualizando a su vez que si el trabajador reside en el hogar para el que trabaja, se le debe de asegurar condiciones de vida decente que respeten su privacidad.

Como podemos comprobar, los citados preceptos recogen de manera generalizada la importancia de eliminar cualquier tipo de discriminación en las condiciones de empleo, equiparando los derechos de los trabajadores domésticos respecto al resto de trabajadores por cuenta ajena. No obstante, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato en las condiciones de empleo, se concreta de manera más específica en materias vinculadas a la limitación del tiempo de trabajo y a la garantía del salario suficiente, tal y como analizaremos en los siguientes apartados.

4.6.2. *El tiempo de trabajo*

En cuanto al tiempo de trabajo, el art. 10.1 contempla la necesidad de aplicar medidas de igualdad en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los periodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas. El precepto permite sin embargo la aplicación de estas medidas con diferentes grados de intensidad, pues añade que las mismas deben aplicarse «*en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta además las especiales características del trabajo doméstico*».

Cabe puntualizar que éste último párrafo no debe interpretarse como una facultad de evadir o incumplir el reconocimiento de la igualdad de trato, sino simplemente como la garantía de respetar la igualdad en esta materia respecto a los demás trabajadores, pero teniendo en cuenta las peculiaridades vinculadas a este tipo de trabajo. Por ello, la regulación de los aspectos laborales de esta relación de trabajo por parte de las legislaciones nacionales –normas legales o convenio colectivo–, permite introducir ciertas pautas distintas

teamiento colectivo de los intereses de los sujetos sociales. En este tipo de contrato ha primado la naturaleza individualista basada esencialmente en la voluntad de las partes, en especial, la voluntad del titular del hogar familiar, con un amplio margen de libertad para la fijación de las condiciones de trabajo.

³³ Artículos 2.2; 13.2; 15.2; y 18 del Convenio 189 así como los apartados 6.3; 8.2; 19; 22 y 25 de la Recomendación 201.

respecto a las reglas establecidas en el régimen laboral ordinario³⁴.

Precisamente, los apartados segundo y tercero del art. 10 introducen dos reglas básicas para que, pese a las posibles singularidades introducidas en la regulación de esta relación laboral por parte de los países, se garanticen unos derechos mínimos. Por un lado, asegurar que el periodo de descanso semanal sea de al menos 24 horas consecutivas. Por otro lado, que los periodos durante los cuales los trabajadores no disponen libremente de su tiempo pero deben permanecer a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios, «sean considerados como horas de trabajo, en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional». Es lo que se conoce como «tiempo de presencia», siempre difícil de calificar, porque generalmente no se considera tiempo de trabajo efectivo, con la tendencia a dejarlo fuera del cómputo de la jornada laboral, si bien, el precepto afirma claramente que estos periodos deben considerarse como «horas de trabajo», computándose así dentro de la jornada de trabajo. Será por tanto la propia norma nacional la que determine cuándo se está ante tiempo de trabajo efectivo o cuándo ante tiempo de presencia, en especial cuando se trata de la realización de actividades que no precisan esfuerzo y son de rápida ejecución. En este sentido, la Recomendación 201 recoge en su párrafo 9 algunas sugerencias en cuanto a la reglamentación de

estos periodos de disponibilidad laboral, por ejemplo, el establecimiento de un número de horas máximo y la indicación de cómo se han de remunerar.

En relación a los trabajadores domésticos que residen en el hogar familiar donde prestan sus servicios, resulta de especial relevancia establecer límites claros en cuanto al tiempo de trabajo y los periodos de descanso, dada la dificultad para limitar la jornada laboral y el derecho a periodos de ocio o tiempo libre, en especial, en relación al tiempo del cuidado y atención de personas, permaneciendo a su lado simplemente³⁵. En este sentido, estos trabajadores no están obligados a permanecer en el hogar familiar o a acompañar a los miembros que lo integran ni durante los periodos de descanso diarios y semanales, ni durante las vacaciones anuales, tal y como se desprende del párrafo segundo del art. 9. Se reconoce así la libertad de decisión del trabajador que puede optar, o bien por no permanecer en el domicilio familiar, o por permanecer en el mismo sin que pueda ser obligado a realizar trabajos.

Es cierto que las actividades llevadas a cabo por las personas que trabajan en el servicio doméstico poseen unas características y unas condiciones ciertamente peculiares, derivadas principalmente del ámbito donde se presta la actividad, que no es otro que el hogar familiar, totalmente vinculado a la intimidad personal y familiar. Pero ello no puede suponer el incumplimiento de los derechos del trabajador al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada de trabajo y el reconocimiento de vacaciones periódicas y retribuidas, derechos que por otro lado se garantizan en diversos Convenios de la OIT³⁶.

³⁴ Así por ejemplo en España, el art. 2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores considera la relación laboral del servicio del hogar familiar como una relación laboral de carácter especial. Dicha relación laboral especial está regulada por el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. En este sentido, las últimas modificaciones legales del régimen jurídico de esta relación laboral han tratado de llevarse a cabo reduciendo o eliminando aquellas diferencias que no encuentran ningún tipo de justificación objetiva ni razonable con las relaciones laborales de carácter ordinario, si bien, con las adaptaciones necesarias derivadas del carácter especial de esta relación laboral.

³⁵ Exigencia actualmente en auge ante la creciente demanda de prestación de cuidados en el hogar a ancianos o personas mayores durante las 24 horas del día, que pueden afectar de igual modo a los trabajadores domésticos en régimen externo.

³⁶ Convenio nº 47 sobre las cuarenta horas, 1935; Convenio nº 67 sobre las horas de trabajo y el descanso, 1939; Convenio nº 106 sobre el descanso semanal, 1957; Convenio nº 132

Era necesario que el convenio recogiera una disposición que velara por la igualdad de trato en relación al tiempo de trabajo respecto a los trabajadores ordinarios, ya que es habitual que los trabajadores domésticos queden excluidos de las disposiciones legislativas relativas al tiempo de trabajo que se apliquen al resto de trabajadores. Así se pone de manifiesto en un informe de la propia OIT, que afirma que para un 60 por ciento de los trabajadores domésticos de todo el mundo, el horario semanal no está sujeto a límites en virtud de la legislación³⁷. De ahí la importancia de contemplar en el propio texto del Convenio la necesidad de incluir unos límites razonables para las horas de trabajo, así como unos periodos de descanso también adecuados.

Finalmente, tal y como pone de manifiesto un sector de la doctrina, no hay referencia a otros derechos relacionados con el descanso, tales como las fiestas laborales o los permisos retribuidos. Es difícil determinar si se debe a una omisión expresa del propio legislador internacional, de una inadvertencia en la que cae la norma internacional o, simplemente implica una remisión tácita a los legisladores nacionales, que deben entender que el principio de equiparación debe también extenderse al derecho al descanso retribuido en los días festivos, y a los permisos igualmente retribuidos reconocidos por la legislación nacional o por los convenios colectivos aplicables al trabajador ordinario. De cualquier forma, parece que la interpretación más razonable para respetar la igualdad de trato en materia de tiempo de trabajo, pasa porque estas cuestiones se resuelvan por las propias regulaciones estatales³⁸.

sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970; Convenio nº 171 sobre el trabajo nocturno, 1990.

³⁷ OIT: *Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, Ginebra, 2013, pág. 60.

³⁸ QUESADA SEGURA, R.: «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011», *op. cit.*, pág. 24-25.

4.6.3. La retribución

Como ya hemos afirmado, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato en las condiciones de empleo proclamado en el texto del Convenio 189, se concreta no sólo en materias vinculadas a la limitación del tiempo de trabajo, sino también a la garantía de un salario suficiente.

La igualdad de trato para lograr la equiparación en materia retributiva respecto al trabajador ordinario se establece principalmente en una doble vertiente: la garantía de un salario mínimo y la limitación del pago en concepto de prestaciones en especie.

Respecto a la garantía del salario mínimo, el art. 11 lo contempla en los siguientes términos: todo Estado miembro *«deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista»*. Se introduce así un derecho retributivo de carácter mínimo necesario en un sector caracterizado precisamente por su baja remuneración, si bien es un derecho difícil de garantizar, especialmente en aquellos países donde no exista un salario mínimo establecido. Los datos más recientes ponen de manifiesto que a nivel mundial un 42,5 por ciento de los trabajadores del sector doméstico no están disfrutando de la protección del salario mínimo, a pesar de que los países donde trabajan cuentan con una legislación que regula un salario mínimo para los demás trabajadores. A su vez, un 5,9 por ciento de los trabajadores domésticos del mundo se beneficia de un salario mínimo pero en un nivel inferior que el resto de trabajadores³⁹. Sin lugar a dudas, los bajos niveles de formación y cualificación figuran entre las causas de la baja remuneración de los trabajadores domésticos. Pero también debemos añadir que su escaso poder de negociación individual –dado que suelen ser migrantes o

³⁹ OIT: *Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, *op. cit.*, pág. 78.

miembros de comunidades desfavorecidas con escasas alternativas de empleo—, su baja tasa de sindicación unida a la ausencia de negociación colectiva en el sector, así como la infravaloración por motivos de género de que es objeto el empleo doméstico son, sin duda, factores que han contribuido a la existencia de grandes desigualdades salariales en éste ámbito⁴⁰.

Respecto a la limitación del salario en especie, el art. 12.2 viene a proclamar una equiparación del pago en concepto de prestaciones en especie respecto al resto de los trabajadores, con el fin de que no se aplique un régimen menos favorable. Se trata de una cuestión sin duda de trascendencia, en un sector donde tradicionalmente el alojamiento y la manutención han representado una proporción muy elevada del salario de un trabajador doméstico, siendo decidido en la mayoría de las ocasiones mediante pacto individual del empleador, en especial, para los trabajadores de régimen interno, lo que ha supuesto una forma encubierta de reducir el salario en metálico de estos trabajadores⁴¹. Para ello, el precepto introduce algunas precisiones con el fin de garantizar su cumplimiento. En primer lugar que los pagos en especie se hagan con el acuerdo del trabajador. En segundo lugar, que el salario en especie proporcionado por el empleador se destinen al uso y beneficio personal del trabajador, atribuyéndoles un valor monetario justo y razonable. Debe existir por tanto una proporción adecuada entre la cantidad descontada del salario en metálico y la remuneración en especie recibidas por el trabajador⁴².

⁴⁰ OELZ, M.: *Remuneración en el trabajo doméstico*. Nota de información sobre trabajo doméstico nº 1, Ginebra, OIT, 2011.

⁴¹ El Convenio 95 de la OIT sobre la protección del salario, de 1949 señala que las prestaciones en especie serán siempre «pago parcial del salario». Además deberá garantizarse que sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, redunden en beneficio de los mismos y que el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable.

⁴² A modo de ejemplo sobre la habitual desigualdad existente en materia de salario en especie en este sector laboral, en la regulación tradicional de las relaciones de carácter es-

Cabe añadir que las normas de la OIT en relación a los salarios mínimos, tales como el Convenio 131 sobre la fijación de salarios mínimos de 1970 y la Recomendación 135 sobre la fijación de salarios mínimos del mismo año, vienen a reconocerlo y establecen determinados criterios para su fijación, pero no delimitan las distintas partidas que deben incluirse en el mismo, por lo que su fijación en este ámbito corresponderá a los países miembros en base a las legislaciones nacionales o convenios colectivos, estableciendo a su vez las limitaciones respecto al porcentaje del pago en especie.

Otra de las medidas establecidas en relación con la igualdad en materia retributiva, la encontramos en la segunda parte del art. 11 del Convenio 189: «*que la remuneración se establezca sin discriminación por razón de sexo*». En este sentido, uno de los ocho Convenios Fundamentales de la OIT, el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, 1951, parte de la premisa de que por un trabajo de igual valor, se debe designar una tasa de remuneración sin discriminación en cuanto al sexo⁴³. La promoción de la igualdad por razón de sexo en las condiciones de trabajo es una máxima proclamada por la OIT también en otros Convenios, entre los que destacan el Convenio 111 sobre la no discriminación en el empleo y la ocupación, 1958; el Convenio 156

pecial del servicio del hogar familiar en España, se ha venido permitiendo un porcentaje superior de salario en especie al establecido por el Estatuto de los Trabajadores para el resto de trabajadores (hasta un 45% frente al 30% recogido en el Estatuto de los Trabajadores como límite para las relaciones laborales comunes). Hubo que esperar a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, para que se igualara el porcentaje establecido por el Estatuto de los Trabajadores para las relaciones laborales del servicio del hogar familiar. Ampliamente en VELA DÍAZ, R.: «Los límites a las prestaciones salariales en especie y su incidencia en los trabajadores del servicio de hogar familiar a la luz de la Reforma Laboral de 2010», en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.): *Relaciones Laborales y Nuevo Modelo Productivo*, Monografías de Temas Laborales, nº48, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011.

⁴³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ya prohibió la discriminación salarial en su art. 23.2 afirmando que «*toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*».

sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 y el Convenio 183 sobre la protección de la maternidad, 2000, junto con otros instrumentos de la OIT en materia de igualdad entre mujeres y hombres, como el último Plan de acción de la OIT sobre igualdad de género 2010-2015 de carácter transversal.

Por último, el apartado primero del art. 12 recoge un conjunto de garantías dirigidas a asegurar al trabajador el cobro efectivo de la retribución, mediante el cumplimiento de una serie de condiciones por parte del empleador. En primer lugar, se establecen reglas sobre la forma y el tiempo de pago *«los salarios de los trabajadores domésticos deberán pagárseles directamente en efectivo, a intervalos regulares y como mínimo una vez al mes»*. En segundo lugar, se establece reglas referidas al medio del pago del salario de manera que, a menos que la modalidad de pago esté prevista en la legislación nacional o en convenios colectivos, *«el pago podrá efectuarse por transferencia bancaria, cheque bancario, cheque postal o giro postal o por otro medio de pago monetario legal»* añadiendo que debe exigirse *«el consentimiento del trabajador interesado»*. Pese a este matiz importante en línea de establecer una mayor formalidad de pago en este ámbito laboral, no se introduce sin embargo ninguna regla de garantía en cuanto a la documentación del pago del salario, como medio de prueba de la obligación retributiva susceptible de recoger tanto la cuantía del salario en metálico, como en especie.

4.6.4. *Derechos en el entorno laboral: la seguridad y salud en el trabajo*

El reconocimiento del derecho a un entorno de trabajo seguro y estable por parte del art. 13.1 del Convenio 189, debe considerarse como un paso muy importante para la consecución de un trabajo decente para los trabajadores domésticos, y como la promoción de un derecho fundamental de todas las personas trabajadoras a la protección de su seguridad y salud en el entorno de trabajo. Para ello, y

de conformidad con la legislación y práctica nacionales, el precepto establece la obligación general por parte de los Estados miembros de adoptar medidas eficaces para asegurar la seguridad y salud en el trabajo de este colectivo de trabajadores. Estas medidas, en virtud del apartado segundo del art. 13 podrán aplicarse de manera progresiva por los países ratificantes, en consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores.

La disposición reconoce que las medidas de seguridad y salud en el trabajo que se adopten se deberán adaptar a *«las características específicas del trabajo doméstico»*, por tanto, deben adaptarse a las labores realizadas en el hogar, teniendo en cuenta los posibles riesgos y peligros asociados a dichas labores. Para suplir las carencias de contenido que en materia de seguridad e higiene en el trabajo presenta el Convenio, el apartado 19 de la Recomendación 201 insta a los Estados a identificar esos peligros y riesgos, con el fin de eliminarlos o reducirlos al mínimo para poder prevenir los accidentes y enfermedades vinculados al lugar de trabajo. A su vez, hace referencia al establecimiento de un sistema de inspección que sea apropiado y de sanciones adecuadas en caso de infracción de la legislación laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo. Recoge también la necesidad de mejorar las estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico, al igual que las medidas en el ámbito de la prevención.

En relación con los reconocimientos médicos, la Recomendación 201 propone, en su apartado cuarto, medidas de información pública con el fin de suscitar la necesidad de realización de reconocimientos médicos para los trabajadores domésticos. Para ello, subraya la necesidad de asegurar que se respete el principio de confidencialidad de los datos personales y la privacidad de los trabajadores domésticos, así como de prevenir toda discriminación en relación con los reconocimientos médicos.

Por último, cabe indicar que la preocupación de la OIT por la seguridad y la salud de los trabajadores en general, se ha manifestado en

distintas Normas Internacionales del Trabajo, entre las que destacan el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 y el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006. Ambos Convenios recogían la posibilidad de que las legislaciones nacionales pudieran excluir de su ámbito de aplicación a «determinadas categorías de trabajadores», habiendo sido ignorados los trabajadores domésticos en diversos Estados en la regulación de esta materia. Precisamente por ello, debemos resaltar la importancia del reconocimiento expreso a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores domésticos en el Convenio 189.

4.7. La protección de la Seguridad Social en condiciones de igualdad con los trabajadores en general

La seguridad social fue una de las primeras cuestiones que se abordaron en el marco de la labor de la OIT en relación con la protección de los trabajadores y los trabajadores domésticos, como muestra el hecho de que algunos de sus primeros instrumentos de seguridad social incluían explícitamente al «servicio doméstico» dentro de su ámbito de aplicación. El principal Convenio de la OIT relativo a esta cuestión, el Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, encomienda a los Estados la tarea de definir los grupos de personas beneficiarias de la protección de la seguridad social⁴⁴.

De esta forma, una de las cuestiones planteadas durante la Conferencia Internacional de Trabajo n° 100 en su reunión de 2011, junto con la aprobación del Convenio 189 fue justamente la dificultad de conseguir un sistema de protección social adecuado y con carácter universal, poniéndose de manifiesto el hecho de que sólo un porcentaje mínimo de la población mundial está protegido por un sistema

público de seguridad social, pese a la política y los Convenios de la OIT en materia de seguridad social⁴⁵. Por tanto, el Convenio 189 retoma el interés inicial de la OIT por la seguridad social de las personas trabajadoras del servicio doméstico. Para ello, el art. 14.1 recoge una disposición decisiva y esencial en los siguientes términos: «*Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad*».

Dado que el hacer efectivo este principio pueda requerir un tiempo, el art. 14.2 permite una aplicación progresiva de estas medidas de seguridad social reconocidas, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores y con las organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y de sus empleadores, cuando tales organizaciones existan.

Si bien el precepto introduce ciertas matizaciones que hacen referencia a «las características específicas del trabajo doméstico», teniendo en cuenta además la «legislación nacional», así como «condiciones no menos favorables» que las condiciones que se aplican a los trabajadores asalariados en general, podemos concluir que pese a que puedan determinarse ciertas condiciones respecto al régimen aplicable de seguridad social a éste colectivo (en los casos en que se contemple un régimen de protección especial), el mismo no debería aplicar medidas inferiores o en condiciones menos favorables que el régimen ordinario o

⁴⁴ OELZ, M.: «El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social», *op. cit.*, pág. 185.

⁴⁵ Tales como el Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima), 1952; Convenio 103 sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952; y Convenio 183 sobre la protección de la maternidad, 2000.

general, por lo que cabe realzar el valor de dicha disposición.

En definitiva, el legislador nacional deberá conseguir la necesaria coherencia entre la normativa laboral y la de seguridad social (en el caso de que existiera tal distinción entre los regímenes legales dirigidos a este grupo de trabajadoras y trabajadores), o bien, conseguir unificar de forma razonable ambos tratamientos desde el objetivo principal que persigue el Convenio, y que no es otro que la garantía de derechos mínimos y la igualdad de trato⁴⁶.

Si bien es cierto que la mayor o menor cobertura de seguridad social va a depender de los riesgos sociales previstos en las legislaciones nacionales, la acción protectora en este ámbito debe de abarcar un conjunto de prestaciones, especialmente las derivadas de la maternidad por tener una mención expresa en el texto del Convenio, aunque también deberían garantizarse la asistencia sanitaria, la jubilación, la incapacidad, la protección familiar, etc..., teniendo en cuenta a su vez, las prestaciones que puedan derivarse de contingencias profesionales.

No cabe duda de que lograr una cobertura efectiva de seguridad social para las trabajadoras y los trabajadores domésticos plantea un importante desafío para las Normas Internacionales de Trabajo. Un reto que la OIT debe también trasladar a las legislaciones nacionales impulsando que las mismas pongan en marcha procedimientos administrativos simplificados, campañas de información, incentivos fiscales, que pueden constituir instrumentos eficaces para reducir la informalidad en este sector y ampliar así la cobertura de seguridad social⁴⁷.

⁴⁶ QUESADA SEGURA, R.: «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011», *op. cit.*, pág. 29.

⁴⁷ En países como Francia, Brasil, Bélgica o Uruguay, este tipo de medidas han demostrado ser instrumentos eficaces para luchar contra la informalidad y mejorar la protección de seguridad social. *Vid.* BATHYÁNY, K.: *Estudio sobre trabajo doméstico en Uruguay*. Serie Condiciones de Trabajo y Empleo, nº 34, Ginebra, OIT, 2012.

En este sentido, la Recomendación 201 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos refuerza esta idea en su párrafo 20, al recomendar a los Miembros que consideren, en conformidad con su legislaciones nacionales, medios para facilitar el pago de las cotizaciones a la seguridad social, haciendo una especial mención a los trabajadores domésticos que prestan servicios a múltiples empleadores, por ejemplo mediante un sistema de pago simplificado.

De manera más concreta en relación con los trabajadores domésticos migrantes, cabe también destacar que el citado párrafo 20 de la Recomendación 201 propone la posibilidad por parte de los Estados miembros de considerar la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales para asegurar que los trabajadores domésticos migrantes, amparados por dichos acuerdos, gocen de la igualdad de trato con respecto a la seguridad social, así como al acceso a los derechos de seguridad social y al mantenimiento o la transferibilidad de tales derechos.

Finalmente, como última recomendación en materia de seguridad social, el último apartado de dicho párrafo apunta, de manera acertada, que el valor monetario de los pagos en especie se tenga debidamente en cuenta para los fines de seguridad social, inclusive respecto de la cotización de los empleadores y de los derechos a prestaciones de los trabajadores domésticos.

La aplicación de esta última propuesta contenida en el texto de la Recomendación tendría una mayor repercusión en la población femenina inmigrante, no sólo por su numerosa ocupación en el sector, sino porque las empleadas de régimen interno son las más susceptibles de percibir salario en especie a cambio de su alojamiento y manutención, siendo las mujeres inmigrantes, en el caso por ejemplo de España, las que en mayor medida trabajan bajo esta modalidad⁴⁸.

⁴⁸ VELA DÍAZ, R: *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*, Comares, Granada, 2014, pág. 268-269.

4.8. Aplicación y control del cumplimiento de los instrumentos normativos internacionales

Junto a las anteriores disposiciones analizadas, el Convenio 189 incluye también un conjunto de disposiciones que prevén los medios para la aplicación y el control de su cumplimiento por parte de los Estados ratificantes, bien a través de la vía judicial, bien a través de la vía administrativa.

El art. 16 proclama el derecho del trabajador doméstico para acceder a los tribunales en igualdad de condiciones que las previstas para los demás trabajadores. Es decir, todo Estado miembro debe adoptar las medidas oportunas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales para asegurar que los trabajadores domésticos *«tengan acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general»*. El reconocimiento de este derecho constituye una de las garantías de mayor relevancia recogidas en la norma internacional, de manera que la equiparación del trabajador doméstico con el trabajador de régimen ordinario implica su acceso al ámbito protector judicial existente, bien de la jurisdicción social en aquellos Estados donde exista ésta especialización, bien de la tutela judicial general. Incluso el acceso a las vías extrajudiciales de resolución de conflictos laborales contempladas en la propia legislación nacional, tal y como se desprende del citado art. 16, aunque parece poco probable la utilización de estos medios extrajudiciales en éste ámbito.

Respecto a la tutela administrativa, el art. 17 plantea la obligación de que todo Estado Miembro debe establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional relativa a la protección de los trabajadores domésticos. Igualmente debe formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección de trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestando debida atención a las ca-

racterísticas especiales del trabajo doméstico, en conformidad con la legislación nacional. En las medidas adoptadas, el citado artículo matiza que se deben especificar las condiciones en base a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, dentro del respeto a la privacidad.

En este caso, el mandato trata de compatibilizar dos intereses en principio difíciles de cohesionar. Por un lado, la necesaria intervención de la acción pública para procurar el cumplimiento de las normas laborales, lo que supone, la aplicación de sanciones administrativas en este ámbito con el fin de procurar la correcta observancia de las mismas. Por otro lado, el respeto y salvaguardia a los derechos vinculados a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar, derechos fundamentales que son recogidos en todas las Constituciones sociales, y del que es referente la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁹.

Por tanto, las disposiciones del Convenio relativas a la inspección de trabajo tienen en cuenta, tanto el importante papel que deben desempeñar las inspecciones de trabajo para garantizar el cumplimiento de las normas que regulan el empleo doméstico, como la necesidad de proteger la privacidad de los hogares. Al hacer referencia a la compatibilidad de la regulación de estas cuestiones con la legislación nacional, el Convenio deja un margen para que los países conjuguen adecuadamente los derechos asociados a la privacidad del hogar, con la necesaria protección de los derechos de los trabajadores.

En cuanto a las posibles sanciones administrativas que se puedan imponer a los

⁴⁹ QUESADA SEGURA, R.: «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011», *op. cit.*, pág. 34.

El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *«nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques»*.

titulares del hogar familiar por incumplir las normas de esta relación laboral, tal y como se desprende del precepto, los propios países deben formular y poner en práctica medidas relativas a las sanciones, a lo que añade, «*prestando debida atención a las especiales características del trabajo doméstico*». Esto implica que, aunque tengan cabida en éste ámbito laboral las leyes reguladoras de infracciones y sanciones en materia social, priman las peculiaridades del trabajo doméstico. Teniendo en cuenta que la figura del titular del hogar familiar en este caso no se corresponde en puridad con la naturaleza empresarial propiamente dicha, pueden surgir dudas por las especiales dificultades de aplicabilidad de un régimen de infracciones previsto en las legislaciones nacionales aplicable también a ésta relación laboral.

5. ESTADO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 189 SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS POR LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA OIT

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 21.2 del Convenio 189 de la OIT, el mismo entraría en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hubieran sido registradas por el Director General. Tras las dos primeras ratificaciones registradas por la OIT, la entrada en vigor del citado Convenio 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, se produjo el 5 de septiembre de 2013, tras la ratificación de Uruguay y de Filipinas el 14 de junio y el 5 de septiembre de 2012, respectivamente. A su vez, el apartado tercero del citado art. 21 especifica que este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha de registro de su ratificación.

No hay duda de la importancia de trasladar este importante Convenio a las legislaciones nacionales de los Estados miembros. A este respecto, los países que se han ido su-

mando a este proceso de ratificación han sido los siguientes: Mauricio en el año 2012; Nicaragua, Italia, Bolivia, Paraguay, Sudáfrica, Guyana, Alemania y Ecuador en el año 2013; Costa Rica, Argentina, Colombia, Irlanda y Suiza en el año 2014; Finlandia, República Dominicana, Bélgica, Chile, Panamá y Portugal en el año 2015⁵⁰. Hasta la fecha, 22 países miembros se han adherido a la ratificación de este Convenio.

Aunque España es uno de los tres países que más empleo doméstico generan en Europa, junto a Francia e Italia, con los que comparte que un gran número de estos puestos son desempeñados por mujeres de origen inmigrante, el Estado español sigue sin ratificar dicho Convenio 189⁵¹.

En este sentido, parece significativo que países como Alemania o Finlandia hayan culminado este proceso, y sin embargo, España no lo haya iniciado, máxime cuando se trata de un país con una presencia importante del trabajo doméstico y un Estado de Bienestar menos desarrollado que otros países en el ámbito de los servicios de apoyo a las familias y en las políticas de conciliación de la vida familiar, por lo que su aprobación supondría un respaldo y un reconocimiento a un trabajo inferiormente valorado. Cabe añadir además que la normativa española que regula el empleo doméstico, tanto los aspectos laborales como de seguridad social, cumple con la práctica totalidad de los

⁵⁰ Puesto que el Convenio entra en vigor para cada Miembro doce meses después de la fecha de registro de su ratificación, en República Dominicana entrará en vigor el 15 de mayo de 2016, en Bélgica y Chile el 10 de junio de 2016, en Panamá el 11 de junio de 2016 y en Portugal el 17 de julio de 2016.

⁵¹ OIT: *Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, op. cit.

Los datos que aporta el informe de la OIT reflejan que España ha experimentado un rápido crecimiento de las personas empleadas en el sector del empleo doméstico, pasando de 355.000 en 1995 a 747.000 en 2010, más del doble en 15 años, y en un gran número son mujeres inmigrantes, aunque la llegada de la crisis en 2008 ha supuesto un ligero retroceso en los últimos años.

requisitos establecidos por el Convenio 189 de la OIT, pudiendo por tanto ser ratificado sin necesidad de realizar modificaciones de conjunto de la actual normativa⁵². Si bien, debieran abordarse con mayor precisión y en el marco del Diálogo Social, determinadas cuestiones aún pendientes para equiparar de forma definitiva a las personas trabajadoras del sector doméstico en España⁵³.

Al hilo de esta cuestión, no podemos dejar de señalar las recomendaciones expresas que al respecto emanan de la Unión Europea, que ha instado a los Estados miembros de la Unión a que procedan a su ratificación. Para ello, la Comisión Europea presentó el 21 de marzo de 2013 una propuesta de Decisión del Consejo que autoriza a los Estados miembros a la ratificación del Convenio.

Así, son diversas las instituciones sociales y los Grupos Parlamentarios en España que consideran la necesidad de iniciar los trámites necesarios para la ratificación del Convenio, especialmente tras la Decisión del Consejo de la UE de 28 de enero de 2014, publicada el 1 de febrero de 2014. De esta forma, el Consejo de la Unión ha seguido los pasos dados por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo a favor del Convenio, que han instado también a los Estados miembros a ratificarlo y aplicarlo con urgencia.

Esta posición de la UE es coherente con los contenidos de la Carta Social Europea y con

⁵² En comparecencia del Director de la Oficina de la OIT para España para presentar el informe elaborado por la OIT-España sobre trabajo doméstico y para informar sobre los convenios de la OIT pendientes de ratificación, el mismo solicitó el que se considerara el asunto y se procediera a dar un paso adelante, evaluando la posibilidad de ratificación del Convenio 189 por parte de nuestro país. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 544, de 23 de abril de 2014. Comisión de Empleo y Seguridad Social.

www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-544.PDF

⁵³ Tales como la inclusión de estas trabajadoras y trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la búsqueda de métodos de detección de infracciones en materia de condiciones de trabajo eficaces por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o el acceso a la protección por desempleo.

los de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, especialmente en lo que se refiere a «unas condiciones de trabajo justas y equitativas y a la protección social».

6. CONSIDERACIONES FINALES

En la formulación de las políticas internacionales de los últimos años se ha empezado a prestar más atención al valor económico y social del trabajo doméstico, y a la necesidad de establecer unos marcos adecuados para la protección social y laboral de las trabajadoras y trabajadores de este sector.

A escala mundial, las personas trabajadoras del ámbito doméstico son, muy a menudo, migrantes internacionales. Y es que, aunque hace algunas décadas la migración internacional para trabajar en el servicio doméstico era un fenómeno aislado⁵⁴, en la actualidad las trabajadoras domésticas representan un porcentaje importante de la mano de obra migrante en todo el mundo. Es por ello que la demanda de trabajadoras domésticas es uno de los factores clave que explican la feminización de las migraciones mundiales, lo que ha supuesto el reconocimiento por parte de los recientes discursos diplomáticos sobre migración de la necesidad de mejorar la protección de este colectivo de trabajadoras.

El Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos n° 189 y la Recomendación n° 201 que lo complementa constituyen el marco internacional de normas y criterios dirigidos a construir el empleo del hogar como un «trabajo decente», dándole así valor social y económico, con el fin de contribuir a hacer efectivas las aspiraciones de las personas en su vida laboral, cuestión fundamental del concepto evolutivo de «trabajo decente». Representan así la culminación de un movimiento mundial que aboga por la mejora de la protec-

⁵⁴ OIT: «*Situación y condiciones de empleo de los trabajadores domésticos en los hogares privados: Estudio de la OIT*», *op. cit.*, pág. 55.

ción de los derechos de las personas empleadas en este ámbito laboral.

En sus disposiciones se consignan las medidas y los principios mínimos que los países deben respetar en sus respectivos marcos jurídicos, institucionales y de políticas relativos al empleo doméstico, introduciendo una vertiente que destaca la trascendencia de una migración regularizada y protegida. Si bien, y desde una visión crítica, deja en el tintero algunas materias importantes de la relación de trabajo que no son tratadas en el texto del Convenio, dada la especial relación de confianza existente en esta relación de trabajo y el lugar de prestación de los servicios, lo que genera ciertas dificultades para su equiparación plena con el sistema de garantías del régimen de trabajo ordinario, también es cierto que son materias que en gran medida deben ser reguladas con mayor precisión por la propia legislación nacional.

De esta forma, no se puede cuestionar su importancia ni la oportunidad que supone para la construcción por parte de los países de un régimen protector de derechos sociales a favor de este grupo de personas que prestan sus servicios en el ámbito doméstico, favoreciendo así que emerjan de la invisibilidad que las caracteriza y dignificando este sector laboral.

Se trata de un Convenio que pretende la equiparación de los trabajadores domésticos con los trabajadores en general. Equiparación en derechos básicos, derechos laborales y derechos de seguridad social, puesto que este sector laboral aporta elementos de protección inferior que la mayoría de los sectores de ocupación. Por tanto, la ratificación del Convenio, además de ser una cuestión de justicia social, derechos y protección para las personas trabajadoras de este sector, es importante también en términos económicos y de seguridad social. En este sentido, un número creciente de países ha iniciado reformas basadas en las citadas normas.

Lograr una cobertura efectiva de derechos laborales y de protección social para las tra-

bajadoras y trabajadores domésticos plantea un gran reto para las normas internacionales de trabajo, para lo cual, la propia OIT debe jugar un papel importante y activo en cuanto a la recomendación de instrumentos eficaces para su aplicación por parte de las legislaciones nacionales.

Sin embargo, para que su alcance y efectividad sean reales es fundamental y necesario que se ratifiquen estos instrumentos internacionales, y se haga efectiva una correcta equiparación de este colectivo con el nivel de protección que disfrutaban las personas trabajadoras de otros sectores. Y aunque sin duda no es tarea fácil propiciar y conseguir un cambio drástico en las condiciones de trabajo y de protección social que afectan a las trabajadoras y trabajadores del ámbito doméstico, el Convenio 189 y su Recomendación 201 articulan el paradigma para tratar de consolidar esta transformación.

BIBLIOGRAFÍA

- BAEZA SANJUAN, R.: Una aproximación al concepto de «trabajo decente», Fundación Primero de Mayo, 10 de noviembre de 2009.
www.ccoo-servicios.info/noticias/52772.html
- BATTHYÁNY, K.: *Estudio sobre trabajo doméstico en Uruguay*, Serie Condiciones de Trabajo y Empleo, n° 34, Ginebra, OIT, 2012.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar en las relaciones especiales de trabajo», *Documentación laboral*, n° monográfico, 1986.
- OELZ, M.: *Remuneración en el trabajo doméstico*, Nota de información sobre trabajo doméstico n° 1, Ginebra, OIT, 2011.
- : «El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, n° 1, 2014 (161-195).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): «Situación y condiciones de empleo de los trabajadores domésticos en los hogares privados: Estudio de la OIT», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 82, n° 4, 1970.

- *Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal*, 90ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002.
 - *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010.
 - «Trabajo decente para los trabajadores del servicio doméstico: hacia unas nuevas normas internacionales del trabajo», *Trabajo: Revista de la OIT*, nº 68, abril 2010.
 - *Protección eficaz de los trabajadores domésticos: guía para diseñar leyes laborales*, Ginebra, 2012.
 - *Los trabajadores domésticos en el mundo: estadísticas mundiales y regionales y alcance de la protección jurídica*, Resumen Ejecutivo, 2013.
 - *Medir los progresos en la lucha contra el trabajo infantil. Estimaciones y tendencias mundiales entre 2000 y 2012*, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, Ginebra, 2013.
 - *Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, Ginebra, 2013
- QUESADA SEGURA, R.: «La distinción entre *au pair* y la relación laboral de trabajo al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas», *Revista Aranzadi Social*, nº 4, 1999.
- : «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 27, 2011.
- VELA DÍAZ, R.: «Los límites a las prestaciones salariales en especie y su incidencia en los trabajadores del servicio de hogar familiar a la luz de la Reforma Laboral de 2010», en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.): *Relaciones Laborales y Nuevo Modelo Productivo*, Monografías de Temas Laborales, nº48, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011.
- : *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*, Comares, Granada, 2014.

RESUMEN

La adopción en 2011 del Convenio 189 de la OIT junto con la Recomendación 201 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, supone el primer reconocimiento con carácter universal –aunque tardío– de un trabajo tradicionalmente infravalorado e invisible que lo realizan principalmente las mujeres, muchas de las cuales son migrantes. Esta norma internacional pretende garantizar la protección y los derechos básicos laborales y de seguridad social de las trabajadoras y trabajadores del sector doméstico. Sin embargo, la efectividad real de la misma depende en gran medida del propio legislador nacional, lo que constituye un reto para los Estados y sus sistemas normativos.

El objeto del presente trabajo parte de la propia oportunidad de la norma, destacando los elementos imprescindibles de protección laboral y social que introduce, así como su estado actual de ratificación, pues a este respecto, España sigue sin iniciar los trámites de ratificación de este Convenio sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos.

Palabras clave: Trabajador/a doméstico, Organización Internacional del Trabajo (OIT), empleo doméstico, Convenios y Recomendaciones Internacionales del trabajo, trabajo decente.

ABSTRACT

The adoption in 2011 of Convention 189 ILO together with Recommendation 201 for domestic workers is the first recognition with universal character –although late– of a work traditionally undervalued and invisible and is mainly carried out by women, many of whom are migrants. This International Standard pretends to guarantee protection and basic labor rights and social security of workers in the domestic sector. However, the true effectiveness of the same depends to a large degree the national legislator himself. It constitutes a challenge for States and their normative systems.

The object of this paper part from the opportunity of the standard, emphasizing the indispensable elements of labor and social protection that introduces, as well as its current condition of ratification, because in this regard, Spain continues without starting the process for ratification of this Convention for domestic workers.

Keywords: Domestic worker, International Labour Organization (ILO), domestic work, international labour Conventions and Recommendations, decent work.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Jurisprudencia

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012-2015

Review of case-law from the EU Court of Justice, 2012-2015

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 2.1. Restricciones de la libertad fundamental. 2.2. Desplazamientos transnacionales de trabajadores. 2.3. Derecho de la competencia.—3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN. 3.1. Ley aplicable y principios generales. 3.2. Prestaciones familiares. 3.3. Prestaciones de jubilación. 3.4. Prestaciones de desempleo.—4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. 4.1. Igualdad por razón de sexo. 4.1.1. Tutela de la igualdad. 4.1.2. En materia de seguridad social. 4.1.3. Protección de la maternidad. 4.2. Prohibición de discriminación por razón de edad. 4.3. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad. 4.4. Prohibición de discriminación por razón de orientación sexual.—5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO. 5.1. Trabajo de duración determinada. 5.2. Tiempo de trabajo. 5.3. Insolvencia empresarial. 5.4. Transmisión de empresas. 5.5. Despido colectivo.

1. INTRODUCCIÓN

En el número 107 de esta Revista se intentaba recuperar el desfase cronológico que se estaba produciendo en las reseñas de la actividad del Tribunal de Justicia. Diversos avatares han implicado que dicho desfase se acentuara incluso más en el periodo que ha transcurrido desde entonces. La presente reseña intentará ofrecer, como remedio, una síntesis de lo más destacado de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia entre 2012 y 2015¹. Así se intenta recuperar

el propósito expresado en aquella crónica de 2013: «de esta manera las futuras reseñas abarcarán toda la actividad del año anterior, permitiendo una mayor inmediatez al lector».

Lo dicho entonces sigue sirviendo, en buena medida, como introducción a la presente reseña. La actividad jurisdiccional europea no deja de ganar en relevancia, como han puesto de manifiesto las recientes sentencias sobre el empleo público. El número de pronunciamientos anuales se mantiene superior a 40 y los órganos jurisdiccionales españoles son la fuente de cada vez un número mayor. Como nota institucional, paralela a la de entonces, hay que dar cuenta de que éste fue el último periodo de actividad del Tribunal de Función Pública, cu-

* Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Dado que ya fue objeto de una reseña monográfica en un número anterior de la Revista, se ha omitido aquí la materia de libre circulación. V. J. M. MIRANDA BOTO, La jurisprudencia reciente (2010-2015) del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad*

Social, ISSN 2174-7504, n.º. 122, 2016 (Ejemplar dedicado a: Derecho social Internacional y Comunitario), pp. 185 y ss02

yas competencias fueron absorbidas en 2016 por el Tribunal General en el marco de una reordenación de éste.

Buena parte de las sentencias más relevantes de este periodo son, finalmente, objeto de un análisis más detallado en diferentes artículos de este número de la Revista. Se remite, pues, a ellos, el estudio en profundidad.

2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

2.1. Restricciones de la libertad fundamental

La sentencia de 19 de junio de 2014, *Strojny Prostějov, a.s., ACO Industries Tábor s.r.o. y Odvolací finanční ředitelství*, asuntos acumulados C-53/13 y C-80/13 (ECLI:EU:C:2014:2011), estudió un nuevo aspecto laboral de la libre prestación de servicios, como es la utilización transfronteriza de empresas de trabajo temporal. En el caso de autos, dos empresas checas habían utilizado los servicios de una empresa de trabajo temporal establecida en Eslovaquia, pero que operaba en la República Checa a través de una sucursal inscrita en el Registro Mercantil checo. Dichas empresas, en calidad de usuarias, utilizaron durante un período de tiempo como mano de obra a trabajadores empleados por la empresa de trabajo temporal. La Agencia Tributaria checa les exigió a las empresas que retuvieran el impuesto sobre la renta, al recurrir a una empresa extranjera. Si se hubiera tratado de una ETT checa, la retención habría correspondido a ésta, en cambio. Considerando que esta situación podía infringir las libertades comunitarias, se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó centrando el litigio en la libre prestación de servicios, desechando todas las otras conexiones laterales que se invocaban en el planteamiento de la cuestión prejudicial. Dentro de este campo, el hecho de que se tratara de forma diferente a una ETT checa y a una ETT eslovaca implicaba una restricción indiscutible, por muy escaso que fuera

su montante. Como refuerzo, la sentencia señalaba que el perjudicado directamente no era la ETT, sino la empresa usuaria en tanto que beneficiaria de la prestación de servicios.

Estudiando la proporcionalidad y la posible justificación de la medida, el principal argumento esgrimido por el Gobierno checo era garantizar el cobro de los impuestos. Anteriormente, el Tribunal había reconocido ésta como una finalidad legítima, sobre todo en los casos en los que el prestador de servicios no estaba radicado en el Estado miembro. Ahora bien, en el caso estudiado, la presencia de una sucursal en la República Checa le daba una estabilidad a la actividad económica. A juicio del Tribunal, lo correcto habría sido hacer recaer sobre ella las obligaciones impuestas a las empresas usuarias.

El argumento secundario apuntaba a la lucha contra el fraude. El Tribunal recordó que una presunción general de evasión o de fraude fiscales basada en el hecho de que un prestador de servicios está establecido en otro Estado miembro no puede bastar para justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de los objetivos del Tratado. Descartó, por lo tanto, tal argumentación y declaró la contradicción de la práctica checa con el ordenamiento de la UE.

Por su parte, la que podría haber sido una de las sentencias más interesante de este periodo se quedó en un mero trámite marítimo. En efecto, la sentencia de 8 de julio de 2014, *Fonnship A/S y Svenska Transportarbetareförbundet, Facket för Service och Kommunikation (SEKO), y Svenska Transportarbetareförbundet y Fonnship A/S*, asunto C-83/13 (ECLI:EU:C:2014:2053), estaba llamada a ser la sentencia *Laval II* y sólo dió como resultado la confirmación de que el trabajo en el mar es extremadamente flexible en sus condiciones.

El conflicto tenía como protagonistas a un sindicato sueco y a una naviera noruega, propietario de un granelero, el *Fonnship*, abandonado en Panamá, tripulado por cuatro polacos y dos rusos sometidos todos ellos a un

convenio colectivo celebrado con un sindicato ruso con sede en Murmansk. Dicho convenio establecía salarios de 550 dólares al mes. Considerando que estos salarios no eran justos, el sindicato sueco, aprovechando que el *Fonnskip* estaba fondeado en ese país en 2001, impidió las actividades de carga y descarga hasta que la naviera firmó un convenio colectivo que elevaba los salarios y pagaba al sindicato 1794 dólares como cuotas de adhesión y aportación a un fondo de solidaridad. Posteriormente, ambas partes se enfrentaron en litigios en los que cada una exigía de la otra una reparación económica derivada de estos hechos. La situación se repitió en 2003 a propósito de otro barco. Los pleitos parecen haberse eternizado, puesto que hasta febrero de 2013 no se recibió la cuestión prejudicial pertinente.

Y en ese punto surgió el problema. El órgano sueco no hizo caso de la petición de la naviera de preguntar por las medidas de conflicto colectivo. Se limitó a plantear una cuestión sobre la libre prestación de servicios y una sociedad propietaria de un buque con bandera de un tercer Estado. Las conclusiones del Abogado General sí contenían reflexiones interesantes al respecto, pero la sentencia fue extremadamente escueta.

Ésta recogió a la perfección el espíritu de liberalización del sector marítimo que inspira la normativa comunitaria. En sus propias palabras, «no pueden darse situaciones en las que una compañía naviera establecida en un país tercero y que presta servicios de transporte marítimo desde o hacia Estados parte del Acuerdo EEE mediante buques que enarbolan el pabellón de un país tercero disfrute de la libre prestación de servicios, a pesar de no cumplir el requisito de conexión establecido en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n° 4055/86, haciendo que reclame este derecho una sociedad establecida en el EEE y controlada por ella, so pretexto de que dicha sociedad es la prestadora de los servicios controvertidos, mientras que, en realidad, es la mencionada compañía la que los presta». El elemento decisivo para la extensión de la libertad mercantil era, pues, la efectiva pres-

tación de servicios: «para que el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n° 4055/86 sea aplicable, basta con que el prestador del servicio de transporte marítimo sea un nacional de un Estado parte del Acuerdo EEE establecido en un Estado parte de dicho Acuerdo distinto del Estado del destinatario de ese servicio».

Y de ello se seguiría, zanjó el Tribunal, que cualquier restricción que, sin justificación objetiva, haya podido prohibir, obstaculizar o restar interés a la prestación de dichos servicios debe ser declarada incompatible con el Derecho de la Unión. La sentencia *Laval* fue citada expresamente como aplicable al caso, sin desarrollar una sola línea adicional. El Tribunal, en definitiva, parece tener muy claro lo que dijo en *Laval* y no siente el menor deseo de volver sobre sus pasos².

En una línea no muy apartada de esa tendencia, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei GMBH y Stadt Dortmund*, asunto C-549/13 (ECLI:EU:C:2014:2235) se añadió a la ominosa lista de sentencias del Tribunal de Justicia en las que las libertades mercantiles desgarran gravemente el tejido de la Europa social. La ciudad de Dortmund licitó un contrato público relativo a la digitalización de documentos y otras actividades, entre cuyas condiciones se exigía al vencedor que abonara a sus trabajadores y a los posibles empleados de las subcontratistas un salario mínimo por hora de 8,62 euros. Una de las empresas participantes en la licitación comunicó a la Administración que todas las prestaciones se realizarían en Polonia, donde tal condición no era viable. Ante la negativa de Dortmund a eximir del requisito a la empresa *Bundesdruckerei*, ésta impugnó la decisión ante un órgano de control de la competencia. Como el Tribunal de Justicia le reconoce la naturaleza de órgano jurisdiccional, la cuestión prejudicial se elevó.

² Sobre ella, más extensamente, J. M. MIRANDA BOTO, «La sentencia *Fonnskip* o el extraño incidente del perro por la noche», *Revista de información laboral*, 10, 2014, pp. 103-119.

El hecho de que la primera sentencia citada al abordar el fondo de la cuestión fuera *Rüffert* ya podía hacer intuir por dónde iba a dirimirse el caso. En efecto, la primera declaración del Tribunal fue considerar inaplicable la Directiva 96/71/CE, puesto que no había desplazamiento alguno de trabajadores, dado que éstos no llegarían a salir nunca de Polonia, donde realizarían las tareas objeto de la licitación.

El conflicto debía situarse, pues, en el ámbito del artículo 56 TFUE, la libre prestación de servicios. De ahí que, siguiendo de nuevo *Rüffert*, «la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida».

A esa restricción se oponía la finalidad de proteger los intereses de los trabajadores y evitar el dumping social, que fue rechazada por el Tribunal recurriendo por tercera vez a los argumentos de *Rüffert*, considerándola desproporcionada. En las palabras del Tribunal, «privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos». El objetivo de protección del equilibrio de la Seguridad social siguió el mismo camino, puesto que los problemas recaerían en Polonia y no en Alemania. Una mancha negra más, en definitiva, para el Tribunal de Justicia³.

En contraste con esta sentencia, la decisión de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz*,

asunto C-115/14 (ECLI:EU:C:2015:760), trajo un inusitado soplo de aire fresco para la Europa social que en aquel momento era difícil encontrar en Luxemburgo. El caso no se diferenciaba en gran medida de acontecimientos anteriores, si bien algunos matices resultaron de enorme importancia a la hora de determinar el fallo final del Tribunal de Justicia.

Acogiéndose a las cláusulas sobre empleo y condiciones de trabajo que ampara la Directiva 2004/18/CE, en materia de contratación pública, el Ayuntamiento de Landau, en el Palatinado alemán, estableció en el contexto de la adjudicación de un contrato público de servicios postales una cláusula por la cual imponía a los licitadores y a sus subcontratistas, pagar un salario mínimo al personal que ejecutase las prestaciones objeto de esa licitación. RegioPost, una de las empresas que concurrió al concurso, consideró que dicha cláusula era ilegal y en su propuesta no respetó su contenido. Obviamente, el Ayuntamiento no la tuvo en cuenta, siendo impugnada ante los Tribunales la decisión municipal. En el curso del litigio, se planteó la cuestión prejudicial, para intentar determinar si la normativa europea era relevante en el caso estudiado, puesto que tanto la autoridad licitadora como la empresa (y las restantes empresas competidoras) se encontraban en Alemania.

Prueba de la importancia del asunto fue la participación en el litigio, además de las partes implicadas, de los Gobiernos alemán, danés, italiano, austriaco y noruego y de la Comisión Europea. Para salvar el obstáculo preliminar de las conexiones exclusivamente alemanas, el Tribunal de Justicia llevó a cabo una finta encuadrando el estudio del caso en la transposición de la Directiva 2004/18/CE y en los posibles efectos disuasorios que la normativa podría tener en prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros.

Primer gran contraste con el anterior caso *Bundesdruckerei*: la sentencia consideró sin el menor asomo de duda que la cláusula descrita constituía una «condición especial en relación con la ejecución del contrato» referida a «con-

³ M. C. SALCEDO BELTRÁN, «Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales. (A propósito de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13)», *Revista de derecho social*, 67, 2014, pp. 135-144.

sideraciones de tipo social» en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE. Lo que en 2014 era una simple suposición, aquí se transformaba en afirmación rotunda. Procedía, pues, su examen de compatibilidad con el Derecho de la Unión, condición a la que siempre quedan sometidas este tipo de cláusulas. La norma de contraste, parece claro, había de ser la Directiva 96/71/CE.

El hecho de que el salario mínimo viniera impuesto expresamente por una norma general con rango de ley favoreció, sin duda, que el primer examen del Tribunal fuera positivo. Nada de lo dicho en *Rüffert* podía volver aquí a la luz, excepto para ser señalado expresamente como el modelo de actuación incorrecta por remisión. Examinando a continuación el contraste con el artículo 56 TFUE con la base en el argumento de *Rüffert* sobre la distinción entre aplicación a contratos públicos y privados, el Tribunal no encontró obstáculo alguno a la validez de la norma. Constituía un zócalo mínimo justificado por la protección de los intereses trabajadores y el hecho de que se aplicara a todos los contratos públicos le daba la suficiente naturaleza de generalidad para resistir el contraste con la doctrina jurisprudencial anterior.

En último lugar, la sentencia analizó la validez de la exclusión de la licitación que imponía la norma, considerada por la empresa como poco proporcionada. El Tribunal no acogió esta alegación, empleando como criterio de ponderación el considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE, que indica que la normativa laboral ha de respetarse en la ejecución del contrato y que su incumplimiento. Por otra parte, señaló que el cumplimiento de la obligación no resultaba gravoso en absoluto. En ocasiones anteriores el Tribunal ha condenado medidas nacionales por la burocracia que implicaba, pero no en ésta, ya que era de fácil cumplimiento.

El Tribunal de Justicia, en definitiva, ofreció en esta sentencia indicaciones muy claras de cómo poner en práctica las cláusulas de contenido sociolaboral en la contratación pública.

No deja de sorprender que en esta ocasión la Sala Cuarta estuviera compuesta por las tres personas que componían la Sala Novena, autora de la sentencia *Bundesdruckerei* indicada, y dos jueces más. ¿Tanto había cambiado el criterio de afectación al tráfico transnacional? La legitimación del dumping a distancia que supuso la sentencia de 2014, ¿habrá encontrado la horma de su zapato? Esta sentencia puede representar, en conclusión, un importante impulso a la nueva regulación de las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en los contratos públicos que entró en vigor en 2016 (y cuya transposición en España no se ha llevado a cabo en plazo)⁴.

2.2. Desplazamientos transnacionales de trabajadores

La Directiva 96/71/CE, sobre desplazamientos transnacionales de trabajadores, cuya norma complementaria vio la luz en este periodo, ha continuado presente en la actividad del Tribunal.

No obstante, la sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Tevfik Isbir y DB Services GmbH*, asunto C-522/12 (ECLI:EU:C:2013:711), tuvo una especialidad notable y fue la ausencia del elemento transfronterizo. El litigante en el pleito original trabajaba en Alemania para una empresa alemana, ciertamente en el marco de una contrata. «No obstante, [el Tribunal alemán] señala que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C 28/95, Rec. p. I 4161, y de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C 352/08, Rec. p. I 4303), con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión deben recibir una interpretación uniforme, con independencia de que se apliquen a una situación meramen-

⁴ J. M. MIRANDA BOTO, «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea», *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2, 2016, pp. 69-91.

te interna o transfronteriza. En el caso de autos, a su juicio, se desprende del proyecto de ley de la AEntG 2007 que el concepto de «cuantía de la remuneración mínima» al que se refiere dicha norma debería, según el legislador nacional, interpretarse de manera idéntica, tanto si se aplica a una situación interna como a una situación regulada por el Derecho de la Unión».

Así pues, lo que sirvió, en el caso concreto, como salario mínimo a efectos de una contrata transnacional debía servir como salario mínimo para una contrata interna. Era una decisión, cuando menos, arriesgada, pero coherente con la idea de una verdadera armonización legislativa. La contestación del Tribunal a este argumento no fue menos destacable: «en el marco del reparto de las funciones jurisdiccionales entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia previsto por el artículo 267 TFUE, corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho de la Unión, puesto que la competencia del Tribunal de Justicia se limita únicamente al examen de las disposiciones de este Derecho. En efecto, corresponde al Derecho interno y, por consiguiente, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, tener en cuenta los límites que el legislador nacional haya podido poner a la aplicación del Derecho de la Unión a situaciones puramente internas».

La discusión concreta versaba sobre la inclusión en la noción de «salario mínimo», a los efectos de la Directiva 96/71/CE, de las aportaciones empresariales a un «fondo de patrimonio del trabajador» y de dos pagos a tanto alzados recogidos en un convenio colectivo. Para iniciar su razonamiento, el Tribunal recordó la amplia flexibilidad que la Directiva 96/71/CE ha dejado a los Estados a la hora de caracterizar su salario mínimo. En efecto, la tarea de definir cuáles son los elementos que lo constituyen, para aplicar esta Directiva, depende del Derecho del Estado miembro interesado, con la sola condición de que esta definición, tal como resulte de la legislación o

de los convenios colectivos nacionales aplicables, o de la interpretación que de ellos hagan los tribunales nacionales, no tenga el efecto de obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros.

No obstante esta libertad, el Tribunal acuñó una regla clara: «sólo los conceptos de remuneración que no modifican la relación entre la prestación del trabajador, por una parte, y la contraprestación que éste percibe a cambio de aquélla, por otra parte, pueden ser tomados en consideración para determinar el importe del salario mínimo a efectos de lo dispuesto en la Directiva 96/71». Quedaba al Tribunal nacional determinar en qué medida esta regla reaccionaba frente a los dos conceptos discutidos, si bien apuntaba la orientación de cada uno: los pagos a tanto alzado remuneraban trabajo ordinario y las aportaciones al fondo se desligaban de éste y tenía un matiz de política social.

Junto a esta sentencia se encuentra uno de los pronunciamientos más importantes de este periodo, el caso *Sähköalojen ammattiliittoy* de 12 de febrero de 2015, asunto C-396/13 (ECLI:EU:C:2015:86) sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. En ella se perfiló con mayor precisión la noción de salario mínimo recogida en la Directiva 96/71/CE, esta vez en el marco de un desplazamiento real de trabajadores.

En el caso analizado, una compañía con sede en Polonia, para ejecutar trabajos de electrificación en la central nuclear de su sucursal en Finlandia, celebró, en Polonia y aplicando el Derecho polaco, contratos de trabajo con 186 trabajadores. Éstos fueron desplazados a la sucursal finlandesa, siendo alojados en apartamentos situados a unos 15 km de dicha central. Los trabajadores en cuestión consideraban que la empresa no les había abonado la remuneración mínima que les correspondía en virtud de los convenios colectivos finlandeses del sector de la electrificación y del sector de las instalaciones técnicas de los edificios. Por ese motivo, cedieron con carácter

individual sus créditos salariales al sindicato Sähköalojen ammattiliitto para que procediera a su cobro. Éste defendió ante el tribunal correspondiente que las cuantías salariales calculadas eran inferiores en unos 7 millones de euros a lo debido. La empresa, por su parte, consideraba que la cesión de los créditos era incorrecta, puesto que no estaba autorizada por el Derecho polaco, donde la compañía tenía su sede. Todos estos problemas, en el marco de la interpretación de la Directiva 96/71/CE, dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial, muy extensa y que el Tribunal reorganizó, acortándola sensiblemente, para su examen.

El primer asunto abordado fue el obstáculo procesal alegado por la empresa. El Tribunal lo consideró completamente infundado. Una empresa establecida en un Estado miembro no puede alegar la legislación de dicho Estado miembro cuando un litigio sobre una materia sometida a la Directiva 96/71/CE se sustancia en otro Estado miembro, esto es, el de destino. Aceptar esta petición habría llevado a una situación absurda por completa, eliminar los mecanismos procesales de un Estado por comparación con otro. Por lo tanto, el Tribunal reconoció la legitimación del sindicato en el litigio original. De esta manera respondió a cinco de las seis preguntas planteadas por el tribunal finlandés.

A continuación se abordó el fondo del asunto: la composición del salario mínimo, que, recuérdese, es el único garantizado por la Directiva 96/71/CE para los trabajadores desplazados, pero cuya definición no ha sido armonizada por la Directiva. La cuestión prejudicial enumeraba una serie de conceptos retributivos que el Tribunal de Justicia fue analizando meticulosamente.

En primer lugar, analizó la inclusión del salario calculado por horas o por trabajo a destajo. El Tribunal de Justicia recordó que la determinación del salario mínimo es una competencia nacional; debe hacerlo, eso sí, a través de reglas transparentes, accesibles y claras. De esta forma, «el salario mínimo calculado

conforme a lo establecido en los convenios colectivos pertinentes no puede depender de la libre elección del empresario que desplaza trabajadores, con el único fin de ofrecer el trabajo de sus empleados desplazados a un precio menos elevado que el de los trabajadores locales». Una extraña declaración protectora de los derechos de los trabajadores desplazados, que no suelen ser tratados así por el Tribunal de Justicia. La comprobación de la accesibilidad, claridad y transparencia de las normas quedaba encomendada al órgano nacional.

En segundo lugar, se estudió la indemnización diaria que los convenios colectivos finlandeses imponían a los trabajadores desplazados, superior a 30 euros diarios. La finalidad de esta indemnización es «garantizar la protección social de los trabajadores de que se trata, compensando los inconvenientes debidos al desplazamiento, que consisten en el alejamiento de los interesados de su entorno habitual». Dado que la Directiva considera que los complementos correspondientes al desplazamiento se integran en el salario mínimo, esta percepción fue considerada de obligado pago por el Tribunal.

La tercera partida era un complemento de trayecto diario, que se paga en Finlandia si el desplazamiento de ida y vuelta de los trabajadores es superior a una hora. No es una compensación de gastos, sino una indemnización por las molestias. En ese caso, si el tribunal nacional consideraba que se cumplían las condiciones temporales, debía abonarse como salario mínimo, por la razón expuesta anteriormente.

El pago del alojamiento y los cheques restaurante, en cambio, no fueron considerados como salario mínimo por parte del Tribunal de Justicia. De forma tajante, el Tribunal consideró que son gastos asumidos por la empresa y que no tienen relación con la remuneración.

La última cuantía discutida era la de la paga de vacaciones. Conociendo la trayectoria del Tribunal en esta materia, era fácil anticipar que se declarararía la pertinencia de su

pago: «la paga de vacaciones que debe concederse al trabajador desplazado por la duración mínima de las vacaciones anuales remuneradas corresponde al salario mínimo al que tiene derecho durante el período de referencia»⁵.

2.3. Derecho de la competencia

El encaje entre la negociación colectiva y el Derecho de la Unión Europea en materia de competencia es uno de los temas más espinosos de la Europa social. La sentencia de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media y Staat der Nederlanden*, asunto C-413/13 (ECLI:EU:C:2014:2411), estudió la situación en Holanda, donde los trabajadores autónomos pueden afiliarse tanto a sindicatos como a organizaciones patronales, quedando vinculados por los convenios colectivos que se celebren por ambos.

En 2007, la autoridad de competencia holandesa consideró que los acuerdos que afectaban a autónomos no gozaban de la exención existente para los convenios colectivos y que por lo tanto eran acuerdos colusivos. Como consecuencia de esta declaración, el convenio colectivo de músicos sustitutos de orquesta fue denunciado. A raíz de esta denuncia, un sindicato inició un litigio para que el tribunal correspondiente declarase que los acuerdos que afectaban a los músicos sustitutos autónomos tenía naturaleza de convenio colectivo de trabajo y por lo tanto no era objeto del Derecho de la competencia. Dudando sobre el alcance de la jurisprudencia comunitaria en materia, el órgano judicial holandés planteó la cuestión prejudicial.

La sentencia comenzó afirmando la propia competencia del Tribunal para analizar el fondo de la cuestión, en tanto que la normativa

holandesa era desarrollo del ordenamiento de la Unión. Los primeros razonamientos recordaron que los convenios colectivos están excluidos del ámbito del Derecho de la competencia, en tanto que dotados de objetivos propios de política social. El quid del asunto era determinar si los acuerdos cuestionados tenían o no las características de un convenio colectivo.

El Tribunal consideró que los sustitutos autónomos no son trabajadores, sino empresa y deben ser considerados como operadores económicos independientes. Una asociación de autónomos, por lo tanto, no será un sindicato, sino una asociación de empresas. Y, por lo tanto, lo que lleve a cabo será otro tipo de diálogo que no puede ser calificado como negociación colectiva.

Cuestión distinta sería si los sustitutos fueran «falsos autónomos». Recordando lo dicho en la sentencia *Allonby*, «el Tribunal de Justicia ya ha precisado que la calificación de «prestador autónomo» con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral».

La tarea de comprobación le correspondería al tribunal remitente, que debería estudiar, principalmente, la flexibilidad de la que disponían los sustitutos en comparación con los trabajadores ordinarios de la orquesta. Como puede suponerse fácilmente, los acuerdos de interés profesional, recogidos en la LETA, quedan severamente amenazados tras esta sentencia.

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

La jurisprudencia en esta materia sigue siendo abundante en el periodo reseñado, pero cada vez se ocupa más de cuestiones de detalle. Esto hace difícil la exportación de su doctrina a otros países, por lo cual se han seleccionado

⁵ O. FOTINOPOULOU BASURKO, E. LARRAZABAL ASTIGARRAGA, «El salario mínimo aplicable al trabajador desplazado. Acerca de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de febrero de 2015, C-396/13», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 41, 2015.

únicamente los casos más relevantes, renunciando a cualquier pretensión de exhaustividad.

3.1. Ley aplicable y principios generales

La sentencia de 7 de junio de 2012, *M. J. Bakker y Minister van Financiën*, asunto C-106/11 (ECLI:EU:C:2012:328), estudió un caso realmente complicado. El demandante en el litigio principal residía en España y ejercía una actividad por cuenta ajena en dragas que navegaban bajo pabellón holandés para una empresa con domicilio social en Rotterdam. Desarrollaba primordialmente sus actividades en aguas territoriales chinas y de los Emiratos Árabes Unidos, si bien las dragas estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos. En este escenario, el Sr. Bakker pretendía eludir la inclusión en el régimen de Seguridad Social holandesa.

A éste apuntaba, en efecto, el Reglamento (CEE) n° 1408/71. Los distintos Tribunales, antes del planteamiento de la cuestión prejudicial, habían considerado que el Sr. Bakker ejercía sus actividades en buques que enarbolaban pabellón holandés, es decir, de un Estado miembro en el sentido del artículo 13, apartado 2, letra c), de dicho Reglamento. Las dudas se le plantearon al Tribunal Supremo de los Países Bajos, al considerar que su legislación nacional basa la afiliación en la residencia – lo que descartaría la conexión –, mientras que el Reglamento sigue la ley del pabellón. La sentencia recoge que la aplicación estricta del Reglamento se está poniendo en práctica de forma más habitual por la Administración de Seguridad social, lo cual puede ser una explicación de los litigios que se han planteado ante el Tribunal de Justicia estos últimos años

El Sr. Bakker justificaba en primer lugar su exclusión al considerar que una draga no es un buque. La respuesta del Tribunal descartó tajantemente esta interpretación: « en dicha disposición no se establece ningún requisito relativo al tipo de « buque » contemplado. Por otra parte, de las explicaciones facili-

tadas por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que dichas dragas disponían de un certificado de matrícula y estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos ».

El segundo argumento para la exclusión apuntaba al hecho de que las actividades de la draga tenían lugar en aguas situadas fuera de la jurisdicción de los Estados miembros de la Unión Europea, lo cual, en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmada en Montego Bay en 1982, debería conducir a su juicio a la legislación de los Estados ribereños. Recurriendo a su jurisprudencia anterior, en especial al caso *Aldewereld*, el Tribunal recordó que la mera circunstancia de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Unión no basta para excluir la aplicación de las normas de la Unión sobre la libre circulación de los trabajadores, por cuanto la relación laboral conserva una vinculación suficientemente estrecha con el territorio de la Unión. El abanderamiento en los Países Bajos, a ojos del Tribunal, era dicho vínculo estrecho.

El Reglamento designaba, pues, la legislación holandesa, pero ésta se basaba en la residencia para el acceso a su sistema, lo cual excluiría al Sr. Bakker. La respuesta del Tribunal, mostrando su *horror vacui*, fue clara: los requisitos nacionales « no pueden tener por efecto excluir del ámbito de aplicación de la legislación de que se trate a aquellas personas a las que, en virtud del Reglamento n° 1408/71, esa legislación es aplicable ». De ello se seguía la inclusión del demandante en el sistema de Seguridad social, como de hecho venía haciendo la Administración holandesa.

La sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión Europea contra Alemania*, asunto C-562/10 (ECLI:EU:C:2012:442), supuso un paso más en la ya apreciable jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de protección de la dependencia, en especial a propósito de su exportación (o con mayor precisión, la limitación de ésta). Como se recordará, Alemania ha sido

la protagonista de la mayor parte de las cuestiones prejudiciales al respecto en los últimos años, y esa litigiosidad parece ser el motivo que indujo a la Comisión Europea a plantear el recurso por incumplimiento que ahora se expone, denunciando la incompatibilidad del sistema germano con el Derecho de la Unión Europea.

La esencia de la reclamación se centra, en síntesis, en las limitaciones impuestas a las personas dependientes en otro Estado miembro: un máximo de seis semanas en la percepción de la asignación, la falta de reembolso de determinadas prestaciones en especie y la falta de reembolso por el alquiler de equipamiento asistencial y material ortopédico. La importancia del litigio puede apreciarse en las dimensiones de las alegaciones de Alemania y de la Comisión recogidas en la sentencia, de notable extensión y enjundia.

Para resolver el caso, el Tribunal comenzó repasando su jurisprudencia sobre el seguro de dependencia, que en buena medida está construida en sentencias sobre el sistema alemán. En este sentido, recordó que las prestaciones del seguro de dependencia que consistan en la asunción o en un reembolso de los gastos ocasionados por el estado de dependencia del asegurado, en particular los gastos destinados a cubrir los cuidados dispensados a domicilio por terceros así como el suministro y la instalación de equipos necesarios al asegurado, están incluidas en el concepto de «prestaciones en especie» a que se refiere el título III del Reglamento n° (CEE) 1408/71.

En lo referente a la consideración de las medidas alemanas como una restricción a la libre prestación de servicios, el Tribunal señaló que no cabe aplicar el régimen previsto para las prestaciones sanitarias y las de dependencia. Indicó, en efecto, que en particular, a diferencia de las prestaciones relacionadas con los tratamientos médicos, las prestaciones correspondientes al riesgo de dependencia, que son de larga duración en general, no están destinadas en principio a hacerse efectivas a corto plazo. La Comisión, en opinión del Tribunal, no había conseguido eliminar esa diferencia

en sus alegaciones, por lo cual no cabía una aplicación automática de la jurisprudencia existente.

El motivo fundado en la disparidad de tratamientos obtenidos en Alemania o en otro Estado miembro fue también descartado, con un argumento jurisprudencial ya clásico: «puesto que el artículo 48 TFUE prevé una coordinación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad social, y no su armonización, las normas del Tratado FUE en materia de libre circulación no pueden garantizar a un asegurado que el desplazamiento a otro Estado miembro sea neutro por lo que se refiere, en particular, a las prestaciones de enfermedad o de dependencia. En efecto, habida cuenta de las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros en la materia, tal desplazamiento puede, según los casos, ser más o menos ventajoso desde el punto de vista económico para el afiliado».

La sentencia, pues, descartó todas las alegaciones de la Comisión, desestimando el recurso. Merece la pena señalar que en esta ocasión el Tribunal respaldó una defensa de la territorialidad de la dependencia, a diferencia de algunas cuestiones prejudiciales recientes, donde había entreabierto la puerta a su exportación forzando la interpretación del Reglamento (CEE) n° 1408/71⁶.

3.2. Prestaciones familiares

Este tipo de prestaciones ocupan, en los últimos tiempos, un lugar predominante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La sentencia de 12 de junio de 2012, *Waldemar Hudzinski contra Agentur für Arbeit Wesel – Familienkasse*, y *Jaroslav Wawrzyniak contra Agentur für Arbeit Mönchengladbach – Fa-*

⁶ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «La radical evolución de la jurisprudencia comunitaria sobre exportación de prestaciones no contributivas», *Noticias de la Unión Europea*, 319, 2011, pp. 79-88.

milienkasse, asuntos acumulados C-611/10 y C-612/10 (ECLI:EU:C:2012:339), estudió el caso de dos ciudadanos polacos, residentes en Polonia, que durante un tiempo habían trabajado en Alemania, uno como trabajador de temporada en la agricultura (en Polonia era trabajador por cuenta propia) y el otro como trabajador destacado. En esos periodos, solicitaron prestaciones por hijo a cargo, que les fueron denegadas, por considerar la Administración alemana que no era la competente. No considerando clara la jurisprudencia comunitaria en la materia, el órgano judicial alemán planteó la cuestión prejudicial.

De acuerdo con los preceptos relevantes del Reglamento, en ambas situaciones Polonia era el Estado competente en aplicación de los artículos 14 bis y 14 del Reglamento (CEE) n° 1408/71. La primera parte de la sentencia se pronunció con un enfoque de interpretación estricta de lo dispuesto en la normativa, mencionando la unicidad de legislaciones, el régimen de coordinación y no de armonización que regula el Derecho de la Unión, la ausencia de neutralidad... Todos estos argumentos apuntaban claramente al rechazo de la pretensión de los demandantes.

Sin embargo, a partir del considerando 45, la orientación de la sentencia cambió radicalmente, al señalar que se planteaba no obstante la cuestión de si tal Derecho se oponía a la posibilidad del reconocimiento, en especial cuando, como se deducía de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, resultaba que, en virtud de la legislación alemana, las recurrentes en los litigios principales podían beneficiarse de dicha asignación por el mero hecho de haber estado sujetas –o consideradas sujetas– al impuesto sobre la renta por obligación personal, lo que correspondería comprobar al tribunal remitente.

En la sentencia *Bosmann* de 2008, el Tribunal ya había señalado que el Reglamento no podía servir de fundamento para excluir que un Estado miembro, que no fuera el Estado competente y que no supeditase el derecho a una prestación familiar a requisitos de empleo

o de seguro, pudiese conceder tal prestación a una persona que residiese en su territorio, toda vez que la posibilidad de tal concesión estaba prevista efectivamente en su legislación nacional.

Considerando que toda la normativa en materia de Seguridad social debe interpretarse a la luz de los fines del Tratado, que recogen explícitamente la mejora de la calidad de vida de los trabajadores migrantes, el Tribunal sostuvo, como ya había hecho en *Von Chamier-Glisczynski*, que interpretar el Reglamento n° 1408/71 en el sentido de que prohibía a un Estado miembro conceder a los trabajadores y a los miembros de su familia una protección social más amplia que la que se desprendía de la aplicación de dicho Reglamento sería tanto ir más allá de sus objetivos como situarse fuera de los objetivos y del marco del artículo 48 TFUE y, con carácter general, de la libre circulación de trabajadores.

Dado que la legislación alemana establecía que tenía derecho a la asignación por hijo a cargo toda persona que, sin estar domiciliada ni residir habitualmente en el territorio nacional, estuviese sujeta –o considerada sujeta– al impuesto sobre la renta por obligación personal (lo que era el caso de los demandantes), nada se oponía a ojos del Tribunal a la concesión de la prestación por Alemania.

Ahora bien, era menester estudiar las reglas antiacumulación del Reglamento. Reconocida la facultad de Alemania para otorgar prestaciones adicionales, también le reconoció el Tribunal la capacidad de decidir si iba a tener en cuenta y, en su caso, de qué manera, la circunstancia de que existiera en el Estado miembro competente derecho a una prestación equivalente. Al no ser Alemania el Estado competente en los términos del Reglamento, sino un proveedor alternativo de prestaciones, las reglas antiacumulación ordinarias no resultaban de aplicación. Para el Tribunal resultaba inadmisibles la exclusión automática de la prestación, puesto que sólo perjudicaba a trabajadores migrantes. De ahí que considera-

ra contraria al Derecho de la UE la normativa alemana, por no prever una simple reducción de la prestación, sino su negativa.

Es ésta una sentencia curiosa, por la forma en que el Tribunal se aparta del gran criterio rector de los Reglamentos, la determinación de una legislación única. Ciertamente, le inspira un noble fin, el *favor migrantis* que ha justificado tantas aventuras jurisprudenciales. Pero la importancia de lo aquí afirmado y el coste que impone sobre las Seguridades sociales de los Estados «ricos» a los que se desplazan trabajadores desde otros Estados «menos ricos» hacen que esta sentencia merezca una observación detallada.

De 21 de febrero de 2013 es la sentencia *Patricia Dumont de Chassart y Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS)*, asunto C-619/11 (ECLI:EU:C:2013:92). En este caso el litigio se centraba en la denegación de una prestación de orfandad por parte de la Administración belga, que no había admitido como válidos los periodos de seguro del difunto en Francia, donde había residido y fallecido. La solicitante, en este caso, era la viuda, nacional belga y que se habría trasladado a Bélgica tras el fallecimiento del Sr. Dumont.

El Tribunal de Justicia comenzó precisando que el difunto Sr. Dumont estaba incluido en el ámbito del Reglamento (CEE) n° 1408/71, a pesar de que en el momento de su fallecimiento vivía como «prejubilado» de sus ahorros, sin recibir prestación alguna ni efectuar trabajo. El hecho de haber estado sujeto anteriormente al Reglamento, en la interpretación del Tribunal, era suficiente para que su régimen jurídico continuara extendiéndose a su superstite.

Establecido así el marco jurídico, en virtud del Reglamento resultaba aplicable la legislación belga, puesto que en ese país residía el huérfano. Ahora bien, Bélgica estaba obligada a conceder las prestaciones según su propia legislación nacional «como si» el trabajador fallecido hubiera estado sometido únicamente

a esa legislación. Tal es el sentido de la norma de conflicto, que remite a una legislación única para garantizar la no acumulación de prestaciones, pero también para asegurar que nadie se vea privado de protección.

El Gobierno belga sostenía en este punto que la toma en consideración por parte de las instituciones belgas competentes, a efectos de su totalización, de los períodos de actividad ejercida en otro Estado miembro exigía que una actividad mínima hubiera sido ejercida en Bélgica durante el período de referencia. Este argumento fue rechazado tajantemente por el Tribunal, que señaló, recurriendo a lo dicho en *Bergstrom*, que un Estado miembro, para conceder una prestación familiar, no puede exigir que, además de un período de seguro o de empleo cubierto en otro Estado, se haya cubierto otro período de seguro en su territorio.

No encontró el Tribunal, en definitiva, argumento alguno que sostuviese la negativa belga. Afirmó incluso, en una interpretación global del Reglamento dentro del sistema de libre circulación, que «lejos de oponerse, en un asunto como el litigio principal, a que se tomen en consideración los períodos de seguro y de empleo cubiertos por el progenitor superviviente de un hijo de un trabajador fallecido en otro Estado miembro, exigen por el contrario que se tengan en cuenta, cuando la normativa del Estado miembro competente establece que, no sólo el progenitor fallecido, sino también el progenitor superstite, si tienen la condición de trabajadores, pueden causar un derecho a prestaciones de orfandad».

La sentencia de 6 de noviembre de 2014, *Agentur für Arbeit Krefeld – Familienkasse y Susanne Fassbender-Firman*, asunto C-4/13 (ECLI:EU:C:2014:2344), se ocupó a su vez de los problemas de una ciudadana alemana, madre de un hijo, que trabajaba en Alemania y que pasó a residir, manteniendo su empleo, en Bélgica, donde su marido encontró trabajo. En el periodo litigioso, la trabajadora percibió prestaciones familiares conforme al Derecho alemán, pero no conforme al Dere-

cho belga, puesto que aunque tendría derecho a ello, su marido no solicitó la prestación. De acuerdo con la Administración alemana, en ese periodo, en virtud del Reglamento (CEE) n° 1408/71, le correspondería abonar únicamente la diferencia entre los importes debidos en Alemania y los debidos en Bélgica, y no la prestación completa. En el marco del litigio ante los tribunales alemanes, se planteó la cuestión prejudicial encaminada a aclarar la interpretación del artículo 76 del Reglamento.

Dicho precepto establece las normas de prioridad en caso de acumulación de derechos a prestaciones familiares en virtud de la legislación del Estado competente y en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia de los miembros de la familia. Conforme a él, cuando se perciben subsidios familiares por un mismo miembro de la familia procedentes de diversos Estados, prima el Estado de residencia y el Estado de actividad suspende su aportación hasta el total establecido por la legislación del primero. Es decir, en principio, Bélgica pagaría íntegramente su prestación y Alemania únicamente la diferencia entre su propia prestación y la belga.

El problema factual era que en Bélgica no se había solicitado prestación alguna. El párrafo 2 del artículo 76 del Reglamento, no obstante, prevé esta situación y permite a la Administración actuar como si se hubiera solicitado y recortar su aportación. El matiz que analizó cuidadosamente la sentencia fue la posibilidad y no la obligación de la Administración de actuar así. Esta facultad, obviamente, puede dejar al trabajador migrante que no ha solicitado la prestación en el Estado de residencia con una prestación muy reducida (por su propia actuación negligente o descuidada, podría matizarse). Pero a juicio del Tribunal, si la legislación nacional regula esta cuestión, de forma que la seguridad jurídica quede garantizada, no hay contradicción con el Derecho de la Unión. Dado que la legislación alemana recogía con total claridad la suspensión, el Tribunal de Justicia declaró la validez de la suspensión del abono de las prestaciones familiares.

3.3. Prestaciones de jubilación

La sentencia de 21 de febrero de 2013, *Concepción Salgado González, e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C-282/11, (ECLI:EU:C:2013:86) volvió a llevar el protagonismo a emigrantes españoles (y más concretamente, gallegos) retornados que pelean por sus pensiones.

La Sra. Salgado González había cotizado en España en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos del 1 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 1999, por un total de 3.711 días, y en Portugal del 1 de marzo de 2000 al 31 de diciembre de 2005, por un total de 2.100 días. Tras solicitar la pensión de jubilación, el INSS fijó su importe en 336,86 euros mensuales. Esta cantidad era el resultado de sumar, con arreglo al artículo 162, apartado 1, de la LGSS, las bases de cotización españolas desde el 1 de abril de 1984 (cuando la Sra. Salgado no había cotizado, puesto que se incorporó en febrero de 1989) hasta el 31 de marzo de 1999 —esto es, durante los quince años anteriores al pago por la Sra. Salgado González de la última cuota en España— y de dividir las por 210. Los años cotizados en Portugal no fueron tenidos en cuenta para el cálculo de la pensión, salvo para la determinación del periodo de carencia.

A juicio del TSJ de Galicia, el hecho de que se aplicase a los trabajadores migrantes comunitarios el divisor de 210, aunque los años cotizados en España no llegasen a quince, los situaba en un plano de desigualdad con respecto a los trabajadores no migrantes cotizantes en España. Así, habiendo realizado un esfuerzo de cotización equivalente al de un trabajador no migrante que cotizaba en España, el trabajador migrante comunitario que hubiese repartido su cotización entre España y otro Estado miembro obtendría una base reguladora tanto más inferior cuanto menos hubiese cotizado en España. Este resultado sería contrario al objetivo comunitario, previsto en el artículo 48 TFUE, consistente en evitar que

el trabajador migrante sufriese una reducción del importe de la prestación que habría obtenido si no fuera migrante.

Debe recordarse que según el artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento (CEE) nº 1408/71, la cuantía teórica de tal prestación debe calcularse como si el asegurado hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en el Estado miembro de que se trata. Ahora bien a la hora de calcular la cuantía teórica de la prestación objeto del litigio principal, el INSS no calculó la base de cotización media de la Sra. Salgado 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, tal como impone el artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento nº 1408/71 y el punto 4, letra a), de la sección H de su anexo VI.

El Tribunal entendió que el periodo ficticio de tiempo añadido no era «cotización en España», lo cual suponía contradecir el Reglamento. La adición de casi cinco años sin cotizaciones para el cálculo perjudicaba notablemente a la Sra. Salgado, puesto que si no hubiera salido de España no habría recibido esos «años en blanco», sino que se habría calculado sobre cotizaciones reales.

Por todo ello, el Tribunal declaró la normativa española contraria al Derecho de la Unión. Incluso, *de lege ferenda*, se permitió señalar la utilidad de incorporar a la legislación española mecanismos de adaptación del procedimiento de cálculo de la cuantía teórica de la pensión de jubilación para tomar en consideración el ejercicio por parte del trabajador de que se trate de su derecho a la libre circulación⁷.

Por su parte, la sentencia de 10 de octubre de 2013, *F. van der Helder, D. Farrington y Co-*

llege voor zorgverzekeringen, asunto C-321/12 (ECLI:EU:C:2013:648), ilustra a la perfección la extrema complejidad de los litigios de Seguridad social comunitaria. El primero de los demandantes en el litigio original era un holandés residente en Francia que percibía prestaciones de jubilación de Holanda, Finlandia y el Reino Unido. El segundo, un británico residente en España que percibía, a su vez, jubilación holandesa y británica. En ninguno de los casos, pues, percibían prestación del Estado de residencia, lo cual conforme a los Reglamentos hace competente en materia de prestaciones en especie al Estado a cuya legislación haya estado sometido el titular durante el mayor período de tiempo. En ambas situaciones, dicho Estado era Holanda. Hasta el 1 de enero de 2006, ni el Sr. van der Helder ni el Sr. Farrington tenían la obligación de estar afiliados al régimen legal neerlandés del seguro de enfermedad. Se encontraban cubiertos por un seguro de enfermedad privado.

Como consecuencia de una modificación legislativa que volvía obligatorio el seguro de enfermedad, la Administración holandesa impuso cotizaciones a los demandantes sobre sus pensiones, situación que fue atacada en los tribunales nacionales. El eje de la argumentación era la interpretación del término «legislación», puesto que según el contenido que se le reconociera, el Estado determinado era distinto de Holanda. Para los demandantes, «legislación» equivalía a seguro de enfermedad únicamente, lo que les alejaba de Holanda. Para el tribunal holandés, significaba el seguro de pensión que daba lugar a la prestación (posición defendida posteriormente por la Comisión Europea y tres Gobiernos nacionales). Para la administración holandesa, por último, hacía mención de todas las conexiones posibles con el sistema de seguridad social. Ante esta triple posibilidad, se planteó la cuestión prejudicial.

Enfrentado a la compleja interpretación del precepto del Reglamento, el Tribunal señaló que los elementos claves para llevarla a cabo eran el contexto y el objetivo de la disposición. Dicho contexto es el artículo dedicado

⁷ E. DESDENTADO DAROCA, «De nuevo sobre los problemas del cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes: el caso Salgado González y la STJUE de 21 de febrero de 2013», *Revista de derecho social*, 62, 2013, pp. 149-162.

a las prestaciones en especie percibidas por jubilados. De acuerdo con el Tribunal, «la finalidad de esta disposición consiste en no penalizar a los Estados miembros cuya legislación concede un derecho a prestaciones en especie basado únicamente en la residencia en su territorio, determinando la institución a cuyo cargo corren las prestaciones en especie servidas en estos Estados según normas idénticas a las que se aplican, en virtud del artículo 28 del citado Reglamento, en el caso de los Estados miembros que no reconocen tal derecho». Por lo tanto, el precepto «crea un vínculo entre la competencia para abonar las pensiones o las rentas y la obligación de sufragar las prestaciones de enfermedad y de maternidad en especie, siendo esta obligación accesoria a una competencia efectiva en materia de pensiones o de rentas». Y la conclusión de todo ello fue que «legislación» significaba «legislación en materia de pensiones o rentas», no respaldando, por lo tanto, ni a los demandantes ni a la Administración, sino marchándose por la tercera vía.

3.4. Prestaciones de desempleo

Dentro de los ya de por sí complejos Reglamentos de Seguridad Social, el desempleo de los trabajadores fronterizos es una materia de especial dificultad, que ha sido objeto de diversas Decisiones de la Comisión Administrativa. La sentencia de 11 de abril de 2013, *F.P. Jeltens, M.A. Peeters, J.G.J. Arnold y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*, asunto C-443/11 (ECLI:EU:C:2013:224), es prueba de ello, en un litigio en el que intervinieron 4 Estados miembros y la Comisión, con el añadido de ser la primera vez que el Reglamento (CE) n° 883/2004 era examinado en el fondo tras su entrada en vigor, contrastándolo con la regulación anterior y su jurisprudencia.

El criterio recogido actualmente en el artículo 65 del Reglamento (CE) n° 883/2004 es atribuir la protección por desempleo al Estado de residencia en el caso de paro total de

los trabajadores fronterizos, permitiéndole además ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado competente. Durante la vigencia del Reglamento (CEE) n° 1408/71, la sentencia *Miethe* había acuñado la idea de «trabajadores fronterizos atípicos», para aquellos que habían conservado vínculos personales y profesionales particularmente estrechos en el Estado miembro de su último empleo, disponiendo en él de mejores oportunidades de reinserción profesional, lo que les permitía optar por la protección por desempleo en dicho Estado.

Los demandantes en el litigio original tenían nacionalidad holandesa, habían trabajado en Holanda, pero residían fuera de los Países Bajos. Las autoridades de Seguridad social holandesas les denegaron a todos ellos la prestación por desempleo, remitiendo tal pago al Estado de residencia en aplicación del Reglamento actual. Ellos invocaron, a su vez, la doctrina *Miethe*, para reclamar la prestación holandesa. La complejidad del asunto, donde se entremezclaron además invocaciones del efecto directo de la libre circulación de trabajadores y de la Carta de Derechos Fundamentales, llevó al tribunal nacional a plantear la cuestión prejudicial.

La primera pregunta iba encaminada a decidir la pervivencia de la doctrina *Miethe*. El Tribunal comparó meticulosamente la redacción de ambos Reglamentos, señalando las evidentes diferencias. Recurriendo como criterio adicional a los trabajos preparatorios del Reglamento (CE) n° 883/2004, incluyendo documentos de la Comisión y del Parlamento Europeo, la sentencia concluyó que la falta de mención expresa a la facultad de obtener subsidios de desempleo del Estado miembro del último empleo reflejaba la voluntad deliberada del legislador de limitar la toma en consideración de la sentencia *Miethe* estableciendo únicamente una posibilidad complementaria para el trabajador de que se tratase, que le permitiese inscribirse como solicitante de empleo en los servicios de dicho Estado miembro para obtener en él una ayuda adicional al reciclaje profesional.

Estudiando la posible colisión entre esta norma y el principio general de Seguridad social, el Tribunal señaló que el trabajador no tiene derecho a obtener la mejor prestación posible, sino que en ocasiones los criterios de los Reglamentos pueden designar una legislación no tan beneficiosa. Tal era el caso, puesto que las prestaciones holandesas eran más generosas que las de los Estados señalados por el Reglamento (si bien de más corta duración). No había colisión, por lo tanto, con la libre circulación.

Dos de los demandantes originales habían gozado de prestaciones de desempleo casi consecutivas, bajo la vigencia del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y después tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 883/2004. Analizando las complejas reglas transitorias de éste, el Tribunal optó por una interpretación flexible, extendiendo lo previsto para el Título II al Título III. Esto es, no sólo perdurarán las reglas sobre designación de la ley aplicable, sino que las reglas sobre prestaciones se mantendrán. La definición, de hecho, de «situación que se mantiene», a los efectos de las reglas transitorias, fue remitida a los Tribunales nacionales, para que consideraran todas las circunstancias del caso.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

4.1. Igualdad por razón de sexo

4.1.1. Tutela de la igualdad

La sentencia de 19 de abril de 2012, *Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GmbH*, asunto C-415/10 (ECLI:EU:C:2012:217), retomó un tema similar al que ya se planteó en 2011 a propósito del caso *Kelly*: el acceso a la información en supuestas situaciones de discriminación. La Sra. Meister, de origen ruso, y titular de un diploma ruso de ingeniero técnico «de sistemas» cuya equivalencia con un diploma alemán había sido reconocida en Alemania, presentó su candidatura para un puesto de trabajo, siendo desestimada sin

entrevista. Meses después, la misma empresa solicitó el mismo perfil, desestimando de nuevo a la Sra. Meister, sin convocarla para una entrevista ni comunicarle ninguna información sobre los motivos de la desestimación. Considerando que había sufrido un trato menos favorable que otra persona en una situación similar, a causa de su sexo, de su edad y de su origen étnico, presentó una demanda contra la empresa, solicitando, en primer lugar, que esa sociedad le pagase una indemnización por discriminación en el empleo y, en segundo lugar, que presentase el expediente del candidato seleccionado, lo que le permitiría demostrar que está más cualificada que él.

La cuestión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo alemán, se centraba en la existencia de un derecho a la información derivado de las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE. La sentencia empezó recordando lo dicho en la sentencia *Kelly*: «en un primer momento incumbe a la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Sólo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación». La sentencia subrayó la importancia del papel de los tribunales nacionales en esta fase, atribuyéndoles la apreciación de esos hechos.

Retomando así mismo uno de los argumentos finales de esa sentencia, el Tribunal señaló que ciertamente no existe un derecho específico a acceder a la información para que sea posible acreditar «hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta» conforme a esa disposición. Pero también señaló que no puede excluirse que la denegación de información por la parte demandada, en el contexto de la prueba de tales hechos, puede frustrar la realización del objetivo pretendido por la citada Directiva y privar así a dicha disposición de su efecto útil, en particular.

Encauzado así el argumento hacia una solución protectora, que quedaría encomendada al Tribunal nacional, el Tribunal afirmó que era pertinente garantizar que la denegación de información por parte de la empresa en el contexto de la acreditación de los hechos que permitieran presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta en perjuicio de la Sra. Meister, no podía frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE. Debería, en especial, tomar en consideración todas las circunstancias del litigio principal a fin de determinar si existían indicios suficientes para que se considerasen acreditados los hechos que permitían presumir la existencia de tal discriminación.

El Tribunal fue en esta sentencia un paso más allá que en el caso *Kelly*. Aprovechando el hecho de que el empresario demandado en el litigio principal había denegado totalmente a la Sra. Meister el acceso a la información cuya comunicación solicitaba, ha insistido en el efecto útil e impuesto a los tribunales nacionales un deber de comprobación más intenso, a pesar de la inexistencia de derecho alguno.

El Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba, cuyo titular es uno de los más conspicuos conocedores de la cuestión prejudicial en el orden social, un asunto de gran relevancia ante el Tribunal de Justicia, cuya respuesta habría podido socavar en buena manera instituciones muy asentadas del ordenamiento español. La reciente sentencia de 17 de diciembre de 2015, *María Auxiliadora Arjona Camacho y Securitas Seguridad España, S.A.*, asunto C-407/14 (ECLI:EU:C:2015:831), ha resuelto la cuestión.

La pregunta elevada inquiría sobre la naturaleza de la indemnización que debe imponerse en el caso de los despidos discriminatorios por razón de sexo. Conforme a la Directiva 76/207/CEE, actualmente codificada en la Directiva 2006/54/CE, los Estados miembros deben introducir en sus ordenamientos medidas que indemnicen o reparen el perjuicio sufrido

«de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido». La duda exacta versaba sobre si esa reparación incluía o no la obligación de imponer daños punitivos «para servir de ejemplo a su antiguo empresario y a otros». Esta noción es muy conocida en los ordenamientos de *Common Law*, pero no existe en Derecho español; de ahí que el Juzgado de lo Social inquiriera sobre la posibilidad de su introducción en nuestro sistema a través del efecto directo de las Directivas mentadas.

Los hechos eran sencillos: el despido de una trabajadora de una empresa de seguridad, sobre cuyo carácter discriminatorio el juez no albergaba duda alguna. Tasaba éste la indemnización por daños y perjuicios en 3000 € y deseaba conocer si en virtud de la Directiva debía imponer daños punitivos ejemplarizantes al empresario.

El Tribunal llevó a cabo una exposición de su doctrina sobre las disposiciones de la Directiva en este sentido. Recordó que los Estados gozan de una amplia capacidad de configuración, siempre que la indemnización permita «compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio». La idea de sanción, por lo tanto, no forma parte de la Directiva y puede aparecer en ordenamientos nacionales conforme a sus tradiciones jurídicas. Sería una disposición más favorable, en el sentido clásico de la doctrina sobre transposición de este tipo de normas. Pero al tener tal naturaleza, la Directiva por sí sola no puede amparar a un juez nacional en la imposición de daños punitivos.

La sentencia, en definitiva, ilustra perfectamente la diferencia entre la idea de armonización legislativa (todos los Estados deben contar con mecanismos de indemnización en los casos de despidos discriminatorios) y el margen de actuación nacional que queda tras efectuar la transposición (las medidas más favorables permiten la continuidad de las instituciones jurídicas existentes, siempre que no contradigan la Directiva). Una respuesta en sentido contrario habría trastornado por

completo el sistema tradicional español de la indemnización. Queda claro tras la sentencia que cualquier modificación en este sentido deberá provenir del legislador nacional y no del ordenamiento vigente de la Unión Europea⁸.

4.1.2. *En materia de seguridad social*

Sin duda, a ojos españoles tuvo inmensa relevancia la sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Isabel Elbal Moreno e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C-385/11 (ECLI:EU:C:2012:746), en la que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre las reglas de aplicables a los trabajadores a tiempo parcial.

La demandante, de 66 años presentó una solicitud ante el INSS para obtener una prestación de jubilación. Anteriormente, había trabajado exclusivamente como limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana, es decir, el 10 % de la jornada legal en España, que es de 40 horas semanales. Dicha prestación le fue denegada por no reunir el período mínimo de cotización de quince años exigido en la LGSS, puesto que en virtud de ese trabajo a tiempo parcial se reconocían únicamente 656 días, del 1 de noviembre de 1991 al 30 de octubre de 2009, es decir, un período de 6.564 días, computables al 10 % en razón de la jornada parcial, y otros 329 días por asimilación, resultado del factor de corrección (1,5) establecido en la disposición adicional séptima de la LGSS.

Tras la desestimación de su reclamación, la demandante en el litigio principal interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social de Barcelona, alegando que la disposición

adicional séptima de la LGSS, en virtud de la cual se le había denegado la pensión, vulneraba el principio de igualdad, aduciendo que dicha disposición exigía un mayor período de cotización al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo, aun con el factor de corrección que supone el multiplicador 1,5, para acceder a una prestación que ya es proporcionalmente más reducida. Además, la demandante en el litigio principal sostenía que esta norma suponía una discriminación indirecta, al ser un hecho estadístico incontrovertible que las trabajadoras son las principales usuarias de este tipo de contrato (el 80%, aproximadamente).

El Tribunal inició su razonamiento descartando la condición de retribución de la pensión controvertida. Dependiendo menos de una relación de trabajo entre trabajadores y empleadores que de consideraciones de orden social, el asunto no podía ser estudiado dentro del marco del artículo 157 TFUE ni de la Directiva 2006/54/CE, pero sí en el de la Directiva 79/7/CEE, relativa al principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, motivo por el cual el Tribunal respondió únicamente a la cuarta de las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social.

En este punto, la argumentación fue rápida. La sentencia repasó la jurisprudencia consolidada sobre el criterio estadístico a la hora de demostrar la existencia de discriminaciones indirectas. Aceptando los porcentajes proporcionados por el Juzgado de lo Social, el Tribunal concluyó incontestablemente que el sistema español era discriminatorio para las mujeres.

En el terreno de la justificación de esta situación, el INSS y el Gobierno español señalaron que la exigencia de determinados períodos de cotización previos para poder acceder a determinadas prestaciones constituía la expresión de un objetivo general de política social perseguido por el legislador nacional, puesto que esta obligación era esencial en el marco de un sistema de seguridad social de tipo contributivo, en particular, para garantizar el

⁸ E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «El derecho a igualdad en el empleo entre hombres y mujeres: la no obligatoriedad de los años punitivos. Comentario a la STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, asunto Arjona Camacho», 74, 2016, pp. 139-152.

equilibrio financiero del sistema. Por el contrario, la Comisión Europea y el Gobierno belga opinaron que la exclusión de trabajadores como la demandante en el litigio principal no parecía una medida estrictamente necesaria y que podrían haberse explorado otras alternativas menos gravosas (sin que las medidas correctoras invocadas por el Gobierno español parecieran tener efecto suficiente).

La sentencia, pues, declaró contrario al Derecho de la Unión Europea el método de cálculo de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, lo cual obligó a la reforma finalmente plasmada en el Decreto-Ley 11/2013⁹.

Claramente vinculada con ella, surgió la sentencia *Lourdes Cachaldora Fernández e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13 (ECLI:EU:C:2015:215). En este caso, el órgano jurisdiccional albergaba dudas sobre la compatibilidad de la normativa española con la Directiva 79/7/CEE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y con la Directiva 97/81/CE, sobre el trabajo a tiempo parcial. Concretamente, la duda surgía, en el marco del cálculo de una prestación por incapacidad permanente, a propósito de la integración de las lagunas de cotización existentes con las bases mínimas, afectadas por un coeficiente reductor en función de la parcialidad del tiempo de trabajo. El contraste se produciría al afectar ma-

yoritariamente a un colectivo femenino, que resultaría así discriminado indirectamente en el cálculo de sus prestaciones.

Atendiendo a los antecedentes protectores de la jurisprudencia al Tribunal, de antemano todo parecería indicar que la resolución afirmaría la contradicción de la norma española con el ordenamiento de la Unión Europea. En este sentido se habían pronunciado ya, de hecho, las Conclusiones del Abogado General Bot. Sin embargo, el fallo ha sido el contrario, ratificando la validez de la Ley General de Seguridad Social.

En efecto, la Gran Sala, la más cualificada de las formaciones del Tribunal de Justicia, consideró que la normativa española no implicaba discriminación alguna. Negó validez, en primer lugar, a los indicios estadísticos aportados por el TSJ, puesto que la regla impugnada se refería a situaciones específicas: «los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no son pertinentes para demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres». Señaló así mismo que la aplicación de esta norma podía tener efectos beneficiosos, en el caso de aquellos trabajadores que hubieran desempeñado toda su carrera a tiempo parcial, pero cuya última actividad profesional lo fuera a tiempo completo.

La segunda cuestión planteada se orientaba hacia la discriminación a los trabajadores a tiempo parcial, incumpliendo la regla de trato igual que establece la Directiva 97/81/CE. Esta pregunta fue despachada tajantemente por el Tribunal, que recordó que la Directiva afecta a las condiciones de trabajo, y que entre éstas no se cuentan, precisamente, las pensiones legales de Seguridad social. Recordó aquí algunas afirmaciones hechas en la sentencia *Elbal Moreno*, donde el fallo fue protector, pero sin cambiar con ello el sentido de su juicio.

Esta sentencia, en definitiva, consagró la capacidad de los Estados de configurar sus sistemas nacionales de protección social. Una

⁹ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Prueba del interés de esta sentencia es la abundante doctrina que ha generado: La compleja protección social de los trabajadores a tiempo parcial: los efectos explosivos e inciertos de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (As. Elbal Moreno)», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 47, 2013, pp. 47-97; M. R. MARTÍNEZ BARROSO, «Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial: a propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)», *Revista General de Derecho Europeo*, 31, 2013; J. I. GARCÍA NINET, M. A. VICENTE PALACIO, «Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social: el caso Elbal Moreno», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, pp. 241-270.

vez más, el Tribunal negó la competencia de la Unión a la hora de abordar cantidades y porcentajes. El detalle económico, pues, sigue y seguirá siendo una competencia plenamente estatal.

4.1.3. Protección de la maternidad

La sentencia de 20 de junio de 2013, *Nadežda Riežniece y Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests*, asunto C-7/12 (ECLI:EU:C:2013:410), se originó en Letonia y trataba de una funcionaria que fue sometida a un proceso de evaluación tras haber disfrutado de un permiso parental. Como resultado de dicha valoración, su puesto de trabajo fue amortizado y ella trasladada a otro puesto dentro de la Administración, que a su vez fue amortizado tiempo después. Considerando que todo este proceso podía vulnerar las directivas 76/207/CEE y 93/34/CE, al perjudicarle el haber disfrutado del permiso, se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal reformuló las preguntas planteadas por el Tribunal Supremo de Letonia, sintetizándolas en determinar si a efectos de una evaluación de trabajadores en el marco de una amortización de puestos de funcionario debido a dificultades económicas nacionales, es conforme al Derecho de la Unión que una trabajadora en situación de permiso parental sea evaluada en su ausencia sobre la base de la última evaluación anual realizada antes del inicio del permiso parental, aplicándose nuevos criterios, mientras que los trabajadores que han permanecido en activo son evaluados respecto de un período más reciente.

La sentencia comenzó señalando que la directiva no otorga un blindaje absoluto. Prohíbe despedir por haber solicitado el permiso, pero no se opone a que un empleador, en el marco de la amortización de un puesto de trabajo, proceda a la evaluación de un trabajador que se haya acogido a un permiso parental para trasladarlo a otro puesto equivalente o similar conforme a su contrato o a su relación laboral.

Ahora bien, la evaluación no puede implicar discriminación alguna. Para el Tribunal, resultaba especialmente relevante el dato de que muchas más mujeres solicitaran el permiso, por lo cual una norma aparentemente objetiva sobre evaluación podía encubrir una discriminación indirecta. Le correspondería, pues, al Tribunal nacional examinar si los criterios empleados en la evaluación perjudicaban a quien hubiera disfrutado de un permiso. De ser así, quedaría probada la discriminación por razón de sexo.

El último aspecto que trató la sentencia fue si el traslado a un puesto que iba a ser amortizado era o no una violación de la Directiva 96/34/CE. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal consideró que era necesario averiguar si el empleador conocía dicha circunstancia futura. Si era consciente de la próxima amortización, el traslado equivalía a un despido, prohibido por la norma europea.

La casi impronunciable sentencia de 13 de febrero de 2014, *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry y Terveyspalvelualan Liitto ry, en el que interviene: Mehiläinen Oy, y Ylemmät Toimihenkilöt (YTN) ry y Teknologiateollisuus ry, Nokia Siemens Networks Oy*, asuntos acumulados C-512/11 y C-513/11 (ECLI:EU:C:2014:73), volvió a estudiar un problema aparentemente frecuente en Finlandia, como es el solapamiento entre las prestaciones de maternidad retribuidas y los permisos parentales que carecen de remuneración. Merece la pena subrayar que este caso atrajo la intervención de cuatro Gobiernos (incluido el español) y de la Comisión Europea.

En los convenios colectivos impugnados en el litigio original, para poder disfrutar de la prestación de maternidad era necesario acceder a ella desde el trabajo o desde un permiso retribuido, mientras que las trabajadoras demandantes se encontraban disfrutando de un permiso parental, una excedencia en nuestros términos, no retribuido. La protección a la que tendrían derecho en esta situación era la equivalente a la correspondiente a una enfermedad, sensiblemente inferior en lo económico a la protección de la maternidad.

El Tribunal recurrió una vez más al *iura novit curia* para plantear correctamente los términos de la cuestión, puesto que el tribunal finlandés había olvidado incluir la directiva sobre permisos parentales en su escrito. La sentencia señaló los objetivos diferentes de las directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, respectivamente sobre protección de la trabajadora embarazada y sobre permiso parental. Recordó en primer lugar que no es necesario garantizar una percepción íntegra del salario, sino que «la trabajadora cuente con unos ingresos de un importe al menos equivalente al de la prestación prevista por las legislaciones nacionales en materia de seguridad social en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud». Por sí sola, pues, la regla finlandesa cumpliría este requisito.

El problema surgía, a ojos del Tribunal, en la articulación entre los dos permisos, ambos derivados del Derecho de la Unión: «según reiterada jurisprudencia, un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho». El disfrute del permiso parental claramente condicionaba el disfrute en su integridad del permiso de maternidad, incitando a las trabajadoras a no beneficiarse del primero ante la eventualidad de un posible segundo embarazo, en línea con lo que ya había establecido en la sentencia *Kiiski*. Por todo ello, el Tribunal declaró las normas finlandesas contrarias al Derecho de la UE.

La sentencia de 6 de marzo de 2014, *Loredana Napoli y Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*, asunto C-595/12 (ECLI:EU:C:2014:128), estudió la exclusión de una mujer de un curso de formación por faltas de asistencia, derivadas del disfrute de un permiso de maternidad. En efecto, tras superar las oposiciones de la policía penitenciaria, la Sra. Napoli comenzó un periodo de formación en cuyo transcurso dio a luz. Fue dada de baja por sus ausencias derivadas del disfrute obligatorio del permiso de maternidad, lo cual a su juicio la colocaba en una situación de menoscabo frente a sus

colegas masculinos, puesto que no podía acceder a la condición de funcionario hasta haber superado dicho curso.

El Tribunal consideró que el curso constituía una condición de trabajo de las protegidas por la Directiva 2006/54/CE. La sentencia admitió que en el caso concreto no se producía un perjuicio actual para la Sra. Napoli, ya que mantenía su status, pero proyectó el perjuicio hacia el futuro, puesto que limitaba sus posibilidades de consolidación y ascenso. Aunque podrían existir razones objetivas que justificaran esta situación, el Tribunal no consideró que respetaran el principio de proporcionalidad y por ese motivo declaró la normativa italiana contraria al Derecho de la UE, atribuyendo efecto directo a los artículos de la Directiva 2006/54/CE para su invocación ante los Tribunales nacionales.

Dos sentencias del mismo día del mes de marzo trajeron a la actualidad un tema inédito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: los permisos de maternidad en la relación con las madres de sustitución. En ambos casos fue notable la abundante presencia de Gobiernos nacionales en el litigio, por la novedad y el interés del asunto. La respuesta en las dos sentencias, dictadas ambas en Gran Sala, fue coordinada y denegó la protección solicitada.

La primera de ellas, de 18 de marzo de 2014, *C. D. y S. T.*, asunto C-167/12 (ECLI:EU:C:2014:169), se ocupó del caso de una trabajadora que celebró conforme a la Ley británica sobre fecundación y embriología humana un convenio de gestación por sustitución para tener un hijo. La pareja de la Sra. D. facilitó el esperma, pero el óvulo no era de ella, que en ningún momento estuvo embarazada. Solicitó un permiso por adopción, no contemplado para su situación –ni éste ni ningún otro–, pero que consideraba apropiado para su caso. Conforme a la Ley británica, ella y su pareja gozan de la patria potestad plena.

La sentencia comenzó con una reflexión sobre la finalidad de la Directiva 92/85/CEE, sobre protección de la trabajadora embarazada.

En primer lugar, el Tribunal señaló el cuidado de su salud durante el embarazo, en tanto que época de especial vulnerabilidad. La segunda finalidad es proteger las relaciones especiales de la mujer con su hijo, tras el parto. Por lo tanto, para que estas finalidades sean reales, deben existir tanto embarazo como parto. Y en el caso de la Sra. D no había ninguno de ambos. Ciertamente, los Estados pueden adoptar medidas más protectoras, pero la Directiva 92/85/CEE no abarca en modo alguno la defensa de las madres subrogantes – con independencia de que amamanten o no, un extraño matiz introducido por la cuestión prejudicial que no tiene reflejo en el elenco de hechos relatados.

A continuación se ocupó de la posible discriminación por razón de sexo. El Tribunal comenzó recordando su abundante jurisprudencia sobre la discriminación en casos de denegación de permisos de maternidad. De acuerdo con ella, la negativa a conceder un permiso de maternidad en el supuesto al que se refiere el juez remitente constituye una discriminación directa por razón de sexo si la razón esencial de esa negativa afecta exclusivamente a los trabajadores de uno de los dos sexos. Dado que un hombre que hubiera suscrito un convenio de gestación por sustitución se encontraría en la misma posición, el Tribunal consideró que no había discriminación directa. En cuanto a la discriminación indirecta, ningún dato permitía colegir su existencia.

La segunda de ellas, de 18 de marzo de 2014, *Z. y A Government department and the Board of management of a community school*, asunto C-363/12 (ECLI:EU:C:2014:159), estudió una situación parecida. En este caso, la situación de una madre subrogante que había tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, a la que la Administración irlandesa le denegó un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a raíz del nacimiento de este niño.

En Irlanda, en contraste con el Reino Unido, no existe regulación alguna sobre la gestación por sustitución. En este país se había

producido la fecundación in vitro de los óvulos de la Sra. Z por los espermatozoides de su marido, pero la implantación en la madre de alquiler había tenido lugar en los Estados Unidos. Conforme al Derecho de California, la Sra. Z y su marido son los padres de la niña. Ahora bien, como no había habido ni embarazo ni parto ni adopción, la Sra. Z no cumplía los requisitos de la legislación irlandesa. Ante el vacío legal sobre la gestación por sustitución, la Sra. Z solicitó que se la tratara de forma equivalente a una madre adoptante, lo que le fue denegado. Todo ello llevó al planteamiento de un litigio en el que se consideró discriminada por razón de sexo, discapacidad (por la enfermedad que le impedía concebir de forma natural) y estatuto familiar. En su transcurso, se produjo la cuestión prejudicial.

El Tribunal recuperó los razonamientos utilizados en la sentencia *CD* para descartar la existencia de una discriminación por razón de sexo. En cuanto a la argumentación sobre el trato peor recibido por causa del embarazo, el Tribunal señaló que una madre subrogante que hubiera tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no podía, por definición, ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no había estado encinta de ese niño. Citando lo dicho en la sentencia *CD* antes mencionada, el Tribunal recalcó además que los Estados miembros no están obligados en virtud de la Directiva 92/85/CEE a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.

En cuanto a la equiparación con el permiso por adopción (o más bien, a la negativa a hacerlo), el Tribunal afirmó que la Directiva reconoce la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso por adopción y que las condiciones de aplicación de dicho permiso no relacionadas con el despido y la reincorporación al trabajo no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54/CE. No

apreció el Tribunal, en definitiva, discriminación alguna por razón de sexo.

En cuanto a las alegaciones basadas en la discapacidad, la sentencia recordó la importancia de la Convención de las Naciones Unidas sobre esta materia a la hora de interpretar la Directiva 2000/78/CE, como ya había hecho en la sentencia *HK Danmark*. Conforme a ella, debe entenderse que la noción de discapacidad no sólo abarca una imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta. Una interpretación distinta sería incompatible con el objetivo de la Directiva, que pretende, en particular, que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo. En estos términos, la situación de la Sra. Z produce indudables sufrimientos, pero el Tribunal, inmisericorde, señaló que la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él¹⁰.

4.2. Prohibición de discriminación por razón de edad

La sentencia de 5 de julio de 2012, *Torsten Hörnfeldt y Posten Meddelande AB*, asunto C-141/11 (ECLI:EU:C:2012:421), analizó el caso de un trabajador cuyo contrato se extinguió automáticamente el último día del mes en que cumplió 67 años, tal y como permite el Derecho sueco. Esta regla tiene una doble naturaleza, puesto que todos los asalariados gozan del derecho absoluto a trabajar hasta el último día del mes en que cumplan 67 años, fecha en la cual el contrato laboral puede ser resuelto sin que se considere que ha existido despido. El largo historial de trabajo a tiempo parcial del trabajador dio lugar a una pensión de jubilación muy reducida, lo que intentó

combatir equiparando su situación con una discriminación por razón de edad.

Para decidir sobre el asunto, el Tribunal tuvo que reflexionar sobre los objetivos de esta medida. Estudiando sus circunstancias (que no necesariamente la justificación expresa de la norma), la sentencia identificó como algunas de esas finalidades liberar puestos para los jóvenes en el mercado laboral, evitar la rescisión de contratos de trabajo en condiciones humillantes para los trabajadores por su edad avanzada, permitir una adaptación de los regímenes de pensión de jubilación que se base en el principio del cómputo de los ingresos percibidos durante toda la vida laboral, reducir los obstáculos para quienes desean trabajar una vez cumplidos los 65 años de edad, adaptarse a la evolución demográfica y anticiparse al riesgo de escasez de mano de obra y, por último, establecer el derecho, que no la obligación, de trabajar hasta la edad de 67 años. A juicio del Tribunal, todos estos motivos son válidos para establecer una regla como la discutida.

La segunda parte del análisis se dedicó a comprobar si los medios empleados para alcanzar esos objetivos eran adecuados y necesarios. En este proceso merece la pena destacar la mención de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, empleada para afirmar la necesidad de una atención especial a la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, cultural y social. Teniendo en cuenta que la regla de los 67 concede un derecho a la actividad hasta esa edad, que más allá de ella se pueden celebrar contratos de duración, que se tiene esencialmente en cuenta la circunstancia de que el trabajador obtiene, al término de su carrera profesional, una compensación económica mediante una renta de sustitución consistente en una pensión de jubilación y que existían prestaciones complementarias para quien obtuvieran jubilaciones bajas, el Tribunal concluyó declarando la compatibilidad de la medida sueca con la Directiva 2000/78/CE.

¹⁰ M. J. MORENO PUEYO, «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 116, 2015, pp. 21-56.

La sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión Europea contra Hungría*, asunto C-286/12 (ECLI:EU:C:2012:687) resolvió la queja del Ejecutivo europeo contra dicho Estado por el régimen que obliga al cese de los jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años. Durante el transcurso del litigio, el Tribunal Constitucional húngaro declaró inconstitucional parte de esta normativa, lo cual no impidió el desarrollo del proceso ante el Tribunal de Justicia. Merece la pena resaltar que esta cuestión fue resuelta en 4 meses conforme al procedimiento acelerado ante el Tribunal, buena prueba de la eficacia del órgano de Luxemburgo cuando acepta emplear este mecanismo.

Frente a las acusaciones de la Comisión sobre el carácter discriminatorio de esta regulación, Hungría respondió que el descenso del límite de la edad que conllevaba el cese obligatorio de la actividad para quienes pertenecen a alguna de las categorías profesionales afectadas pretendía corregir una discriminación positiva que beneficiaba a esas personas, al ser las únicas que, a diferencia de los demás empleados del sector público, no sólo podían permanecer en sus funciones hasta la edad de 70 años, sino también, en numerosas ocasiones, acumular su salario a la pensión de jubilación a que tenían derecho desde que alcanzaban la edad de jubilación. De este modo, la reforma pretendía instaurar un equilibrio dentro de la normativa laboral general.

Para el Tribunal, resultaba obvia la existencia de una diferencia de trato. Su justificación objetiva resultaba, pues, el punto imprescindible para la resolución del litigio. El análisis debía llevarse a cabo en dos pasos, legitimidad y proporcionalidad. La adecuación de las edades de jubilación y su uniformización gozó de la aceptación del Tribunal, que consideró así mismo que establecer una estructura por edades más equilibrada que facilite el acceso de jóvenes juristas a las profesiones de juez, fiscal o notario puede constituir un objetivo legítimo de la política de empleo y del mercado de trabajo, como ya había señalado en una sentencia anterior.

Ahora bien, era menester para superar la prueba que las medidas fueran consideradas como adecuadas y necesarias para alcanzar dichos objetivos. La sentencia consideró que lo abrupto de las medidas adoptadas impedía el cumplimiento de los objetivos, puesto que perjudicaba muy seriamente a quienes ocupaban dichos puestos y no producía un relevo escalonado en las profesiones jurídicas, sino que por el contrario podía provocar un bloqueo de muchos años por causa de la falta de progresividad en la sustitución. Por todo ello, el Tribunal consideró que la normativa húngara llevaba en sí una discriminación contraria al Derecho de la Unión Europea.

La sentencia de 26 de septiembre de 2013, *HK Danmark, en representación de Glennie Kristensen y Experian A/S, en el que participa: Beskæftigelsesministeriet*, asunto C-476/11 (ECLI:EU:C:2013:590), analizó en esta ocasión un complejo régimen de jubilación en una empresa de Dinamarca, en la que se cotizaba considerablemente menos para un seguro de jubilación en función de la edad del trabajador. En el caso concreto, la Sra. Kristensen tenía menos de 35 años, por lo que cotizaba ella misma un 3% y la empresa un 6%; para los mayores de 45 años, los porcentajes eran respectivamente el 5% y el 10%. Considerando que esta diferencia podía encubrir una discriminación por razón de edad, se planteó la cuestión prejudicial.

La sentencia comenzó estableciendo la competencia del Tribunal para resolver el caso. La dificultad para ello provenía de las reglas de jubilación, que estaban establecidas en el contrato de la trabajadora, no en una ley o un convenio colectivo. El Tribunal recordó la existencia de un principio general de prohibición de toda discriminación en la Carta de Derechos Fundamentales. Merece la pena recalcar esta aparición de la Carta, puesto que no figuraba en la cuestión prejudicial, y es el propio Tribunal el que la trae a colación, recordando su importante posición en el ordenamiento comunitario. Del uso que el Tribunal haga de ella en su jurisprudencia se derivará

su eficacia real. En este caso concreto, afirmó su propia competencia al tratarse de una modalidad de retribución para el trabajador, diferente ciertamente, pero retribución en el marco de la Directiva al fin y al cabo.

La diferencia de trato era obvia, dado que la edad era el criterio para el establecimiento de las distintas escalas. El meollo de la cuestión era, pues, determinar si existía una justificación objetiva para ello. El Tribunal señaló en primer lugar la diferencia lingüística entre la versión francesa y la danesa de la Directiva 2000/78/CE. A la hora de enumerar los campos en los que pueden establecerse tratamientos diferentes, ésta última omitía la mención a las «prestaciones de jubilación o invalidez». Las demás versiones la incluía, por lo que el Tribunal entendió que procedía una visión global («En caso de divergencia entre versiones lingüísticas, la disposición de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra»). Dado que el catálogo que recoge el precepto discutido de la Directiva es un catálogo cerrado, debe ser objeto de una interpretación estricta, reforzada por su contenido de excepción al principio general. La sentencia no encontró justificación alguna que permitiera esta situación fundada, básicamente, en criterios actuariales

Ahora bien, ejerciendo una vez su *Iura novit curia*, añadió un nuevo enfoque al análisis al incorporar a la argumentación un precepto de la Directiva 2000/78/CE no invocado en la cuestión prejudicial: la justificación como medida protectora. Los argumentos exhibidos por la empresa fueron aceptados en parte por el Tribunal, que no resolvió el dilema. Ordenó por el contrario al órgano jurisdiccional nacional comprobar si la progresividad de las cotizaciones en función de la edad era congruente y sistemático, vigilando que no exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. Sobre este último punto, debía examinar «en particular si los perjuicios derivados de la diferencia de trato señalada quedaban compensados por las ventajas ligadas al régi-

men profesional de jubilación controvertido en el asunto principal. El órgano jurisdiccional nacional debería tener especialmente en cuenta, por un lado, que la Sra. Kristensen había obtenido ventajas de este régimen, en la medida en que se había beneficiado de las contribuciones abonadas a su favor por su empresario, y, por otro lado, que el importe menos elevado de las cotizaciones patronales correspondía al importe más reducido de las cotizaciones salariales, de modo que el porcentaje del salario base que la propia Sra. Kristensen debía abonar en su cuenta de ahorro para la jubilación era inferior al abonado por un trabajador de más de 45 años».

La sentencia *Wolf* había consagrado en 2010 el criterio de que 30 años era una edad aceptable como límite de acceso al cuerpo de bomberos. Los razonamientos utilizados en aquella ocasión rozaban el tópico de «edad = forma física», pero la sentencia de 11 de noviembre de 2014, *Mario Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo*, asunto C-416/13 (ECLI:EU:C:2014:2371), proporcionó al Tribunal de Justicia la ocasión de revisar sus conclusiones. El supuesto de hecho era parecido: no era posible acceder a la Policía Local de Oviedo con más de 30 años. Sin embargo, el marco legal era completamente distinto, puesto que las distintas leyes autonómicas no están armonizadas a propósito de la edad e incluso para la Policía Nacional no existe este límite. Considerando que las exigencias físicas del puesto no son las mismas que para los bomberos, sino por el contrario más livianas, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Oviedo planteó la cuestión prejudicial al entender que la doctrina *Wolf* no era aplicable.

El Tribunal comenzó reconociendo la aplicabilidad de la Directiva 2000/78/CE al caso – no así de la Carta de Derechos, una vez más descartada por existir normas específicas. La diferencia de trato era obvia, por lo cual el Tribunal abordó directamente el problema de su justificación. Comenzó recordando lo dicho en *Wolf*, donde vinculó la posesión de capacidades físicas específicas con la edad. Dichas

capacidades son el garante del carácter operativo y del buen funcionamiento del servicio de policía, lo cual legitimaría la medida, si ésta era proporcionada.

Y en este punto la normativa asturiana no pasó la prueba. La disparidad de criterios en distintas comunidades autónomas fue valorada como un poderoso elemento en contra de la objetividad de la edad establecida. Teniendo en cuenta, además, los datos proporcionados en el marco del procedimiento, la sentencia consideró que las pruebas físicas incluidas en el proceso de selección cubrían perfectamente el objetivo discutido, al eliminar a quienes no superaran esos requisitos.

El Tribunal no halló ningún otro elemento que pudiera hacer variar su ponderación. La edad no garantizaba ningún objetivo de política de empleo, ni la formación de los agentes, ni un periodo razonable de empleo que estuviera vinculado a las edades más tempranas de jubilación. Por todo ello, la sentencia declaró la contradicción de la normativa autonómica con la Directiva 2000/78/CE¹¹.

4.3. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad

Por su parte, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, *Johann Odar y Baxter Deutschland GmbH*, asunto C-152/11 (ECLI:EU:C:2012:772), analizó el alcance de los pactos celebrados entre las partes en el marco de un plan social de reestructuración, cuando de ellos se puede desprender un perjuicio para los afectados. Tal era el caso del Sr. Odar, director de marketing en la empresa Baxter y aquejado de una discapacidad del 50%, a quien en virtud de lo dispuesto en el plan de reestructuración correspondía una indemnización de 308.253,31 euros en lugar de los 616.506,63 euros que le habrían correspon-

dido en circunstancias. Ello era así porque la posibilidad de acceder a una prestación por discapacidad grave y la proximidad a la edad de jubilación alteraban el módulo de cálculo de la indemnización. Considerándose discriminado por su situación de discapacidad y por su edad, el Sr. Odar llevó el problema a los tribunales alemanes, desde donde se planteó la cuestión prejudicial.

Curiosamente, el Tribunal se negó a responder a la primera parte de las cuestiones planteadas. Recordando que su función no es considerar problemas hipotéticos sino resolver casos reales, la sentencia señaló que la posibilidad de excluir del beneficio de las prestaciones del plan social a los trabajadores que dispusieran de una protección económica por tener derecho a una pensión de jubilación, en su caso después de haber recibido prestaciones por desempleo, no era el caso del Sr. Odar, sino una duda abstracta del Tribunal original. Por ese motivo, desechó la pregunta.

Sí entró a analizar el fondo de la segunda mitad de la cuestión prejudicial, en la que se pretendía aclarar si era contraria al Derecho de la Unión una normativa contenida en un régimen de previsión social de una empresa que establecía, para sus trabajadores de más de 54 años que eran despedidos por causas económicas, que el importe de la indemnización a la que tendrían derecho se calculase de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, contrariamente a lo previsto en el método general de cálculo, según el cual dicha indemnización se basaba en particular en la antigüedad en la empresa, de tal modo que la indemnización abonada a esos trabajadores era inferior a la indemnización que resultaba de aplicar ese método general, siendo al menos igual a la mitad de ésta última.

No había duda alguna para el Tribunal sobre la aplicabilidad de la Directiva a este caso. Siendo así, la diferencia de trato basada en la edad sólo sería admisible si estaba fundada en objetivos legítimos y los medios para alcanzarlos eran adecuados y razonables. Correspondió al Gobierno alemán exponer éstos, señalando

¹¹ A. V. SEMPERE NAVARRO, «La edad para trabajar, al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 897, 2015, pp. 2 y ss.

que la diferenciación basada en la edad entre las indemnizaciones abonadas con arreglo a un plan de previsión social perseguía, a su entender, un objetivo basado en la apreciación de que, puesto que se producirían desventajas económicas en el futuro, algunos trabajadores que no se verían expuestos a dichas desventajas a raíz de la pérdida de su empleo, o que sólo se verían expuestos a ellas de forma atenuada en comparación con otros, podían ser excluidos de esos derechos de forma general. Esto es, dado que los trabajadores de mayor edad accederían antes a la jubilación, no tenía sentido protegerles excesivamente. La disposición nacional, por lo tanto, tendría por objeto la concesión de una compensación para el futuro, la protección de los trabajadores más jóvenes y la ayuda a su reincorporación al trabajo, teniendo en cuenta, en todo caso, la necesidad de un reparto justo de los recursos económicos limitados de un plan social. El Tribunal consideró adecuados estos objetivos, pronunciándose a continuación sobre los medios empleados para su consecución.

El Tribunal valoró muy positivamente el hecho de que las medidas hubieran sido pactadas y no impuestas. Teniendo en cuenta además que la indemnización nunca sería igual a cero sino que en el peor de los casos sería equivalente a la mitad de la que le correspondería por el módulo general, la sentencia reconoció la validez del sistema controvertido.

Ahora bien, lo que servía para los trabajadores de edad, no superó el filtro para los trabajadores discapacitados. El hecho de que el plan social no hubiera tenido en cuenta sus especiales características fue severamente criticado por el Tribunal. La sentencia reflejó que los autores del acuerdo ignoraron tanto el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad grave, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo, como el hecho de que ese riesgo se incrementa a medida que se aproximan a la edad de jubilación. Por ese motivo, faltaba la proporcionalidad en la medida y el

Tribunal la declaró contraria al Derecho de la Unión Europea¹².

La sentencia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 (ECLI:EU:C:2013:222), añade un nuevo hito al tratamiento de la discriminación por discapacidad en el ámbito europeo. El caso despertó el interés de nada menos que 7 gobiernos europeos, que aportaron sus observaciones al litigio.

La primera de las demandantes en el caso original, la Sra. Ring, que trabajaba como recepcionista, padecía dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento. En virtud de la legislación laboral danesa, fue despedida por haberse encontrado 120 días de baja por enfermedad dentro de un año a raíz de dichas dolencias. Por su parte, la Sra. Skouboe Werge trabajaba como secretaria asistente de dirección, y como consecuencia de un accidente de circulación sufrió un «latigazo cervical». Dicha situación le impidió trabajar, siendo despedida con el mismo fundamento. La sentencia recoge que estas lesiones condujeron al reconocimiento de una discapacidad del 65%. El sindicato del que ambas formaban parte, HK, consideró que ambas debían ser consideradas como discapacitadas y no como simples enfermas, y que por lo tanto su despido era discriminatorio. Las dudas del órgano danés sobre esta valoración, fuertemente contestada por las respectivas empresas, llevó al planteamiento de la cuestión prejudicial.

Las dos primeras preguntas planteadas buscaban aclarar si el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o

¹² T. VALERIANA DE VIRGILIO, «La Corte di Giustizia interviene sul diritto alla parità di trattamento e divieto di discriminazione dei lavoratori per ragioni di età o handicap (nota a C. Giust. 6 dicembre 2012, Johann Odar v. Baxter Deutschland GmbH, causa C-152/11)», *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerche*, 23, 1, 2013, pp. 251-258.

sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente. Un rasgo especialmente destacado de esta sentencia es la utilización por parte del Tribunal de Justicia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Discapacidad como canon de interpretación de la Directiva 2000/78/CE. En efecto, la sentencia contrastó lo ya dicho por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Chacón Navas* con el texto internacional.

En síntesis de todo ello, el Tribunal afirmó 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. Matizó la sentencia, eso sí, que la circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad»: discapacidad es obstáculo, no impedimento, lo cual encaja plenamente en la finalidad de la Directiva. Las medidas de adaptación que ésta recoge son la consecuencia de la discapacidad, no la condición de existencia de ésta.

La tercera pregunta giraba en torno a esas medidas y concretamente si los ajustes del tiempo de trabajo podían ser considerados como tales. La mención de la Directiva 2000/78/CE a las «pautas de trabajo» abría el camino a esta interpretación. Recurriendo de nuevo a la Convención de la ONU como canon, el Tribunal estableció que la noción de medidas debía entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Correspondería al juez nacional, no obstante, comprobar la razonabilidad de esta

medida y lo oneroso de su ejecución (en el caso concreto, el hecho de que la Sra. Ring hubiera sido sustituida por una trabajadora a tiempo parcial parecía indicar que el juez nacional debería fallar a favor de la demandante).

Encadenando el razonamiento, la sentencia concluyó a continuación que no era admisible que se procediera al despido cuando las bajas eran consecuencia de la falta de adaptación. Analizar la situación donde las medidas o su ausencia eran la causa de la baja requirió un razonamiento más intenso por parte del Tribunal. Al considerar que el despido por bajas de 120 días se aplicaba tanto a los discapacitados como a los enfermos no discapacitados, el Tribunal no apreció la existencia de discriminación directa alguna. Ahora bien, sí entendió que un trabajador discapacitado estaba más expuesto a este riesgo de despido y que por lo tanto podría tratarse de una discriminación indirecta.

Esta situación requería un análisis ponderado de la medida. De acuerdo con el Gobierno danés y las empresas demandadas, era un acto protector, ya que se producía un reembolso de las prestaciones por enfermedad y de esa manera los empresarios «acordaban una mayor paciencia» a los trabajadores en esta situación. El Tribunal resolvió en este caso que correspondía al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador danés, al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no había tenido en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad¹³.

A su vez, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Fag og Arbejde (FOA)*, por cuenta

¹³ L. WADDINGTON, «HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): interpreting EU equality law in light of the UN Convention on the rights of persons with disabilities», *European anti-discrimination law review*, 17, 2013, pp. 11-21.

de *Karsten Kaltoft*, y *Kommunernes Landsforening (KL)*, asunto C-354/13 (ECLI:EU:C:2014:2463), añadió una nueva visión al estudio de la discapacidad, al analizar la situación de un trabajador afectado por una obesidad mórbida. El demandante en el litigio original, un ciudadano danés cuidador de niños a domicilio por cuenta de un Ayuntamiento, fue despedido, alegando la Administración que la extinción se debía al descenso de número de niños en el municipio. Él sostenía, por el contrario, que la causa del despido era su obesidad, que había sido comentada en sus evaluaciones y en las charlas previas a la extinción. El sindicato del que formaba parte consideró que esta actuación era una discriminación por razón de discapacidad y en el marco del proceso judicial se planteó la cuestión.

Para resolverla, el Tribunal comenzó recordando que la prohibición de la discriminación es un principio general del Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, ningún texto del acervo se refiere a la obesidad como tal, tanto en el Derecho originario como en el Derecho derivado. Descartó sucesivamente el artículo 10 TFUE, el artículo 19 TFUE, la Carta de Derechos Fundamentales y la Directiva 2000/78/CE.

El órgano judicial remitente no debía ignorar las altas probabilidades de que esta interpretación fuera la dada por el Tribunal, ya que planteó una última pregunta en la que identificaba la obesidad mórbida con la discapacidad. El Gobierno danés intentó bloquear la admisibilidad, alegando el carácter hipotético de la cuestión, dado que el trabajador no tenía status alguno de discapacitado. El Tribunal hizo caso omiso y entró al fondo del asunto.

Nuevamente, como ya hizo en *HK Danmark*, recurrió a la Convención de las Naciones Unidas sobre la discapacidad para delimitar su significado: una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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.

Esta noción implica tanto la imposibilidad como la dificultad para el ejercicio de una actividad profesional. No cabe, por otra parte, hacer distinciones en función de la causa de la discapacidad, ni siquiera atendiendo a la medida en que la persona haya podido o no contribuir a ella.

Por sí misma, la obesidad no es discapacidad, indicó la sentencia. «En cambio, en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarrearra una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78/CE».

Esta doctrina general se traducía, sobre el terreno, en que el Tribunal remitente debería comprobar en qué medida la obesidad había influido en la carrera profesional del demandante¹⁴.

4.4. Prohibición de discriminación por orientación sexual

La sentencia de 25 de abril de 2013, *Asociația ACCEPT y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, asunto C-81/12 (ECLI:EU:C:2013:275), estudió las grotescas declaraciones de un directivo del Steaua de Bucarest, político dado a la demagogia por añadidura, en las que afirmaba que nunca contrataría a un jugador homosexual. Tales frases fueron denunciadas por una asociación dedicada a la lucha contra la homofobia y la

¹⁴ A. TAPIA HERMIDA, «La obesidad como causa de despido (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13)», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 384, 2015, pp. 217-222.

tutela de los colectivos homosexuales. El órgano rumano competente consideró que esta situación no entraba en el ámbito de aplicación de una posible relación laboral y que las declaraciones del directivo no podían considerarse pronunciadas por un empresario o por su representante legal, ni por alguien encargado de la contratación de personal, aun cuando el sujeto tuviera la condición de accionista del Steaua en la fecha de sus declaraciones. Los tribunales rumanos no fueron capaces de dar una respuesta coherente, lo cual conllevó el planteamiento de la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó su análisis recordando que la existencia una discriminación directa no presupone la identificación de un denunciante que sostenga que ha sido víctima de tal discriminación, sino que una asociación puede tomar la iniciativa en su combate. Así mismo, subrayó la naturaleza económica de la actividad deportiva en este caso, lo cual la situaba plenamente en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En cuanto a la responsabilidad del autor de las palabras, el Tribunal indicó que un empresario demandado no puede refutar la existencia de hechos que permiten presumir que practica una política de contratación de personal discriminatoria simplemente sosteniendo que las declaraciones que sugieren la existencia de una política de contratación homófoba emanan de quien, aunque afirma y parece desempeñar un papel importante en la gestión de dicho empresario, carece, desde el punto de vista jurídico, de capacidad necesaria para vincularlo en materia de contratación de personal. «El hecho de que, en una situación como aquella de la que trae causa el litigio principal, tal empresario no se distanciara claramente de las declaraciones controvertidas constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta por el tribunal que conoce del litigio, en una apreciación global de los hechos».

En cuanto a la traslación de la carga de la prueba, que era considerada como diabólica

por la parte demandada, el Tribunal señaló la amplitud de medios posibles. La existencia de indicios concordantes, por ejemplo, permitiría esta defensa, sin ser necesario que la parte demandada demostrase 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.

Las consideraciones finales sobre la eficacia de las sanciones fueron remitidas por el Tribunal de Justicia al órgano nacional, señalando que si los plazos nacionales evitaban un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio, el régimen rumano sería contrario al Derecho de la Unión.

5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO

5.1. Trabajo de duración determinada

En la sentencia de 26 de enero de 2012, *Bianca Küçük y Land Nordrhein-Westfalen*, C-586/10 (ECLI:EU:C:2012:39), se estudió la situación de quien trabajó al servicio de *Land Colonia* durante 11 años, en virtud de 13 contratos de trabajo de duración determinada, todo ellos celebrados para sustituir a asistentes cuya relación laboral era de duración indefinida que disfrutaban de permisos temporales. La trabajadora consideraba que su relación era indefinida puesto que semejante acumulación no podía responder en ningún caso a una necesidad temporal de sustitución de personal.

El Tribunal, pues, tuvo que dirimir si constituía una «razón objetiva» la necesidad de sustitución de un trabajador indefinido por otro temporal aunque la necesidad de sustitución fuera permanente o frecuente y si ello era diferente a una «necesidad permanente y duradera» por tratarse de ausencias y sustituciones de duración limitada. Para ello, recordó que esta noción debía ser entendida como circunstancias específicas y concretas que caracterizaban una determinada acti-

vidad. Por lo tanto, podían justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, circunstancias que pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran dichos contratos o en la persecución de un objetivo legítimo de político por parte de un Estado y que, por ello, no cubre disposiciones que se limiten a autorizar de manera general y abstracta la utilización de sucesivos contratos de trabajo.

Por ello, una norma que permitiese la renovación de contratos de duración determinada para sustituir a otros temporalmente que no podían ejercer sus funciones no sería, en sí misma, a la Directiva 1999/70/CE pues podría constituir una de las razones objetivas permitidas, máxime cuando la sustitución persigue objetivos de política social legítimos como la protección de embarazo o maternidad. Para la Comisión Europea, la amplitud del periodo durante el que la trabajadora había estado empleada podía poner de manifiesto un abuso en el sentido de la Directiva. Por ello la sentencia, tras recordar que «los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de la relación laboral», afirmó que el mero hecho de que una necesidad de sustitución de personal pudiese cubrirse con contratos de duración indefinida no abocaba a que el recurso por un empresario a contratos de duración determinada frente a carencias temporales de personal recurrentes, actuase necesariamente de modo abusivo y que la exigencia automática de conclusión de contratos de duración indefinida – cuando la dimensión de la empresa o de la entidad afectada y la composición de su personal implican que el empresario hace frente a una necesidad recurrente o permanente de sustitución de personal – iría más allá de los objetivos pretendidos por el Acuerdo marco de los interlocutores sociales europeos al que da aplicación el Derecho de la Unión y vulneraría el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros y a los interlocutores sociales. Pero concluyó que, en cada supuesto específico, correspondía al órgano nacional apreciar si la renovación de

un contrato de duración determinada estaba justificada por una razón objetiva (como la necesidad temporal de sustitución) teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, incluidos el número y la duración acumulada de los contratos de duración determinada celebrados en el pasado con el mismo empresario¹⁵.

A su vez, la sentencia de 8 de marzo de 2012, *Martial Huet y Université de Bretagne occidentale*, asunto C-251/11 (ECLI:EU:C:2012:133), no se ocupó, como es habitual, del transcurso de una relación laboral de duración determinada, sino de los conflictos que se producen con la transformación de ésta en una relación por tiempo indefinido. Tal fue el caso del Sr. Huet, que tras varios años con contratos temporales en una Universidad francesa, al obtener un contrato indefinido vio sus condiciones laborales notablemente empeoradas. La cuestión se planteó, de forma bastante genérica, en el marco de la Directiva 1999/70/CE, si bien esta indefinición no fue obstáculo para que el Tribunal se pronunciara, identificando los preceptos concretos de ésta que resultaban aplicables en la situación.

El pronunciamiento fue, cuando menos, curioso. El Tribunal autojustificó su intervención, pero a lo largo del razonamiento fue descartando la aplicación de la directiva, dado que lo estudiado era un contrato indefinido. Finalmente, eso sí, retomó un argumento aportado por el Gobierno francés, según el cual si un Estado miembro permitiese que la transformación de un contrato de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido se acompañara de modificaciones sustanciales de las cláusulas principales del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el agente contractual cuando

¹⁵ S. ROBIN-OLIVIER, P. RÉMY, La protection des travailleurs «atypiques» est-elle en régression?: Double réflexion sur l'arrêt «Kücük» de la Cour de justice, *Revue de droit du travail*, 11, 2012, pp. 645-659.

los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones siguiesen siendo los mismos, no cabe excluir que éste podría ser disuadido de celebrar el nuevo contrato que se le propone, perdiendo de este modo la estabilidad en el empleo concebida como un componente primordial de la protección de los trabajadores. No obstante, esta tarea de control quedaba encomendada a los órganos nacionales, puesto que el Tribunal consideró que nada en la directiva exigía la repetición en el contrato indefinido de las cláusulas presentes en los contratos temporales.

En la sentencia de 13 de marzo de 2014, *Małgorzata Nierodzik y Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr Stanisława Deresza w Choroszczy*, asunto C-38/13 (ECLI:EU:C:2014:152), se estudió el caso de una enfermera polaca que celebró un contrato de trabajo temporal con una duración de cinco años y que permitía a su empleador resolverlo con un simple preaviso de dos semanas, sin invocar causa alguna. Esta situación era manifiestamente peor que la se daba en el caso de los contratos indefinidos y considerando vulnerada la Directiva 1999/70/CE se planteó la cuestión prejudicial. La sentencia comenzó reflexionando sobre el carácter o no de condición de trabajo de los términos de la extinción. Obviamente, los consideró como tal, puesto que lo contrario supondría privar a los trabajadores temporales de protección en el aspecto más sensible de la relación laboral.

Establecido este punto, el Tribunal procedió a comparar la situación de los trabajadores temporales con los indefinidos, para determinar si existía un trato peor, proscrito por la Directiva. Señalando la importancia de que la trabajadora había ocupado el mismo puesto durante largo tiempo con un contrato indefinido, el Tribunal remitió al órgano nacional la comprobación fáctica. Las supuestas razones objetivas invocadas por el Gobierno polaco fueron desechadas, puesto que el Tribunal siempre ha insistido en que la mera naturaleza temporal de un contrato no es razón

objetiva suficiente para justificar una disparidad de trato.

La sentencia de 13 de marzo de 2014, *Antonio Márquez Samohano y Universitat Pompeu Fabra*, asunto C-190/13 (ECLI:EU:C:2014:146), analizó el caso de un profesor asociado que encadenó sucesivos contratos hasta que fue notificado su cese. Alegaba que la docencia universitaria era su principal actividad, lo cual no le hacía susceptible de ser contratado como profesor asociado, y que las sucesivas prórrogas eran contrarias a la Directiva 1999/70/CE.

Contra las objeciones del Gobierno español, el Tribunal consideró que esta figura queda dentro del ámbito de aplicación de la directiva. La inexistencia de un trabajador indefinido comparable no es óbice para ello, según la sentencia, puesto que tal figura sólo tiene relevancia a la hora de confirmar o no la existencia de una discriminación.

A juicio del Tribunal, la figura de profesor asociado —entendida en el rectísimo sentido de la literalidad de la Ley Orgánica de Universidades y no en el uso pervertido que se le da en algunas de éstas— cumple con las causas objetivas que pueden justificar un contrato de duración determinada, puesto que permite «alcanzar el objetivo perseguido, que consiste en enriquecer la enseñanza universitaria en ámbitos específicos mediante la experiencia de especialistas reconocidos, dado que estos contratos permiten tener en cuenta la evolución tanto de las competencias de los interesados en los ámbitos de que se trate como de las necesidades de las universidades».

Ahora bien, la sentencia señaló que este tipo de contratos «no pueden renovarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente». Esta declaración, a ojos del comentarista, puede echar abajo todo el sistema español de contratación de profesores asociados. Con este fundamento, el Tribunal encargó al órgano jurisdiccional nacional su-

pervisar que no se están usando de modo fraudulento este tipo de figuras contractuales¹⁶.

Por su parte, la sentencia de 3 de julio de 2014, *Maurizio Fiamingo, Leonardo Zappalà, Francesco Rotondo y otros y Rete Ferroviaria Italiana SpA*, asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C-407/13 (ECLI:EU:C:2014:2044), ha estudiado los mecanismos de prevención de uso abusivo que los Estados deben adoptar.

Los protagonistas del caso eran marinos contratados temporalmente (la sentencia contiene una errata que indica que eran objeto de «contratos por tiempo indefinido sucesivos») para trabajar a bordo de transbordadores integrados en la red ferroviaria italiana. Todos ellos trabajaron para su empleador un espacio de tiempo inferior a un año y transcurrió un periodo inferior a 60 días entre el cese de un contrato de trabajo y la conclusión del siguiente. Discutida judicialmente la transformación en contratos indefinidos, se planteó la cuestión prejudicial.

La existencia de una Directiva específica sobre trabajo en el mar, consecuencia del Convenio de la OIT de 2006, obligaba a decidir al Tribunal si las disposiciones de la Directiva 1999/70/CE eran aplicables o no a los trabajadores del caso. La sentencia recordó el amplio campo de aplicación de la Directiva, que si bien no es ilimitado, cubre a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador. Las excepciones nacionales permitidas por la norma no pueden tener como resultado que se excluya arbitrariamente a una categoría de personas de la protección dispensada.

Las alegaciones de la empresa y de los Gobiernos italiano y noruego sobre la aplicabi-

lidad de las disposiciones relativas al sector marítimo fueron rechazadas por el Tribunal. En concreto, los artículos de la Directiva 2009/13/CE sobre el contrato de enrolamiento marítimo han de aplicarse sin perjuicio de las disposiciones más específicas del Derecho de la Unión. En todo caso, la Directiva no era de aplicación, ya que los transbordadores donde trabajaban los demandantes nunca abandonaban aguas interiores. La Directiva 1999/70/CE, por lo tanto, era el régimen aplicable a la situación estudiada.

Establecido esto, la cuestión prejudicial inquiría si la normativa italiana aplicable, que regulaba que los contratos de duración determinada deben señalar su duración pero no su término, era contraria al Derecho de la Unión. En su línea habitual, el Tribunal señaló que la Directiva no busca armonizar todas las normas nacionales relativas a los contratos de este tipo, sino crear un marco general de prescripciones mínimas. Por ello, no contiene disposición alguna sobre los conceptos formales que deben figurar en los contratos. De ahí concluyó que el Tribunal que la regla nacional no era contraria al Derecho de la UE, puesto que la inclusión de la duración ya era indicio suficiente para considerar a los trabajadores del caso como titulares de contratos de duración determinada.

La tercera y la cuarta pregunta eran las más enjundiosas de la cuestión prejudicial, puesto que buscaban determinar si la mera indicación del viaje era a la vez objeto y causa del contrato de duración determinada y constituía una razón objetiva suficiente para su temporalidad y si los mecanismos encaminados a combatir el encadenamiento de este tipo de contratos eran conformes al Derecho de la Unión.

El Tribunal recordó, cosa llamativa en estos tiempos, que la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo en ciertas circunstancias pueden responder simultáneamente a las necesidades

¹⁶ M. MIÑARRO YANINI, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea alivia la gestión de las universidades: el carácter temporal de los «asociados» de «pata negra» (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13)», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 376, 2014, pp. 150-154.

de los empleadores y de los trabajadores. De ahí que los contratos de duración determinada hayan de ser la excepción y no la regla en el mercado de trabajo europeo.

Ahora bien, las medidas de las que habla el artículo 5 están encaminadas en principio a prevenir el abuso en la repetición de estos contratos. Los Estados gozan de un margen de decisión a la hora de establecer las medidas concretas en sus ordenamientos, pudiendo escoger entre las razones objetivas para la renovación, una duración máxima total de contratos o el número de renovaciones, entre otras figuras. Y a ellos les corresponde en exclusiva fijar el tipo de sanción que conlleva el incumplimiento. La transformación en contrato indefinido no es una obligación general, sino que es competencia de los Estados determinar cuándo ésta se produce.

Si bien el Tribunal no podía entrar a examinar la normativa italiana, ofreció al tribunal italiano una serie de indicios que éste debía valorar para determinar la validez de la cláusula sobre encadenamiento de contratos. El más relevante entre ellos era que el intervalo de 60 días entre los contratos puede considerarse, en general, suficiente para interrumpir cualquier relación laboral existente y, en consecuencia, hace de modo que cualquier contrato eventual firmado con posterioridad no se considere sucesivo, y ello tanto más cuanto que, como sucede en los asuntos principales, la duración de los contratos de trabajo de duración determinada no puede superar los 78 días. Esta afirmación teórica, no obstante, debía ser verificada por el órgano nacional para garantizar que la duración máxima de un año prevista por la normativa nacional controvertida en el asunto principal se calcula de modo que conduzca a reducir sustancialmente el carácter definitivo de la prevención y de la sanción del uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada sucesivos.

Una sentencia que puede tener consecuencias muy considerables es la de 26 de noviembre de 2014, *Raffaella Mascolo* (asunto C-22/13), *Alba Forni* (asunto C-61/13),

Immacolata Racca (asunto C-62/13) y *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, en el que participan: *Federazione Gil- da-Unams*, *Federazione Lavoratori della Co- noscenza (FLC CGIL)*, *Confederazione italia- na del lavoro (CGIL)*, y *Fortuna Russo* (asunto C-63/13) y *Comune di Napoli*, y *Carla Napo- litano*, *Salvatore Perrella*, *Gaetano Romano*, *Donatella Cittadino*, *Gemma Zangari* (asun- to C-418/13) y *Ministero dell'Istruzione, de- ll'Università e della Ricerca*, asuntos acumu- lados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13 (ECLI:EU:C:2014:2401). Las implicaciones que de ella se derivaban para nuestro sistema de empleo público fueron pasadas por alto en su momento, pero no era difícil ver en ellas la semilla de las recientes sentencias de sep- tiembre de 2016.

En el caso se estudiaron las reclamaciones de varios trabajadores, miembros del personal de colegios públicos. Todos ellos habían en- cadenado sucesivos contratos de trabajo, que acumulados sumaban varios años. Tras exigir de la Administración italiana para lograr la fijeza de sus contratos, ésta se negó, señalando que la normativa sobre contratos de sustitución en plazas como las cuestionadas no daban derecho a su consolidación ni a la obtención de indemnización alguna. La complejidad del caso llevó al planteamiento de varias cuestio- nes prejudiciales por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y del Tribunal constitucional italiano, a propósito de la con- cordancia de dicha legislación con la Directiva 1999/70/CE.

La sentencia, muy larga (122 apartados) comenzó descartando la admisibilidad de va- rias de las cuestiones planteadas por los tri- bunales italianos (el Tribunal Constitucional salió intacto de la poda), por tener carácter hipotético. Retomando las cuestiones plantea- das, el Tribunal abordó si la norma europea se opone a la contratación de interinos, sin límites temporales, mientras duran los proce- sos de cobertura de vacantes, sin posibilidad de indemnización. El Gobierno griego señaló que la enseñanza es un sector con necesidades

específicas y que por lo tanto no debía aplicarse la Directiva. El Tribunal contestó a tal alegación que no está excluido ningún sector particular del ámbito de aplicación y que por lo tanto la Directiva rige plenamente para las actividades educativas.

A continuación llevó a cabo una extensa exposición distinguiendo entre los deberes que impone la Directiva de combatir la utilización sucesiva de contratos temporales y los instrumentos, variados, de los que disponen los Estados para lograrlo. Así, reconoció la existencia de un margen de apreciación, pudiendo algunos optar por medidas distintas de la transformación en contrato indefinido. El Tribunal de Justicia encomendó a los órganos nacionales comprobar si las disposiciones alternativas italianas conseguían el objetivo marcado por la Directiva y se daban las debidas garantías de prevención.

El Tribunal nunca examina situaciones internas. Pero en éste, como en muchos otros casos, puede ofrecer precisiones destinadas a orientar a los órganos nacionales en la apreciación encomendada. El primer aspecto abordado fue la existencia de medidas de prevención de la utilización abusiva de contratos encadenados. En la legislación italiana nada lo impide, de ahí que el Tribunal buscara las razones objetivas que podrían justificar dicho encadenamiento: «circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada». Recordó, así mismo, como ya ha sostenido repetidamente, que una autorización general y abstracta no cumple esa exigencia, incluso aunque esté recogida formalmente en una ley.

El Tribunal aceptó, inicialmente, que en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la enseñanza, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad,

de permiso de maternidad o de permiso parental, u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede constituir una razón objetiva, justificando tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de las necesidades que surgieran. Entendió además justificada la reserva de las plazas indefinidas a quienes superan un proceso de selección.

Ahora bien, al abordar las sustituciones de muy larga duración, el Tribunal sacó a relucir su jurisprudencia anterior: «la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, no está justificada». Consecuencia de ello, «se han de examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores».

El sistema italiano, como resultaba de las explicaciones del Gobierno, era aleatorio e imprevisible. Era muy difícil saber cuánto iba a durar un proceso de selección y cuánto tiempo podría durar la cobertura de una vacante o la titularización por el paso de los años. De acuerdo con los datos presentados, hasta el 61% del personal administrativo y de servicios en determinados centros podía estar contratado con modalidades temporales. La conclusión del Tribunal fue tajante: no parece existir medida alguna de prevención de la utilización abusiva de los contratos temporales encadenados.

El segundo punto que centró la atención del Tribunal fue la existencia de medidas de sanción de los encadenamientos de contratos. O más bien la inexistencia, porque de acuerdo con la legislación italiana, no era posible la

transformación en contratos indefinidos ni se tenía derecho a indemnización alguna por la utilización abusiva. La única medida existente era «quien resiste, gana», la titularización a través de la progresión en la lista de aptitud por el paso del tiempo. Para la sentencia, este sistema no era una sanción efectiva y disuasoria que cumpliera con los objetivos de la Directiva. El fallo, en conclusión, fue señalar la contradicción del Derecho italiano con la norma de la Unión Europea. Releída con ojos de 2016, es difícil no ver en esta sentencia el heraldo de lo que vendría en dicho año.

En otro campo, tuvo gran relevancia la sentencia de 5 de febrero de 2015, *Grima Janet Nisttahuz Poclava y Jose María Ariza Tolodano*, asunto C-117/14 (ECLI:EU:C:2015:60). En ella se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, a propósito del contrato de apoyo a los emprendedores regulado en la Ley 3/2012. Se trató de un pronunciamiento que tuvo un amplio eco en los medios de comunicación, más allá del mundo jurídico. Este litigio, por otra parte, se unió a la ya apreciable tendencia detectada en los órganos judiciales españoles de buscar alternativas a las reformas laborales de los últimos años en instancias supranacionales, con mayor o menor fortuna.

El litigio original era un proceso de despido iniciado por una trabajadora de nacionalidad boliviana, a la que se había hecho un contrato de apoyo y cuyo empresario –en el sector de la hostelería– desistió a los cuatro meses. La trabajadora, como consecuencia de ello, reclamó por despido improcedente.

En este caso concreto, la duda se plantea a propósito de la compatibilidad entre el periodo de prueba y la Directiva 1999/70/CE, sobre contratos de duración determinada. De acuerdo con la sentencia, el Juzgado de lo Social sostenía que la Ley 3/2012 «creó un contrato atípico de duración determinada por un año, susceptible de transformarse en un contrato por tiempo indefinido a la finalización del periodo de prueba». Otorgando esta naturaleza al contrato, pasaba a quedar incluido

en el ámbito de aplicación de la norma europea y hacía posible el examen del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia no se mostró receptivo ante este planteamiento. Entendió que la definición comunitaria no encaja con la de quien está sometido a un contrato de apoyo y que, por lo tanto, éste no es un contrato de duración determinada. De manera similar, señaló que la regulación del periodo de prueba es una cuestión de competencia nacional, aunque ésta deba ejercitarse dentro del respeto al Derecho de la Unión. Es una respuesta paralela a la que el Tribunal había dado, años atrás, a las cuestiones prejudiciales planteadas a propósito del *contrat nouvelles embauches* francés a través del auto *Polier*.

Las restantes objeciones planteadas por el Juzgado de lo Social a propósito de los Convenios de la OIT y de la Carta Social Europea fueron rechazadas en términos de competencia del propio Tribunal, que señaló que no puede llevar a cabo interpretaciones de textos internacionales distintos del Derecho de la Unión. En el caso de la Carta Social Europea, este rechazo debería haber sido más cuidadosamente matizado por parte del Tribunal de Justicia. No ha de olvidarse que el artículo 151 TFUE proclama dicho texto como uno de los principios inspiradores de la Política Social de la Unión Europea.

En definitiva, esta sentencia descarta que el contrato de apoyo de emprendedores sea contrario al Derecho de la Unión Europea. Pero lo hace por motivos que no son de fondo: no hay normativa europea con la que contrastar. El rechazo se hace en términos competenciales. No hay un aval europeo a la legislación española, sino la constatación de la falta de contradicción con una normativa supranacional inexistente¹⁷.

¹⁷ N. M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, «El contrato de apoyo a los emprendedores y el artículo 30 CDFUE. Reflexiones a propósito de la STJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-117/14, *Nisttahuz Poclava*», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40, 2015.

La sentencia de 9 de julio de 2015, *María José Regojo Dans y Consejo de Estado*, asunto C-177/14, (ECLI: EU:C:2015:450) resolvió una cuestión elevada por la Sala III del Tribunal Supremo a propósito del derecho a la percepción de trienios del personal eventual regulado en la Ley 7/2007. La demandante en el litigio original había prestado servicios como personal eventual durante más de treinta años en altas Instituciones del Estado. Desde el Consejo de Estado, su actual puesto de trabajo, solicitó el reconocimiento de los trienios oportunos y el abono de los cuatro últimos años. Denegada su petición, impugnó la decisión ante la Sala III, que decidió consultar al Tribunal en Luxemburgo.

La primera pregunta estaba encaminada a determinar si el personal eventual regulado en el EBEP tiene un contrato de duración determinada, en el sentido de la Directiva 1999/70/CE. La respuesta del Tribunal era previsible, puesto que encaja en una línea jurisprudencial muy consolidada: «la Directiva 1999/79 y el Acuerdo marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleado». Los elementos de confianza y discrecionalidad que caracterizan a este tipo de personal no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal. De aceptarse, se desvirtuaría la eficacia real de la Directiva, que podría ser burlada fácilmente por los Estados miembros.

La segunda parte de la cuestión prejudicial apuntaba, una vez más, a la existencia de razones objetivas que pudieran justificar el trato diferente y la exclusión del pago. Los argumentos expuestos por el Gobierno español indicaban que el personal eventual es una categoría profesional distinta del resto de categorías de empleados públicos, tanto en sus relaciones de servicio, sus cometidos o las funciones que desempeñan, como en los criterios de selección o su régimen retributivo. El sistema de nombramiento y cese justificaría además el régimen retributivo (razonamiento un tanto perverso, en tanto que una mayor vulnerabilidad implica una nueva desventaja).

Si lo alegado por el Gobierno implicara el ejercicio específico de una función vinculada a la autoridad pública, el Tribunal de Justicia no vería problema. Pero si las tareas desempeñadas eran de colaboración administrativa, como parecía ser el caso, el Tribunal Supremo debía examinar su semejanza con las de funcionario de carrera. Si eran similares, existiría el derecho a trienios, sin que ninguno de los motivos presentados por el Gobierno se equipara con las razones objetivas contempladas en la Directiva para eximir del trato igual¹⁸.

5.2. Tiempo de trabajo

En la sentencia de 3 de mayo de 2012, *Georg Neidel y Stadt Frankfurt am Main*, asunto C-337/10 (ECLI:EU:C:2012:263), volvieron a aparecer bomberos alemanes como protagonistas de los litigios, a propósito del derecho del interesado a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en el momento de su jubilación.

En los años previos a su jubilación, las partes en el litigio principal consideraban que el Sr. Neidel tenía derecho, en total, a 31 días de vacaciones en 2007, a 35 días en 2008 y a 34 días en 2009. De estos días de vacaciones sólo había disfrutado 14, correspondientes al año 2007 (de la lectura de la sentencia parece deducirse que la causa fue la enfermedad, pero no queda del todo claro). Por lo tanto, le quedaba pendiente el derecho a disfrutar de 86 días de vacaciones, que equivalían a un importe de 16.821,60 euros brutos. Solicitó en consecuencia que se le abonara ese importe como compensación económica por las vacaciones no disfrutadas, lo que fue denegado por la Administración alegando que el Derecho alemán de la función pública no prevé el pago de los días de vacaciones no disfrutados. Además, la Administración señaló que el ar-

¹⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «El derecho a trienios del personal eventual de las Administraciones Públicas y la STJUE de 9 de julio de 2015», *Diario La Ley*, 8591, 2015.

título 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE («El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral») no era aplicable a los funcionarios y que, en todo caso, la jubilación no estaba comprendida en el concepto de «conclusión de la relación laboral», en el sentido de dicho precepto. Ante las dudas surgidas, el Tribunal alemán elaboró seis preguntas para el Tribunal, que éste agrupó para su resolución.

La primera de ellas carecía de auténtica enjundia. El Tribunal ya había afirmado que la normativa sobre tiempo de trabajo se aplica «a todos los sectores de actividades, públicas o privadas, con el fin de promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo y de regular determinados aspectos de la ordenación de su tiempo de trabajo». Las excepciones a esta regla deben ser interpretadas restrictivamente y nada incluye a los bomberos en ellas («carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, así como si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado. Tales calificaciones jurídicas, en efecto, varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuada a las exigencias del Derecho de la Unión»).

Afirmada la pertinencia en el caso de la Directiva, el Tribunal procedió a su interpretación. Conectando la obligatoriedad del disfrute de las vacaciones (que ha llegado a caracterizar como un auténtico derecho fundamental) con la compensación económica por la falta de disfrute al final de la relación, la sentencia consideró que el Sr. Neidel tenía pleno derecho a su percepción. En este punto, el Tribunal reprodujo buena parte de su doctrina en la sentencia *Schultz-Hoff*.

Abordando conjuntamente tres de las preguntas formuladas, la sentencia consideró que los Estados miembros están legitimados para establecer, según el origen de la baja médica del trabajador, una duración de las vacaciones

anuales retribuidas igual o superior al período mínimo de cuatro semanas garantizado por la Directiva 2003/88/CE. En consecuencia, les corresponde, por una parte, decidir si conceden a los funcionarios el derecho a unas vacaciones retribuidas adicionales además del derecho a las vacaciones anuales retribuidas por un período mínimo de cuatro semanas, pudiendo establecer o no el derecho del funcionario que se jubila a una compensación económica si no ha podido disfrutar de esos derechos adicionales por no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad y, por otra parte, fijar los requisitos de dicha concesión. Por este motivo, no había oposición con el Derecho de la UE en los días suplementarios.

En último lugar, retomó una materia que ya había analizado en la sentencia *KHS*, el plazo de tiempo durante el cual pueden disfrutarse unas vacaciones postergadas. Recuperando sus argumentos de la mencionada sentencia, el Tribunal afirmó que todo período de aplazamiento debe tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se encuentra un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios períodos de devengo consecutivos. Así pues, el período mencionado debe garantizar, en particular, que el trabajador pueda disfrutar, si fuera preciso, de períodos de descanso susceptibles de ser escalonados, planificables y disponibles a más largo plazo, y rebasar sustancialmente la duración del período de devengo por el que se concede. Por todo ello, la sentencia proclamó que los nueve meses recogidos en la legislación aplicable en el caso no eran suficientes y por lo tanto debían considerarse contrarios al Derecho de la UE.

La más relevante de las sentencias en materia de vacaciones, por haber tenido su origen en España y en concreto en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, fue la sentencia de 21 de junio de 2012, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)* y *Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA)*, *Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO)*, *Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hoste-*

lería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO, asunto C-78/11 (ECLI:EU:C:2012:372).

El núcleo jurídico del proceso era la anterior redacción del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores y de su concordante artículo 37 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. La interpretación que la ANGED daba de este artículo era que los trabajadores que se encontrasen en situación de incapacidad laboral temporal antes del inicio de un período de vacaciones inicialmente fijado, o durante ese período, no tenían derecho a disfrutar de sus vacaciones en un momento posterior al término de la incapacidad temporal, salvo que se tratase de las situaciones expresamente contempladas en el mencionado convenio colectivo, es decir, los supuestos previstos en el artículo 48, apartado 4, del Estatuto.

En un primer litigio, la Audiencia Nacional reconoció el derecho al disfrute en caso de coincidencia con situaciones de incapacidad temporal. Llegado el asunto al Tribunal Supremo. Éste consideró que, de acuerdo con la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, la materia estaba clara, pero consideró pertinente plantear la cuestión prejudicial si la incidencia del proceso de incapacidad temporal acontecía de forma sobrevenida durante el período de su disfrute.

Para contestar, el Tribunal de Justicia esbozó un resumen de su doctrina anterior sobre las vacaciones, recordando su condición de principio esencial del ordenamiento comunitario, su consagración en la Carta de Derechos Fundamentales y la necesidad de su interpretación de forma amplia. Retomando lo dicho en la sentencia *Vicente Pereda*, la sentencia puso de manifiesto que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento, mientras que el derecho a causar baja por enfermedad se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad.

Continuando en este hilo, el Tribunal señaló que, «sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas (...) conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el período de vacaciones anuales retribuidas». Por añadidura, la sentencia recordó que el nuevo período de vacaciones anuales –que se corresponde con la duración del solapamiento entre el período de vacaciones anuales inicialmente fijado y la baja por enfermedad–, del que el trabajador puede disfrutar una vez dado de alta médica, puede fijarse, en su caso, fuera del período de referencia de las vacaciones anuales en cuestión.

Realmente, esta sentencia no hace sino afirmar lo que podía intuirse desde *Vicente Pereda* y *Schultz Hoff*. Ahora bien, la declaración es tan clara y rotunda que todas las dudas doctrinales y jurisprudenciales han quedado despejadas: vacaciones por encima de cualquier inconveniente.

Aunque no fuera planteada por órganos españoles, tuvo gran repercusión la sentencia de 22 de mayo de 2014, *Z. J. R. Lock y British Gas Trading Limited*, asunto C-539/12 (ECLI:EU:C:2014:351). El demandante original era un trabajador británico cuya remuneración se componía de un salario fijo y comisiones devengadas en función de sus ventas, que se pagaban con semanas o meses de diferencia a su consecución. Lógicamente, durante el disfrute de sus vacaciones no pudo generar actividad alguna que repercutiese en sus retribuciones futuras (sí cobraba las comisiones adeudadas por actividades anteriores). Considerando que de esta situación podía derivarse un perjuicio contrario a la Directiva 2003/88/CE, se planteó la cuestión prejudicial.

La empresa empleadora y el Gobierno británico señalaban que se respetaba la norma europea, puesto que durante el transcurso de las vacaciones el trabajador seguía percibiendo sus retribuciones ordinarias. El Tribunal no acogió este razonamiento, señalando que el

evidente perjuicio económico que se produce a posteriori por el disfrute de las vacaciones está directamente vinculado con éstas y puede disuadir a los trabajadores del ejercicio de su derecho. En un razonamiento parecido al que hizo en *Coleman* a propósito de la discriminación, aquí las vacaciones son consideradas como la fuente objetiva del trato peyorativo, aunque esté temporalmente deslocalizado.

Dicho esto, la obvia continuación de la cuestión prejudicial era determinar cuánto se debía pagar al trabajador como «retribución media» a partir de las ventas no realizadas. El Tribunal expuso una serie de criterios ya utilizados anteriormente en sus pronunciamientos. En primer lugar, recordó lo dicho en la sentencia *Williams*: «se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales». También subrayó que «los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales», pero que «los elementos de la retribución global del trabajador 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 no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales». Y en una de sus piruetas habituales, encomendó al órgano nacional calcular cómo se traducía esta indicación

La sentencia de 12 de junio de 2014, *Gülay Bollacke y K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG*, asunto C-118/13 (ECLI:EU:C:2014:1755), abordó un aspecto inusitado de la interrupción anual: las vacaciones de un muerto. En el momento de su fallecimiento, el Sr. Bollacke acumulaba 140,5 días de vacaciones no disfrutadas, por el encadenamiento de diversas situaciones de incapacidad temporal. Su viuda exigió una

compensación financiera por ellas, negándose la empresa, al considerar que la transmisión mortis causa no era posible.

La sentencia resolvió con rapidez la cuestión prejudicial. Comenzó recordando que el Tribunal de Justicia ya ha señalado anteriormente que una vez finalizada la relación laboral, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo de las vacaciones anuales retribuidas. Para evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria, la Directiva 2003/88/CE prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación financiera.

Sentado este precedente, el Tribunal apuntó varios argumentos. En primer lugar, la Directiva no contiene ningún requisito para proceder al cobro de la compensación que no sea la extinción del contrato. Esta compensación protege el efecto útil de la Directiva: «En efecto, si la obligación de pago de las vacaciones anuales cesara al finalizar la relación laboral por el fallecimiento del trabajador, tal circunstancia tendría como consecuencia que un hecho fortuito, que escapa del control tanto del trabajador como del empleador, supondría la pérdida total del propio derecho a las vacaciones anuales retribuidas, como recoge el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE». El razonamiento no es del todo consistente, podría objetarse, pero el Tribunal, en su línea de defensa a ultranza del derecho a vacaciones, se ha pronunciado con contundencia. La conclusión de la sentencia fue, en definitiva, que procedía el pago de las cantidades adeudadas a la viuda del trabajador.

En materia distinta de vacaciones, para concluir, fue de gran importancia la sentencia de 10 de septiembre de 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras y Tyco Integrated Security, S.L., Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A.*, asunto C-266/14 (ECLI:EU:C:2015:578). Se trató de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a propósito del cómputo del tiempo de trabajo del

personal de una empresa dedicada a la instalación y mantenimiento de sistemas de detección de intrusión y sistemas antihurto en comercios.

La empresa disponía de unas únicas oficinas centrales en Madrid, tras el cierre de las periféricas. Para la actividad fuera de la capital, los trabajadores disponían de vehículos en los que se desplazaban desde su domicilio hasta las empresas que contrataban los servicios para llevar a cabo las instalaciones pertinentes. Así mismo, tenían que desplazarse regularmente a un centro logístico para la recogida de material. El problema surgió porque la empresa no computaba como tiempo de trabajo el desplazamiento desde el domicilio hasta el primer cliente, y la jornada concluía al salir del establecimiento del último cliente, sin contabilizar el tiempo empleado en el retorno al domicilio del trabajador. La pregunta planteada por la Sala intentaba determinar si ese desplazamiento era tiempo de trabajo o tiempo de descanso.

La importancia de la cuestión planteada queda de manifiesto al constatar que la Comisión Europea y cuatro Gobiernos, incluyendo el español, presentaron observaciones en el caso, situación no muy habitual. En líneas generales, la Comisión e Italia se alinearon con las pretensiones de CCOO, mientras que España, República Checa y el Reino Unido respaldaban la posición empresarial.

La sentencia inició su argumentación recordando la especial relevancia que tienen las disposiciones sobre tiempo de trabajo en el acervo de la Unión Europea. Señaló, además, que no existe una situación intermedia entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso: o se está en uno o se está en el otro.

La empresa alegó que, dado que sus funciones consisten en instalar sistemas de alarma, desplazarse no forma parte de esas tareas. Tan pobre alegación fue rápidamente desechada por el Tribunal de Justicia. Esos desplazamientos son, en palabras del Tribunal refrendando al Abogado General, «el instrumento necesario para ejecutar presta-

ciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros de estos clientes». La solución contraria conduciría a una interpretación absurda del tiempo de trabajo del personal de esta empresa. Contra ella, además, jugaba el hecho de que, antes de una reorganización que condujo a la centralización en Madrid de las oficinas, este tiempo sí se computaba cuando los trabajadores estaban en las sedes provinciales. Por ello, el Tribunal concluyó que esta situación cumplía el primer requisito para ser considerada como tiempo de trabajo: estar en ejercicio de su actividad o de sus funciones.

El segundo requisito de la definición comunitaria es hallarse a disposición del empresario, lo que se traduce en obedecer sus instrucciones y trabajar por su cuenta. La empresa consideraba que la autonomía de la que disfrutaban los trabajadores al principio y al final de la jornada desdibujaba la idea de tiempo de trabajo. Esta posición fue respaldada por los Gobiernos español y británico, que parecían tener una pobre opinión de los trabajadores, dedicados supuestamente a sus asuntos personales en este periodo. El Tribunal descartó el argumento, señalando que en la práctica anterior se permitía; y que si tal fraude existía, el empresario debía poner en práctica las debidas medidas de control y no usar el mecanismo estudiado.

El tercer elemento de la definición es la permanencia en el centro de trabajo. Obviamente, en el caso de trabajadores móviles, este punto debe ser matizado. Como señaló el Abogado General, en un razonamiento incorporado a la sentencia, «toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario».

El Tribunal consideró, con un notable sentido de justicia social, que los trabajadores no pueden cargar con las consecuencias de la decisión empresarial de centralizar sus oficinas. Aceptar que el desplazamiento es tiempo

de descanso sería, por lo demás, una decisión perjudicial para la protección de la seguridad y la salud.

El punto negro de esta sentencia se encuentra al final. Ante la sugerencia británica de que esta decisión aumentaría los costes empresariales, el Tribunal señaló que la empresa «sigue siendo libre para determinar la retribución del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes». Abre así el Tribunal a una dudosa doble escala salarial que diferenciaría entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de desplazamiento, con diferentes remuneraciones. Pero, en cualquier caso, esta situación es una posibilidad, cuya puesta en práctica sólo puede llevarse a cabo en el ámbito nacional.

En balance, la sentencia es revolucionaria. La regla del artículo 34.5 ET, fijando el cómputo de forma de manera que «tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo», se enfrenta así a la contemporaneidad. La determinación «geográfica» deja su lugar a la subordinación «espiritual»: frente a un lugar se ha de considerar la efectiva sumisión al poder empresarial¹⁹.

5.3. Insolvencia empresarial

La sentencia de 18 de abril de 2013, *Meliha Veli Mustafa y Direktor na fond «Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitelite» kam Natsionalnia osiguritelen institut*, asunto C-247/12 (ECLI:EU:C:2013:256), aporta un nuevo caso búlgaro a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en esta ocasión a propósito de la insolvencia empresarial.

La Sra. Mustafa trabajaba en una empresa declarada en situación de insolvencia, que le adeudaba diversas cantidades. Solicitadas éstas al Fondo búlgaro de protección, le fueron

denegadas. Por una parte, se indicó que la solicitud no se había presentado en el plazo legal de 30 días a partir de la fecha de inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia y, por otra parte, el crédito alegado había nacido tras la citada inscripción. Según el Fondo de garantía, éste sólo cubre los salarios e indemnizaciones compensatorias de vacaciones impagados nacidos durante los últimos seis meses civiles anteriores al mes en el cual se inscribe en el Registro Mercantil la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia. Detectando los tribunales búlgaros una posible incompatibilidad entre el ordenamiento nacional y la Directiva 2008/94/CE, se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal afirmó que, para que se aplique la garantía prevista por la Directiva 2008/94/CE, deben cumplirse dos requisitos. Por una parte, debe haberse solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario y, por otra, debe haberse producido bien una decisión de apertura de dicho procedimiento, bien, en caso de insuficiencia del activo para justificar la apertura de tal procedimiento, una declaración del cierre definitivo de la empresa. Es decir, no es requisito que se ordene el cese de las actividades del empresario, situación contra la que reclamaba la demandante en el litigio original.

La sentencia consideró así mismo que la Directiva no obliga a una cobertura integral, sino que los Estados miembros, en su transposición, gozan de la facultad de determinar la fecha antes y/o, en su caso, después de la cual se sitúa el período durante el que la institución de garantía asume los créditos correspondientes a remuneraciones impagadas.

La conclusión final fue que la Directiva no obliga a los Estados miembros a establecer garantías para los créditos de los trabajadores en cada fase del procedimiento de insolvencia de su empresario. En particular, no se opone a que los Estados miembros establezcan una garantía únicamente para los créditos de los trabajadores generados antes de la inscripción

¹⁹ J. CABEZA PEREIRO, «Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto tiempo de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, 2016, pp.36 ss.

ción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no ordene el cese de las actividades del empresario.

La segunda sentencia que se ocupó de la directiva sobre insolvencia empresarial fue la de 25 de abril de 2013, *Thomas Hogan, John Burns, John Dooley, Alfred Ryan, Michael Cunningham, Michael Dooley, Denis Hayes, Marion Walsh, Joan Power, Walter Walsh y Minister for Social and Family Affairs, Ireland, Attorney General*, asunto C-398/11 (ECLI:EU:C:2013:272). En este caso, la empresa insolvente tenía concertados distintos planes de pensiones, que en Irlanda tienen la consideración de prestaciones legales, y que al declararse la situación de concurso quedaron obviamente afectados. Como indicó la sentencia, «el actuario contratado por los demandantes en el litigio principal estimó que estos percibirían entre un 18 % y un 28 % de los importes a los que habrían tenido derecho si hubiesen recibido el valor real de sus derechos acumulados a la prestación de vejez. El actuario contratado por Irlanda, tras emitir varias críticas respecto del anterior cálculo, estimó que el referido porcentaje estaba comprendido entre el 16 % y el 41 % y que no alcanzaba el 49 % mencionado por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 25 de enero 2007, *Robins y otros*». Considerando que la norma irlandesa no era una transposición eficaz de la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional planteó diversas cuestiones al Tribunal de Justicia, buscando integrar la situación litigiosa en el marco de la legislación europea.

El Tribunal comenzó analizando la obligación impuesta a los demandantes en el litigio principal cuando fueron contratados de adherirse al plan de pensiones de empleo promovido por el empresario para el que trabajaban. De acuerdo con la sentencia, estos derechos a prestaciones de vejez en virtud de dicho plan de pensiones resultaban de los contratos o de las relaciones laborales que les vinculan al empresario, en el sentido de la Directiva 2008/94/CE, por lo que resultaba plenamente aplicable al caso.

En segundo lugar, el Tribunal descartó la alegación del Estado a propósito del cumplimiento de sus obligaciones con el abono de la pensión legal de Seguridad social debida. La respuesta contraria privaría de su efecto útil a la Directiva

El siguiente aspecto del análisis trataba sobre las circunstancias concretas de la protección. Preguntaba el órgano nacional si bastaba que el plan de pensiones de empleo complementario no dispusiese de fondos suficientes cuando se produjese la insolvencia del empresario y que, debido a su insolvencia, el empresario no dispusiera de los recursos necesarios para realizar aportaciones suficientes a dicho plan de pensiones que permitiesen el pago íntegro de las prestaciones adeudadas a los partícipes en éste, o si era necesario que estos últimos demostraran que existían otros factores que dieron lugar a la pérdida de sus derechos a prestaciones de vejez. La primera posibilidad fue la que gozó del apoyo de la sentencia, al considerar que las concretas causas de la insolvencia carecían de relevancia a los efectos de la Directiva.

Las últimas cuestiones se refirieron al cumplimiento de Irlanda de las obligaciones de lo establecido en la sentencia *Robins*. Comparando el umbral de protección que resultaba de los datos ofrecidos al Tribunal, la sentencia afirmó con rotundidad que la legislación irlandesa no alcanzaba el umbral mínimo establecido en dicho pronunciamiento y que constituía un incumplimiento de Estado flagrante. Es ésta, probablemente, la más interesante de las sentencias de este período, por las implicaciones que puede tener para el funcionamiento del FOGASA.

5.4. Transmisión de empresas

La importante sentencia de 18 de julio de 2013, *Mark Alemo-Herron y otros y Parkwood Leisure Ltd*, asunto C-426/11 (ECLI:EU:C:2013:521), volvió de nuevo sobre la directiva 2001/23/CE, sobre transmisión de empresas, uno de los campos más fecundos de la jurisprudencia.

dencia del Tribunal de Justicia. En este caso, se trataba de la transmisión de parte de una actividad pública de uno de los distritos de Londres (ocio, concretamente) a una empresa privada para su gestión. Antes de la transmisión, se regía por la negociación colectiva del sector público, que posteriormente dejó de aplicarse. Contra esta decisión, los trabajadores acudieron ante los tribunales, invocando que sus contratos presentaban una «visión dinámica» de la negociación colectiva, que les hacía esperar la aplicación de los convenios pactados después de la transmisión.

El Tribunal comenzó recordando que la directiva admite que el cesionario no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión de la empresa, como ya ha puesto de manifiesto en sentencias anteriores. Aun aceptando que el mantenimiento indicado sería más favorable, la sentencia señaló la «vertiente económica» de la Directiva, que «pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de éstos, por una parte, y los del cesionario, por otra. Más concretamente, la Directiva indica que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad».

A continuación, el Tribunal recurrió a la Carta de Derechos Fundamentales para justificar su argumentación. Pero, en contra de lo previsto, el artículo examinado fue la libertad de empresa. La cuestión prejudicial hacía referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero tal mención fue pasada por alto por el Tribunal y reconvertida al ordenamiento de la UE. La sentencia utilizó como criterio hermenéutico la Carta, pero contra los intereses de los trabajadores. Las explicaciones orientativas proclaman la libertad contractual como un elemento esencial de la libertad de empresa. Con esa referencia, el Tribunal señaló que «la libertad contractual de este cesionario se ve gravemente reducida hasta el punto de que tal limitación puede afectar a la propia esencia de su derecho a la libertad de empresa.»

Y como consecuencia de ello, consideró que la directiva permite establecer cláusulas que desvinculen al cesionario de los convenios colectivos del futuro. La negociación colectiva «dinámica» no parece tener su hueco, al menos desde el sector público, en el marco de la directiva 2001/23/CE. Desafortunada aparición de la Carta de Derechos, que parece dar la razón a los agoreros que veían en ella un Caballo de Troya y no un baluarte de la Europa social²⁰.

La sentencia de 6 de marzo de 2014, *Lorenzo Amatori y otros y Telecom Italia SpA, Telecom Italia Information Technology Srl, anteriormente Shared Service Center Srl*, asunto C-458/12 (ECLI:EU:C:2014:124), estudió a su vez un caso particular de transmisión de empresas, concretamente la de una parte de la empresa que no constituía una unidad económica fundamentalmente autónoma.

Como es sabido, para determinar la existencia de «transmisión» de la empresa en el sentido de la Directiva 2001/23/CE, el criterio decisivo es determinar si la unidad de que se trata mantiene su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario. El Tribunal recordó a este propósito su jurisprudencia anterior, señalando que la unidad económica debe, con anterioridad a la transmisión, «gozar de una autonomía funcional suficiente, refiriéndose el concepto de autonomía a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas entre los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario». La sentencia subrayó especialmente el uso de la palabra «conserva» en el texto de la directiva, lo cual implica necesariamente la preexistencia de la autonomía antes de la transmisión.

²⁰ P. RÉMY, «L'arrêt «Alemo-Herron» de la CJUE et la directive transfert: faut-il encore prendre au sérieux la Cour de justice?», *Revue de droit du travail*, 12, 2013, pp. 789-797.

Por lo tanto, de no haber autonomía, la transmisión estaría fuera del ámbito de la Directiva. Ésta, no obstante, no prohíbe a los Estados establecer el mantenimiento de derechos en este tipo de transmisiones, dado que este tipo de normas siempre permite un tratamiento más favorable.

La última parte de la sentencia se centra en el hecho de que el cedente seguía ejerciendo poderes de control significativo sobre el cesionario. A ojos del Tribunal, nada justificaba que la unidad del comportamiento en el mercado de la sociedad matriz y de sus filiales prevaleciera sobre la separación formal entre estas sociedades que tienen personalidades jurídicas distintas. En efecto, «una solución de esta naturaleza, que tendría la consecuencia de excluir las transmisiones entre sociedades de un mismo grupo del ámbito de aplicación de la Directiva, iría precisamente en contra del objetivo de ésta, que es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente».

Procedente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la sentencia de 26 de noviembre de 2015, *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Luis Aira Pascual, Algeposa Terminales Ferroviarios, S.L., Fondo de Garantía Salarial*, asunto C-509/14 (ECLI:EU:C:2015:781), se pronunció a propósito del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en un caso de sucesión empresarial.

El trabajador que da nombre al caso prestaba sus servicios en una empresa que gestionaba, como contratista de ADIF, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de Bilbao. Próximo el fin de la contrata, ADIF pasó a realizar por sí mismo ese servicio, con negativa expresa a subrogarse en los derechos y obligaciones de la contratista frente a su personal. La empresa procedió entonces a ejecutar un despido colectivo, en el que el trabajador perdió su puesto

de trabajo. El Juzgado de lo Social de Bilbao declaró el despido improcedente, si bien el TSJ albergaba dudas sobre si lo sucedido encajaba en la noción de la Directiva de transmisión de empresas, por lo que se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó recordando que la Directiva 2001/23/CE es de aplicación plena a las empresas públicas, incluso cuando son titulares de un servicio público y no un mero operador mercantil. Recordó, así mismo, conforme a su jurisprudencia anterior (especialmente el caso *CLECE*, también originado en España), que esta norma es aplicable a una situación en la que una empresa que confía a otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma esas tareas, por lo que en este caso resultaba plenamente invocable.

El análisis más complejo derivaba de la determinación de si la situación estudiada encajaba o no en la noción jurisprudencial de transmisión. Para ello, y ya son largos años de doctrina acumulada, tiene que estarse ante «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». La determinación final era una tarea que correspondía al TSJ, pero conforme a su línea de actuación el Tribunal de Justicia ofreció al órgano nacional una serie de elementos que debía tener en cuenta.

En primer lugar, la importancia de la mano de obra. Si ésta es decisiva en la actividad, para el mantenimiento de la entidad será necesario el traspaso de la mayor parte de la plantilla. Sin embargo, objetó el Tribunal, el equipamiento tiene un papel muy relevante en la actividad estudiada. En segundo lugar, dicho equipamiento siempre había pertenecido a ADIF, si bien la jurisprudencia ya había indicado anteriormente que este elemento de propiedad carece de relevancia a la hora de excluir la sucesión de empresa. En tercer lugar, la sentencia señaló que el Tribunal de Justicia

ya ha declarado que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad no excluye por sí solo la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, si la actividad se basa esencialmente en el equipamiento. Una interpretación diferente iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aun en contra de la voluntad del cesionario²¹.

5.5. Despido colectivo

Un tema estrella de 2015 fue, sin duda, el despido colectivo. Primeramente, en el marco de quince días, el Tribunal de Justicia dictó tres sentencias sobre esta materia, una de ellas resolviendo un caso originado en España. Merece la pena señalar que fueron objeto de unas únicas Conclusiones del Abogado General Wahl, aunque fueran resueltas por separado y no como asuntos acumulados.

La primera de ellas fue la sentencia *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (US-DAW) y B. Wilson contra WW Realisation 1 Ltd y otros*, de 30 de abril, asunto C-80/14 (ECLI:EU:C:2015:291). Los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial fueron los despidos de miles de trabajadores en cadenas de venta al público, realizados en establecimientos de un tamaño inferior al previsto por la Directiva para dar lugar a la protección por despido colectivo. Docenas de despidos por causas económicas, en definitiva, que agregadamente superaban a la mayor parte de los despidos en el Reino Unido durante los años de crisis, pero que seguían siendo considerados como despidos individuales.

²¹ A. VALENCIANO SAL, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto G-509/14 (Luis Aira Pascual/Algeposa Terminales Ferroviarios, S.L./Fondo de Garantía Salarial) de 26 de noviembre de 2015», *Revista de derecho social*, 72, 2015, pp. 133-148.

El *quid* de la cuestión era la interpretación del término «centro de trabajo». De acuerdo con la sentencia *Rockfon*, éste debe tener una noción comunitaria: «aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido», sin que importe el hecho de tener una dirección facultada para realizar por sí misma los despidos. En la posterior sentencia *Athinaiiki Chartopoiia*, el Tribunal precisó más la definición: «una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas». De esta sentencia se desprendía claramente la diferencia entre «empresa» y «centro de trabajo».

Ya en el caso concreto, el Tribunal negó trascendencia alguna al hecho de que en algunas versiones lingüísticas se hable de «centro de trabajo» y en otras de «centros de trabajo». Éste fue el primer paso para negar cualquier interpretación que pudiera hacer un estudio acumulado de los despidos realizados, puesto que éste volvería impracticable en muchos casos el periodo de consultas, a pesar de su intención protectora. La solución, en definitiva, fue excluir de la protección comunitaria a situaciones como la descrita.

Por su parte, la sentencia de 13 de mayo de 2015, *Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited*, asunto C-182/13 (ECLI:EU:C:2015:317), volvió a insistir en la caracterización del centro de trabajo conforme al Derecho británico (en este caso en Irlanda del Norte, que cuenta con una norma propia de transposición cuyo contenido es idéntico al examinado en *USDAW*). Los hechos eran también similares: un número de despidos en centros de trabajo pequeños que, agregados, afectaban a más de un centenar de personas pero que, considerados por separado, nunca llegaban a los umbrales de la Directiva.

El razonamiento judicial fue exactamente el mismo que en *USDAW*, con párrafos idénticos.

ticos para llegar a la misma conclusión. Cada una de las tiendas fue considerada como un centro de trabajo autónomo y, por lo tanto, el marco en el que ha de considerarse la existencia del despido colectivo.

De las tres sentencias, la más relevante a los efectos de esta crónica fue la de 13 de mayo de 2015, *Andrés Rabal Cañas y Nexea Gestión Documental, S.A., Fondo de Garantía Salarial*, asunto C-392/13 (ECLI:EU:C:2015:318). El trabajador afectado prestaba sus servicios en un centro de trabajo en Barcelona de una empresa del grupo Correos. Dicho centro de trabajo constaba de 20 trabajadores, mientras que otro en Madrid disponía de 164. A lo largo de varios meses, se fueron produciendo sucesivas extinciones de contratos de trabajo en ambos, que condujeron finalmente al cierre del centro de trabajo de Barcelona, con 13 extinciones y traslados de los restantes trabajadores a Madrid. En el transcurso del juicio por la impugnación del despido, al órgano jurisdiccional, una vez más el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, se le plantearon diversas dudas sobre la transposición de la Directiva 98/59/CE al ordenamiento español.

La cuarta de ellas, en el orden de planteamiento, era si la noción de centro de trabajo de la Directiva se correspondía con la de empresa del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, entendido como transposición más beneficiosa. El Tribunal recordó toda su jurisprudencia al respecto, incluyendo las dos sentencias que se acaban de exponer, para concluir, a diferencia de todas las anteriores, que «la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» 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»».

Todo ello condujo a descartar la aplicación de la Directiva al caso de autos, que no debía ser considerado en modo alguno como despido colectivo. Eso impidió que el Tribunal de Justicia analizara la interesantísima primera cuestión planteada, que no es descartable que reaparezca en años venideros: «¿El concepto de «despido colectivo» establecido en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, al comprender en su ámbito a todos «los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», según el umbral numérico que se establece, debe ser interpretado –dado su alcance comunitario– en el sentido que impide o se opone a que la norma de traslación o trasposición nacional restrinja el ámbito del mismo a solamente determinado tipo de extinciones, las que respondan a causas «económicas, técnicas, organizativas o productivas», como hace el artículo 51.1 del [ET]?».

El Tribunal sí abordó, en cambio, la segunda pregunta, si han de tenerse en cuenta igualmente las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada. La sentencia consideró que estas extinciones tienen su causa propia, «las cláusulas que contienen o la normativa aplicable», y que el Derecho de la UE cuenta con herramientas suficientes para su control. Eso sí, cabe inferir que las extinciones que respondan a otros motivos podrían ser incluidas en la definición de causas no inherentes a las personas de los trabajadores.

El Tribunal también respondió a la tercera pregunta, si era necesario que la causa de los despidos se derivase de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea. Tajantemente, zanjó que no cabe imponer esta exigencia adicional, que obstaculizaría el funcionamiento de la Directiva. Cabe preguntarse, para con-

cluir, por qué sí se puede responder a la segunda y a la tercera pregunta, y no a la mucho más interesante primera planteada...²²

Testimonio del tiempo de crisis, en la sentencia de 9 de julio de 2015, *Ender Balkaya y Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, asunto C-229/14 (ECLI:EU:C:2015:455), se volvió sobre la materia. El Tribunal ha declarado que el miembro de la dirección de una sociedad de capital, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad, debe ser tenido en cuenta a la hora de calcular los umbrales de despido colectivo. Así mismo, una persona que realiza una actividad práctica en una empresa, como trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en éstos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad, reconocida por este organismo, debe ser computada a la hora de calcular los umbrales de despido colectivo.

Para rematar la serie de pronunciamientos, la sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Cristian Pujante Rivera y Gestora Clubs Dir, S.L., Fondo de Garantía Salarial*, asunto C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743), estudió el proceso de reestructuración en una empresa barcelonesa cuya plantilla constaba de 126 empleados (varios de ellos con contrato temporal).

Entre los días 16 y 26 de septiembre de 2013, la empresa llevó a cabo diez despi-

dos individuales por causas objetivas, entre ellas la del Sr. Pujante. Durante los 90 días anteriores habían tenido lugar 17 extinciones por fin del servicio objeto del contrato, 1 por realización de la tarea prevista, 2 bajas voluntarias, 1 despido disciplinario reconocido e indemnizado como improcedente y 1 extinción contractual a instancia de la trabajadora con arreglo al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. El meollo de la cuestión residía en parte en esta última, ya que se derivaba de una modificación sustancial de condiciones de trabajo justificada por las mismas causas que habían dado lugar a las extinciones. En conciliación, la empresa había aceptado que ésta iba más allá de los límites del artículo 41 ET y reconocido la extinción conforme al artículo 50 ET. En este marco, al titular del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (autor de la cuestión *Rabal Cañas*), se le plantearon varias dudas de interpretación de la Directiva sobre despidos colectivos, que procedió a elevar al Tribunal de Justicia.

La primera de ellas versaba sobre si los trabajadores con contrato temporal deben ser computados o no a la hora de establecer el tamaño de la plantilla para el cálculo de los umbrales del despido colectivo. En el presente caso este aspecto tenía importancia vital, ya que los porcentajes eran muy próximos al 10%. Recuérdese que las extinciones por final de estos contratos no computan a la hora de establecer ese porcentaje. El Tribunal no tuvo duda alguna a la hora de entender a estos trabajadores incluidos en la noción comunitaria de la Directiva. El análisis más detallado debía recaer entonces en la habitualidad que la norma de la UE exige. Contra el criterio expuesto en la cuestión planteada, la sentencia consideró que sí existe, puesto que su exclusión podría privarles de la protección con la que cuentan en caso de una terminación anticipada.

La segunda pregunta fue respondida de forma más breve. Se refería al número mínimo de cinco despidos para que el mecanismo del despido colectivo entre en funcionamiento.

²² Sobre el conjunto de estas sentencias M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 2015, pp.105 y ss.; M. E. CASAS BAAMONDE, «Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 2015, pp.373 y ss.

De acuerdo con el Tribunal de Justicia, debe tratarse de despidos en sentido estricto, no de extinciones asimiladas. Éstas sólo computarán a los efectos de alcanzar el umbral una vez que se haya cubierto la «cuota mínima» de cinco despidos.

La tercera pregunta fue la que introdujo un elemento de mayor novedad: si la extinción derivada de la modificación sustancial debía ser considerada como despido como extinción asimilada. Para responder, el Tribunal comenzó recordando que de su jurisprudencia «se desprende que los despidos se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que,

en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59, se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador». La extinción del artículo 50 ET es, sin duda, voluntaria, ya que proviene de la voluntad del trabajador. Pero, siguiendo la línea trazada por la Abogada General, el Tribunal señaló que esa voluntad era consecuencia directa de la modificación impuesta unilateralmente por el empresario. De ahí que concluyera, en una redacción no muy clara, que este tipo de extinciones (y no la modificación unilateral en sí misma, como dice el fallo) deben ser entendidas como un despido en sentido estricto²³.

²³ Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La impugnación de la extinción individual del contrato de trabajo del trabajador afectado por un despido colectivo tras las últimas sentencias del Tribunal de Justicia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 2016, pp.550 y ss.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

IV. Documentación e Informes

El desarrollo de la dimensión del empleo de la estrategia Europa 2020: especial referencia a la revisión intermedia, 2014-2015*

The development of the employment dimension of the Europe 2020 strategy: special reference to the intermediate revision process (2014-2015)

MIGUEL COLINA ROBLEDO

SUMARIO. 1. EL MARCO DE REFERENCIA DE LA REVISION DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020 (2014-2015). 1.1. La Estrategia Europa 2020 en los programas de trabajo de la Comisión Europea 2014-2015. 1.2. Los programas de trabajo de las Presidencias del Consejo. 2. EL DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020 EN EL CUARTO SEMESTRE EUROPEO 2014. 2.1. El Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2014. 2.2. El Informe Conjunto de Empleo 2014. 2.3. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2014. 2.4. El examen de los Programas Nacionales de Reforma 2014 y la aplicación de las recomendaciones específicas por país 2013. 2.5. Las Recomendaciones del Consejo sobre el Programa Nacional de Reformas de España 2014. 2.6. La evaluación del cuarto Semestre Europeo 2014. 2.7. Conclusiones de los Consejos Europeos 2014 sobre la Estrategia Europa 2020. 3. EL DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020 EN EL QUINTO SEMESTRE EUROPEO 2015. 3.1. El Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2015. 3.2. El Informe Conjunto de Empleo 2015. 3.3. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2015. 3.4. La evaluación de los Programas Nacionales de Reforma 2015 y la aplicación de las recomendaciones específicas por país 2014. 3.5. Las Recomendaciones específicas por país 2015. 3.6. La evaluación del quinto Semestre Europeo 2015. 3.7. Conclusiones de los Consejos Europeos 2015 sobre la Estrategia Europa 2020. 4. LA REVISION INTERMEDIA DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020. 4.1. Balance de la Estrategia Europa 2020. 4.2. Balance de las reformas estructurales realizadas durante la crisis en el mercado de trabajo. 4.3. Las orientaciones para la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020. 4.4. La gobernanza social en una Europa inclusiva: el camino a seguir. 5. LA INICIATIVA DE EMPLEO JUVENIL Y LA GARANTIA JUVENIL. 5.1. La aplicación de la Iniciativa de Empleo Juvenil y la Garantía Juvenil. 5.2. La revisión del desempleo juvenil y la aplicación de la Garantía Juvenil. 5.3. La aplicación de la Garantía Juvenil y la contribución de la Alianza Europea para el Aprendizaje. 5.4. La aplicación de la Garantía Juvenil y el marco de supervisión y seguimiento. 5.5. El estado de situación de la aplicación de las acciones de la Unión Europea en relación con el empleo juvenil y la Garantía Juvenil. 5.6. El empleo juvenil y la creación de empleo más allá de la Garantía Juvenil. 5.7. Un marco de calidad para los periodos de prácticas. 6. EL ACCESO Y LA INTEGRACION EN EL MERCADO DE TRABAJO Y LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE EN EL EMPLEO. 6.1. La integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral. 6.2. La cooperación en materia de prevención y desincentivación del trabajo no declarado. 6.3. El avance hacia mercados de trabajo más inclusivos. 6.4. La modernización y fortalecimiento de la Red Europea de Servicios de Empleo (EURES).

* Este trabajo recoge el desarrollo de la dimensión del empleo de la Estrategia Europa 2020, con especial atención al proceso de la revisión intermedia, a través de la actividad de la Comisión Europea, del Consejo en su formación de ministros

de empleo, política social, sanidad y consumidores (EPSSCO), de los Comités de Empleo y de Protección Social y del Consejo Europeo durante 2014 y 2015. Es continuación del publicado en la Revista MEYSS, nº 122, páginas 227 a 287.

1. EL MARCO DE REFERENCIA DE LA REVISIÓN DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020 (2014-2015)

El escenario en el que las instituciones europeas y, en particular, el Consejo EPSSCO han desarrollado sus actividades en 2014 y 2015 en relación con la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020 se enmarca en importantes acontecimientos sucedidos en 2014: la elección del nuevo Parlamento Europeo en mayo, la designación de la nueva Comisión Europea en octubre, y del nuevo presidente del Consejo Europeo en noviembre, además de la aplicación del Marco Financiero Plurianual 2014-2020 y el inicio del nuevo ciclo de programación macroeconómica, así como por los programas de trabajo de la Comisión Europea y de las presidencias del Consejo.

1.1. La Estrategia Europa 2020 en los programas de trabajo de la Comisión Europea 2014-2015

El programa de trabajo de la Comisión 2014, adoptado el 22.10.2013, anunció que se continuaría avanzando en los procesos clave del funcionamiento de la UE (la promoción de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 a través del Semestre Europeo, la coordinación de la política económica, la consolidación de los progresos de la gobernanza económica, y la información sobre el avance en las políticas de cohesión económica, social y territorial), fijando entre sus prioridades la dimensión social de la UEM, el inicio del cuarto ciclo del Semestre Europeo, con el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento y la intensificación de la lucha contra el trabajo no declarado; y el crecimiento inteligente, sostenible e integrador, mediante el Marco Financiero Plurianual 2014-2020, para apoyar las prioridades de la Estrategia Europa 2020, con numerosas medidas para impulsar la inversión, fomentar el empleo y la inclusión social, desarrollar el capital humano y priorizar las reformas con impacto directo

en el crecimiento y el empleo, con atención especial a la lucha contra el desempleo juvenil, mediante la aplicación de la Garantía Juvenil, esencial para relanzar la creación de empleo para los jóvenes y mejorar la transición de la escuela al trabajo, subrayando la importancia de la inversión en educación y en la adquisición de cualificaciones y del aumento de la movilidad de la mano de obra, mediante una cooperación reforzada de los servicios públicos de empleo, y el aprovechamiento del potencial de los sectores clave (economía ecológica, TIC y asistencia sanitaria y social) en fase de crecimiento, de los fondos estructurales y de inversión y de los programas (Programa Europeo de Empleo e Innovación Social EaSI; Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización FEAG; y Fondo de Ayuda Europea para los más Necesitados, FEAD) para el fomento de la educación, la formación, las cualificaciones, el empleo y la cohesión social.

El programa de trabajo de la Comisión 2015, adoptado el 16.12.2014, bajo el lema «un nuevo comienzo» se centró en los grandes retos, como el crecimiento y el empleo, en coherencia con las diez prioridades de las orientaciones políticas del Presidente Juncker, entre ellas las referidas a: un nuevo impulso al empleo, el crecimiento y la inversión, mencionando el Plan de Inversiones y un paquete de medidas de apoyo a los Estados miembros para aumentar el número de trabajadores y velar porque posean las cualificaciones necesarias para progresar y adaptarse a empleos del futuro y contribuir a mejorar la integración en el mercado laboral y promover las cualificaciones; un mercado interior más justo y profundo, con una base industrial reforzada, para ayudar a los Estados miembros a reducir el desempleo mediante reformas estructurales y apoyo a la creación de empleo y a las medidas de empleabilidad, a través de la inversión en conocimiento y cualificaciones, con atención especial a los grupos más vulnerables, como los jóvenes parados y los parados de larga duración, y de favorecer la movilidad laboral, sobre todo, en los casos de las vacantes persistentes y de la falta de adecuación de

las cualificaciones; una UEM más profunda y más justa, para lo que se deberá fortalecer, profundizar y crear condiciones para un crecimiento y empleo sostenibles; y un espacio de justicia y derechos fundamentales basados en la confianza mutua, continuando la lucha contra la discriminación, la defensa de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, incluida la accesibilidad al entorno físico, el transporte, los sistemas y las TIC, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y la mayor participación de éstas en el mercado laboral.

1.2. Los programas de trabajo de las Presidencias del Consejo

El programa de trabajo de la Presidencia griega, durante el primer semestre 2014, señaló como retos más importantes afrontar el impulso del crecimiento, la competitividad y el empleo y la garantía de la estabilidad y la prosperidad para todos, promoviendo políticas y acciones para lograr el crecimiento, combatir el desempleo, fomentar la cohesión económica y social y las reformas estructurales, profundizar la integración y la culminación de la UEM, centrando su actuación prioritariamente en el crecimiento, el empleo y la cohesión, considerando que, en un período en el que el desempleo ha alcanzado tasas inaceptablemente elevadas en varios Estados miembros, que afectan especialmente a la juventud, y cuando la recesión es una amenaza constante para las economías europeas, el crecimiento se convierte en una cuestión capital para la economía, la cohesión social y la estabilidad política de la Unión, y las acciones a desarrollar deberían orientarse a revertir la tendencia negativa del empleo y a impulsar su creación para evitar el crecimiento sin empleo, a través de políticas de promoción del crecimiento creador de empleo, lanzando el diálogo en áreas de actividad económica con un potencial de crecimiento alto y con creación de empleo; y en relación con la evaluación intermedia de la Estrategia Europa 2020, dar continuidad a las iniciativas del Consejo Europeo de 27 y 28.06.2013

para fortalecer la lucha contra el paro juvenil y profundizar en la nueva arquitectura de la UEM, especialmente en el diálogo político, en su dimensión social, que se integrará en el Semestre Europeo 2014, adoptando un nuevo marcador social, contribuyendo al correcto funcionamiento de la eurozona y a la reconciliación de los ciudadanos con el proyecto europeo, impulsando una coordinación más fuerte entre las políticas económica, de empleo y social, fortaleciendo el papel de los interlocutores sociales, promoviendo el empleo, en particular el juvenil, además de adoptar una Recomendación para establecer un Marco de Calidad para los periodos de prácticas y una orientación general sobre el Reglamento para la recreación de EURES, finalizar las negociaciones con el Parlamento Europeo para la modificación de la Directiva sobre el desplazamiento de los trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios, iniciar el proceso de creación de una Plataforma de lucha contra el trabajo no declarado y la promoción del Programa EaSI y del instrumento de microfinanciación y emprendimiento social.

El programa de trabajo del trio de Presidencias (Italia, Letonia y Luxemburgo) para el segundo semestre de 2014 y 2015 fijó como objetivo principal superar la crisis económica y financiera e impulsar el crecimiento, fortalecer la capacidad de disponer de más empleos, salvaguardar los derechos fundamentales y jugar plenamente el papel de la Unión en un mundo en cambio, reiterando que una de sus prioridades continuaría siendo la creación de empleo y la lucha contra la pobreza y la exclusión, poniendo el énfasis en la movilidad, el diálogo social, la creación de empleo de calidad, las reformas estructurales del mercado laboral y la inversión en capital humano mediante la educación y la formación profesional, el empoderamiento y la empleabilidad de los jóvenes y la aplicación de las iniciativas de lucha contra el desempleo juvenil, en particular, los regímenes de Garantía Juvenil, la Iniciativa de Empleo Juvenil (IEJ) y la financiación del FSE, atendiendo también al desarrollo de políticas de protección social, su financiación,

su eficiencia y eficacia; a los cuidados de larga duración y a la adecuación de las pensiones, comprometiéndose a revisar la Estrategia Europa 2020.

En el programa operativo, las tres Presidencias se propusieron destacar el papel del Consejo EPSSCO y de los Comités de Empleo y de Protección Social en el Semestre Europeo, con ocasión de la mejora de su gobernanza y de la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020, de sus aspectos de empleo y sociales, así como de los servicios públicos de empleo en relación con la Estrategia Europea de Empleo, además de continuar trabajando en la dimensión social de la UEM, en la afinación de los indicadores de empleo y sociales, con mayor atención al fortalecimiento del diálogo social en los Estados miembros y en la UE como componente fundamental del modelo social europeo; y en materia de empleo y de mercado laboral, continuar poniendo el acento en la movilidad, el diálogo social, la creación de empleo de calidad, las reformas estructurales de los mercados laborales y la inversión en capital humano, con especial atención a las iniciativas para mejorar la situación del paro juvenil y a los problemas de los colectivos vulnerables para garantizar su integración sostenible en el mercado laboral; en el capítulo de política social;

2. EL DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020 EN EL CUARTO SEMESTRE EUROPEO 2014

2.1. El Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2014

El Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2014, aprobado por el Consejo EPSSCO de 10.03.2014, presenta el balance de la situación económica y social en Europa y fija las prioridades políticas de la UE para 2014, como el lanzamiento del nuevo Semestre Europeo, garantizando la coordinación de las políticas económicas y de los esfuerzos de la UE y sus Estados miembros para promover el cre-

cimiento y el empleo; confirma las previsiones económicas de la Comisión sobre los signos de una lenta recuperación económica en la UE, indicando que se ha alcanzado un punto de inflexión en la crisis, aunque la recuperación es todavía modesta y frágil y el contexto económico global presenta incertidumbres, y que los signos de las mejoras económicas deberían tomarse como un estímulo para continuar los esfuerzos con determinación, evitando los riesgos de retroceso, la complacencia o la fatiga de la reforma; constata que su publicación se produce al tiempo que se implantan por primera vez en su totalidad las nuevas reglas de coordinación de las políticas presupuestarias, recordando que el papel de la Comisión respecto de los proyectos de planes presupuestarios para 2014 es el de revisar si los Estados miembros adoptan las medidas para establecer los objetivos acordados en la UE antes de la adopción definitiva de aquéllos, y que en paralelo al fortalecimiento de la gobernanza económica en la UE, se vienen celebrando debates sobre un mayor desarrollo de la UEM, en cuyo marco la Comisión ha formulado propuestas sobre su dimensión social y ha publicado comunicaciones sobre la coordinación ex ante de los principales planes de reforma de política económica, y que 2014 será el primer año de aplicación del nuevo Marco Financiero Plurianual que dispondrá de más de 400 millones de euros para impulsar el crecimiento y el empleo a escala nacional y regional, en apoyo de los objetivos de la Estrategia Europa 2020.

Considerando todos estos elementos, se entiende que es esencial mantener el rumbo de la respuesta política de los últimos años, conservando las mismas prioridades a medio plazo, sin perjuicio de adaptar su ejecución a las circunstancias económicas y sociales, por lo que los Estados miembros y la UE deberían continuar centrando su atención, reforzándola en algunos casos, en:

- la profundización del Semestre Europeo, poniendo de manifiesto las importantes medidas adoptadas por los Estados miembros para reformar los mercados laborales y mejo-

rar su resiliencia, combatir la segmentación y promover la participación en ellos, con particular atención a las políticas para reducir los inaceptablemente elevados niveles de desempleo juvenil, para lo que se ha puesto en marcha la Garantía Juvenil, a pesar de lo cual la situación del empleo tardará en mejorar; señalando la necesidad de: mejorar algunos aspectos de la nueva gobernanza económica, para desarrollar todo su potencial, con: mayor implicación de los parlamentos nacionales, los interlocutores sociales y la sociedad civil, para garantizar la comprensión y la aceptación de las reformas necesarias por parte del público, para lo que la Comisión recomienda debatir los PNR y los Programas de Estabilidad y Convergencia con los parlamentos nacionales y con las otras partes pertinentes; reforzar la coordinación entre los miembros de la eurozona, tras identificar aspectos relativos a la productividad y la competitividad, las debilidades de los mercados laborales y de productos, que deberían abordarse globalmente, eliminando las rigideces en algunos Estados miembros, para crear nuevas oportunidades; y aplicar mejor las recomendaciones específicas por país, considerando que los gobiernos de los Estados miembros deberían ser conscientes de que las decisiones políticas que adopten a nivel nacional son de interés común y deben tener en cuenta los intereses de los otros Estados miembros.

– la lucha contra el desempleo y las consecuencias sociales de la crisis, recordando: que el impacto social de ésta todavía se siente con fuerza; que las tasas de desempleo permanecen históricamente altas (11% de promedio en la UE en julio de 2013, con una tasa de desempleo juvenil del 23,4%), sin previsión de mejora rápida y con una incidencia especialmente negativa en los colectivos más desfavorecidos; y el número de personas en riesgo de pobreza, el riesgo creciente del desempleo estructural y el aumento de las salidas del mercado de trabajo, con los consiguientes efectos negativos sobre el potencial de crecimiento de la UE; plantea, dado que todavía transcurrirá un tiempo hasta que el mercado laboral y

la estructura social en Europa se recuperen, la necesidad de su fortalecimiento al tiempo que la economía sale de la crisis, proponiendo como prioridad inmediata la aplicación y el desarrollo de reformas dirigidas al funcionamiento del mercado laboral para aumentar la participación en él, que incluyen impulsar la creación de empleo en los sectores en expansión, mantener la empleabilidad de la mano de obra, especialmente de los parados de larga duración y de los colectivos más vulnerables mediante asistencia activa y la formación de los desempleados, garantizando el papel de las redes de seguridad social.

Por otra parte, se alude a las medidas para estimular la creación de empleo, entre ellas la reducción de la fiscalidad sobre el trabajo, en especial respecto de los trabajadores con retribuciones bajas y los jóvenes, y la garantía de la alineación de los salarios con la productividad, para apoyar la competitividad en cuanto a los costes, además de proseguir con la modernización de la legislación para la protección del empleo, evitar la segmentación del mercado laboral, y combatir el trabajo no declarado, avanzando en el desarrollo de la economía ecológica, fuente de oportunidades de empleo en los próximos años, y de los marcos estratégicos en los que las políticas del mercado laboral y de cualificaciones jueguen un papel activo, con especial atención a la movilidad laboral, que se deberá beneficiar del fortalecimiento de la red EURES, y a las actuaciones para mejorar los resultados en materia de educación y cualificaciones, habida cuenta de los datos de la OCDE, según los cuales el 20% de la mano de obra de la UE presenta una importante carencia de cualificaciones, y el 25% de los adultos no están capacitados para utilizar las TIC, lo que produce estrangulamientos y desajustes en numerosos empleos y profesiones y reduce la capacidad para adaptarse y progresar en el mercado laboral, que exigen invertir en la modernización de los sistemas de educación y de formación profesional incluido el aprendizaje permanente, en particular a través de sistemas duales, y facilitar el tránsito de la escuela al trabajo,

umentando la disponibilidad de aprendizaje y de periodos de prácticas de buena calidad, para lo que se contará con los planes de ejecución de la Garantía Juvenil y los recursos de la IEJ y del FSE.

El Consejo EPSSCO aprobó también unas Conclusiones sobre el Estudio Prospectivo 2014, en las que establece que el aumento de los niveles de competitividad y la mejora de la productividad para crear empleos sostenibles continuará siendo una de las prioridades en Europa, confirmando que las reformas están produciendo sus efectos, en particular, las del Semestre Europeo, con resultados satisfactorios en un corto periodo de tiempo respecto de la coordinación más profunda de las políticas económicas de los Estados miembros; destaca la necesidad de desarrollar más la participación en el Semestre Europeo, en particular, respecto de las recomendaciones específicas por país, y que la eurozona necesita avanzar en la coordinación de determinadas áreas políticas clave y en la evaluación de las recomendaciones de sus miembros, teniendo en cuenta las comunicaciones de la Comisión y el plan de acción de la UEM para fortalecerlo; prevé que las orientaciones incluidas en él sean debatidas en la UE para preparar el Consejo Europeo de 20 y 21.03.2014 y la próxima ronda de programas nacionales y de recomendaciones específicas por país, para lo que la Comisión colaborará con las autoridades nacionales, incluidos sus parlamentos, otras instituciones de la UE, los interlocutores sociales y las partes interesadas, a fin de crear un sentimiento compartido de apropiación y avanzar para establecer los fundamentos de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador; e invita al Parlamento Europeo y al Consejo a aprobar las prioridades establecidas en el Estudio Prospectivo y a proseguir su realización.

Los anexos incluyen: un panorama de las recomendaciones específicas por país 2013-2014, señalando en el apartado sobre políticas de empleo y social, que las dirigidas a España corresponden a las cuestiones de participación, política activa, segmentación del merca-

do laboral, educación y formación, y pobreza e inclusión social; un balance de los progresos realizados por los Estados miembros durante los tres últimos años en la aplicación de las recomendaciones específicas en las principales áreas de la Estrategia Europa 2020, destacando las relativas a: la fiscalidad, donde España figura entre los países que han adoptado medidas de consolidación basadas en los ingresos y en los gastos, y de restricción del acceso a la jubilación anticipada y a formas prolongadas de desempleo, en relación con la legislación para retrasar la edad de acceso a la jubilación; y las importantes reformas para modernizar los mercados laborales, citando a España entre los países que han reformado sus sistemas de negociación salarial para posibilitar mayor flexibilidad en los ajustes, con la consiguiente reducción de los costes laborales unitarios, y los mecanismos de fijación de salarios, y han modernizado la legislación de protección del empleo y de lucha contra la segmentación del mercado laboral, y desarrollado la formación profesional dual y el aprendizaje en prácticas.

2.2. El Informe Conjunto de Empleo 2014

El Informe Conjunto de Empleo 2014, adoptado por el Consejo EPSSCO de 10.03.2014, recoge las tendencias y los retos del mercado de trabajo y sociales en la UE, entre ellos:

- los niveles sin precedentes alcanzados por el desempleo en los 28 Estados miembros, que aumentaron entre 2008 y el segundo cuatrimestre de 2013 del 7,1% al 10,9%, especialmente entre los jóvenes y los hombres, presentes mayoritariamente en los sectores más afectados por la crisis, así como entre los trabajadores con baja cualificación y los nacionales de países terceros; el cese del crecimiento del desempleo a mediados de 2013, coincidiendo con la estabilización por sexto mes consecutivo de la tasa de desempleo en el 11%; la continuidad del aumento del paro de larga duración, que al final del segundo cuatrimestre de 2013 alcanzó 12,5 millones de personas, el 5% de la población activa y se du-

plicó desde 2008 en la casi totalidad de Estados miembros, salvo en dos; y la diferencia del crecimiento del desempleo entre los Estados miembros, particularmente entre los de la eurozona, en una horquilla que oscila del 4,9% al 27,6%, figurando España con el 26,6%, entre los países con una mayor tasa de desempleo en agosto de 2013;

- la persistencia del desempleo de los jóvenes en niveles muy altos, por encima del 23,5% de promedio en septiembre de 2013, con una amplia dispersión entre los Estados miembros, desde el 7,7% hasta el 57,3%, si bien en los últimos meses las diferencias han dejado de crecer; la proporción de jóvenes sin empleo, educación o formación «ni-ni», que ha continuado aumentando entre 2008 y 2011 hasta llegar al 12,9%, manteniéndose en niveles altos en la mayoría de los Estados miembros, en mayor proporción entre las mujeres; el descenso gradual de los niveles de abandono escolar prematuro, que varía entre los Estados miembros respecto de la media del 10%; y la tendencia positiva en el logro del objetivo de llegar al 40% de personas con titulación superior;

- la mejora de las tasas de actividad en muchos Estados miembros a pesar de la crisis, en particular entre los trabajadores de más edad y las mujeres (55 a 64 años); la continuación de la tendencia negativa en la evolución de las tasas de empleo, con un descenso del 2% a final de 2012 y entre el segundo cuatrimestre de 2012 y de 2013 del 0,6% en la eurozona, y del 0,43% en los 28 Estados miembros, y la necesidad de una fuerte modificación de esta tendencia para alcanzar el objetivo principal del 75% para los hombres y las mujeres entre 20 y 64 años;

- la distribución desigual de ganancias y pérdidas en el empleo durante la crisis, manifestada en la reducción de las tasas de empleo de los hombres en más de 3 % desde 2008, mientras que entre las mujeres fue sólo marginal e incluso presentó aumentos el último año, y los aumentos sustanciales entre

los trabajadores de más edad, 3,3 % y 5,0 % en el caso de las mujeres; en cuanto a los niveles de educación, la reducción en el empleo, mayor en el caso de las personas con bajas cualificaciones y menor entre las de niveles de educación altos; por sectores, las mayores pérdidas se han registrado en la construcción, 4,5%, agricultura, 1,5% y manufactura, 1,2%, mientras que se han producido incrementos importantes en TIC, 2,5% entre los segundos cuatrimestres de 2012 y 2013; finalmente, la contracción del pleno empleo por cuarto año consecutivo, descendiendo en 8,3 millones, 4,6% desde el último cuatrimestre de 2008, frente al crecimiento del 6,4% del empleo a tiempo parcial, con 2,5 millones más de trabajadores a partir del periodo citado;

- las diferencias del crecimiento del empleo entre los países, ya que mientras hasta el segundo cuatrimestre de 2012 fue especialmente negativo en algunos, entre ellos España, desde esta fecha ha aumentado en otros, y en los países de la eurozona, los principales se han comportado relativamente bien mientras que los del sur han continuado su declive; la probable escasa mejora del empleo en el futuro, como resultado de los incrementos previstos en el PIB, especialmente en determinadas áreas y sectores como el de las TIC, los servicios de salud y la economía ecológica, con importantes expectativas de creación de nuevos empleos hasta 2015; y la dinámica del empleo caracterizada principalmente por un descenso en la tasa de búsqueda de empleo, que en el periodo 2008-2012 afectó a 24 Estados miembros, aumentando solamente en 3;

- la segmentación del mercado laboral, que continua siendo considerable, como evidencia el aumento de los trabajadores temporales en 0,4 puntos porcentuales desde 2011, especialmente jóvenes, caracterizado por la alta presencia de empleos temporales, por encima del 40%, y de empleos a tiempo parcial, por encima del 30% del empleo total en 2012, frente a estas tasas de la población laboral total, que se sitúan en el 14% y el 19%, respectivamente; que las mujeres aparecen sobre-

rrepresentadas en el trabajo a tiempo parcial, 31,9% frente al 8,4% de los hombres en determinados Estados miembros, donde más del 40% de las mujeres trabajan en este régimen; la persistencia de las diferencias retributivas entre mujeres y hombres, y las bajas tasas de transición entre los tipos contractuales de trabajo de menor y de mayor protección;

- el bajo nivel de adecuación entre la oferta y la demanda en el mercado laboral en varios Estados miembros, aunque el promedio de la tasa de empleos vacantes no haya variado mucho en los últimos años, debido al aumento del número de parados y de la proporción de parados de larga duración, que plantea serios retos a las políticas activas del mercado de trabajo y a los servicios públicos de empleo; y la oferta de cualificaciones que parece quedarse atrás respecto de los cambios en la demanda, especialmente de los derivados de la globalización y de la introducción de las nuevas tecnologías, que se manifiesta en el aumento de la demanda relativa de trabajadores con altas cualificaciones en perjuicio de los trabajadores con cualificaciones medias y bajas, así como en el cambio de los tipos de cualificación, centrados básicamente en el sector de las TIC;

- la crisis económica y sus repercusiones en el mercado laboral respecto de los flujos migratorios en la UE, que se manifiesta en: el descenso de la migración procedente de países terceros, 3,7% entre 2010 y 2011; el aumento de la migración desde la UE a países terceros, 14% en las mismas fechas, a causa del retorno a sus países de origen; y el cambio de pautas en los movimientos migratorios dentro de la UE, con aumento importante desde los países del sur, todavía relativamente bajo comparado con los procedentes del este y del centro de Europa;

- la amenaza al crecimiento potencial y la competitividad en Europa por las deficiencias estructurales de las cualificaciones, que evidencia que el 20% de la población en edad laboral posee cualificaciones muy bajas, proporción que en algunos países, entre ellos

España, es incluso mayor, frente a solamente 3 Estados miembros con una elevada proporción de personas con muy buenas cualificaciones, mientras que la mayoría no se acercan al máximo nivel de otros países de fuera de Europa; circunstancia ésta en la que 10 Estados miembros, incluida España, habían reducido sus gastos en términos absolutos y 20 la proporción relativa del PIB dedicada a educación;

- la acomodación de los desarrollos salariales a las necesidades de reequilibrio, de modo que sigan siendo coherentes con las necesidades de ajustar los desequilibrios externos y reducir el desempleo; y la reducción de los costes laborales unitarios y la moderación salarial, que ha llevado a la disminución de los ingresos del trabajo en varios Estados miembros, entre ellos España, sin que el aumento de los márgenes de beneficio se haya visto acompañado del aumento en las inversiones;

- la elevada presión fiscal en muchos Estados miembros que aumentó en algunos casos, reflejada en los aumentos del IRPF en 19 Estados miembros, añadido al de la contribución a la seguridad social de los trabajadores en 18 Estados miembros y de los empleadores en 11;

- la lucha contra el trabajo no declarado, dadas sus implicaciones negativas, que afectan a los objetivos macroeconómicos, a la calidad y a la productividad del trabajo y a la cohesión social, al reducir los ingresos fiscales y la financiación de los sistemas de seguridad social, mientras que desde una perspectiva microeconómica, el trabajo no declarado y otras formas atípicas de empleo distorsionan la competencia entre las empresas, crean dumping social e inhiben la creación de empleo regular con plena protección social.

La aplicación de las orientaciones para las políticas de empleo centradas en las reformas de la política de empleo y de la política social es otra de las cuestiones que aborda el Informe Conjunto de Empleo 2014, al presentar las reformas y las medidas adoptadas por los Estados miembros en los últimos 12 meses a par-

tir de las prioridades y de las recomendaciones del Semestre Europeo 2013, recogidas en los PNR y a tenor de los resultados reflejados en los Indicadores de Resultados de Empleo (IRE) y de Protección Social (IRPS), contando con el apoyo del FSE para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 en la lucha contra el desempleo, con especial atención a la juventud, y a las posibilidades de realizar trabajos en prácticas y desarrollar el aprendizaje para la recalificación y la mejora de las competencias profesionales, de la educación, del apoyo a la inclusión social y de la capacidad administrativa institucional. Con este fin, se pasa revista de forma detallada a las actuaciones de los Estados miembros en relación con las directrices integradas de la Estrategia Europa 2020 en el ámbito de las políticas social y de empleo, referidas a:

- el crecimiento de la participación en el mercado laboral, destacando entre las medidas adoptadas por los Estados miembros la continuidad de sus actuaciones para reforzar las políticas activas del mercado laboral, entre ellas las puestas en práctica por algunos para reforzar el ajuste entre la oferta y la demanda; las dirigidas a incrementar la eficiencia y la eficacia de los servicios públicos de empleo, mediante la contratación de orientadores profesionales, el avance en el reconocimiento de las agencias privadas en actividades de colocación y en la mejora en la fijación de objetivos o el fortalecimiento de los elementos de activación y la prestación de servicios individualizados; la introducción de medidas específicas para acercar al mercado laboral a los desempleados procedentes de grupos desfavorecidos, (personas con discapacidad, parados de larga duración y migrantes); la situación de los jóvenes en el mercado laboral, con la introducción anticipada de algunos elementos de la Garantía Juvenil, entre ellos la reducción de los costes laborales no salariales y el trabajo en prácticas, además del desarrollo de proyectos piloto dentro del proceso de elaboración de los sistemas de aplicación de la Garantía Juvenil, para que puedan estar operativos a partir de enero de 2014, que en el caso de España se

ha traducido en la aprobación de la Estrategia para el Emprendimiento y el Empleo Juvenil 2013-2016; la promoción de medidas para afrontar las tasas de empleo femenino y conciliar trabajo y vida privada, introduciendo cambios en los servicios de atención y educación en las primeras etapas de la infancia, y revisando la regulación de los permisos parentales; la promoción de iniciativas de empleo para afrontar los obstáculos para la prolongación de la vida laboral, mediante incentivos a los empleadores para la contratación de trabajadores mayores, la permanencia durante más tiempo en el mercado de trabajo, el estímulo para el empleo de los trabajadores de más edad y la mejora de las perspectivas de empleo de los jóvenes; las modificaciones en el nivel de los salarios mínimos o de los salarios públicos, ya que mientras algunos han registrado aumentos, otros han sido congelados o reducidos en el sector público; los mecanismos de fijación de los salarios, incluyendo la indexación salarial y los procesos de negociación colectiva, destacando la suspensión temporal o modificación de la indexación en algunos Estados miembros, y el acuerdo alcanzado en España para la moderación salarial en 2012-2014; las medidas fiscales para fomentar la creación de empleo; la continuidad en el apoyo a las iniciativas para explorar sectores con capacidad de creación de empleo; las subvenciones a los empleadores y la promoción del emprendimiento a fin de crear demanda laboral, para lo que algunos países han reducido las contribuciones a la seguridad social para impulsar el autoempleo y han apoyado la contratación de trabajadores de determinados colectivos (personas con discapacidad y jóvenes); la adopción de medidas para abordar la cuestión del trabajo no declarado, entre ellas el fortalecimiento de las disposiciones sancionadoras; y la introducción de cambios en la legislación sobre la protección del empleo, recogidos en las recomendaciones específicas a algunos Estados miembros;

- el desarrollo de una mano de obra cualificada, presentando las medidas adoptadas para que la mejora de la oferta de cualifica-

ciones y la promoción del aprendizaje entre los adultos se configure como una prioridad en varios Estados miembros; y la introducción de medidas para facilitar la transición desde la educación y la formación al trabajo, mediante el desarrollo del aprendizaje y de las prácticas laborales; y

- la mejora de la calidad de los sistemas de educación y formación, presentando las medidas adoptadas por varios Estados miembros, centradas en la mejora de los sistemas de educación y formación profesional, para responder mejor a las necesidades del mercado laboral y establecer las bases o revisar los sistemas de educación profesional dual; la puesta en práctica de marcos de cualificación para relacionar mejor la educación general, la formación y la educación profesional y la educación superior y mejorar la transparencia transfronteriza de las cualificaciones; los cambios importantes introducidos en la enseñanza superior; y las medidas para mejorar los sistemas de educación primaria y secundaria.

El Informe Conjunto de Empleo 2014 se ocupa también de la primera versión del Cuadro de indicadores clave de empleo y sociales, aprobado por el Consejo EPSSCO de 09.12.2013, para su utilización en el Semestre Europeo 2014, que presenta un panorama de las tendencias socioeconómicas divergentes recientes en la UE, identificando los desarrollos más notables producidos en los Estados miembros respecto de cada uno de los cinco indicadores y los retos clave de empleo y las tendencias sociales a partir del IRE y del IRPS; y los aspectos en los que pueden detectarse las evoluciones más preocupantes y los niveles que justifican un análisis más profundo y respuestas políticas más contundentes, referidos a: la evolución del indicador en un año determinado, por comparación con anteriores periodos (tendencia histórica); la diferencia entre el promedio de las tasas medias de la UE y de la eurozona; y la variación en años consecutivos de los indicadores como expresión de la dinámica de la convergencia o divergencia socioeconómica entre ellos, señalando:

- respecto de la tasa de desempleo, la evolución de las diferencias existentes entre los países de la UE, algunos estabilizados en las cifras de 2008, y otros creciendo desde esta fecha en 7 puntos porcentuales o más, llegando a más de 15; la contribución de la unión monetaria a mediados de la década 2000-2010 a la convergencia de las tasas de desempleo debido al aumento de la demanda asociada a las entradas de capital en algunos países después de la introducción del euro, mientras que la crisis económica y financiera provocó la divergencia en mucha mayor escala, por el lento proceso de desapalancamiento y la incertidumbre sobre las perspectivas de recuperación en otros, traducido también en los elevados costes de los préstamos; y que en 5 Estados miembros la situación del desempleo es más alarmante, muy por encima del promedio de la UE y de la eurozona, con un aumento relativamente rápido comparado con las tendencias históricas y con otros Estados miembros, mientras que 3 presentan un aumento significativo de las tasas de desempleo en los últimos años;

- sobre la tasa de desempleo de jóvenes, que en el periodo 2008-2012 evolucionó de forma diferente en la UE, pues mientras apenas aumentó en algunos Estados miembros del núcleo central del euro y en otros por encima de 15 puntos porcentuales, hasta alcanzar los 30 puntos, en alguno se redujo; que la tasa de desempleo de los «ni-ni», similar a las observadas en la evolución del desempleo, superó el 20% en 3 países; y que el desempleo y la inactividad de los jóvenes preocupa especialmente, dados los efectos sobre su empleabilidad y productividad futuras, amenazando con una mayor divergencia en las bases socioeconómicas en la UEM y en la UE a largo plazo; concluyendo que la situación de los jóvenes, particularmente los «ni-ni», es alarmante en varios Estados miembros en cuanto al nivel y a la tendencia en su evolución;

- en cuanto a la variación real en la renta bruta disponible en los hogares, que ha aumentado en los países del norte y del núcleo central del euro, mientras que en los países de la periferia se ha estancado o declina a partir

de 2009, debido a la reducción de los ingresos y al debilitamiento de los estabilizadores automáticos, al reforzamiento y las modificaciones en los sistemas fiscal y de prestaciones, que han afectado al empleo, y a los recortes en los salarios en el sector público, lo que ha contribuido al aumento de las diferencias en la eurozona, de modo que en 2012, 11 Estados miembros habían experimentado desarrollos negativos significativos.

- respecto de la tasa de riesgo de pobreza de la población en edad laboral, que en 7 Estados miembros ha aumentado desde 2008, por encima de 2 puntos porcentuales, y a partir de 2009, con menor intensidad, se ha incrementado también en otros 5, debido al largo periodo de crecimiento negativo o próximo a cero del PIB, al aumento del paro de larga duración y al debilitamiento de los estabilizadores automáticos, que han afectado a los niveles del riesgo de pobreza en estos países, manteniéndose esta tendencia entre 2011 y 2012;

- a propósito del ratio S80/S20, sobre las desigualdades, el crecimiento de la desigualdad en los ingresos entre los Estados miembros, especialmente en los del sur y la periferia de la UE, que presentan los mayores incrementos en el desempleo; y la intensificación de la polarización de los salarios y de la segmentación del mercado laboral que, junto a una fiscalidad y sistemas de prestaciones menos redistributivos han favorecido su aumento, así como una amplia dispersión y el aumento de la divergencia entre los Estados miembros.

Los Mensajes Clave del Informe Conjunto de Empleo 2014, adoptados por el Consejo EPSSCO de 10.03.2014, ponen de manifiesto la preocupación por la situación del empleo y social, ya que a pesar de que las previsiones económicas apuntan a una ligera recuperación, las consecuencias de la crisis en forma de altos niveles de paro, con más de 26,8 millones de personas en busca de trabajo, con la renta de los hogares cayendo y con el aumento de las desigualdades en muchos países, especialmente en los que están aplicando programas

de ajuste, con consecuencias que, a corto plazo, representan un obstáculo considerable para el crecimiento y, a largo plazo, una amenaza para la competitividad, debido a la transformación del desempleo en estructural; y que la distinta manifestación en los Estados miembros del impacto de la crisis sobre el crecimiento, según el Cuadro de indicadores sociales y de empleo, se considera esencial en la agenda del Consejo Europeo para el fortalecimiento de la dimensión social de la UEM; constatan que los efectos de las reformas importantes del mercado laboral, para aumentar su resiliencia, combatir la segmentación y promover la participación en él, y de la política social, para abordar las consecuencias negativas de la crisis y afrontar con éxito los retos del envejecimiento, la aparición de nuevas demandas de protección social y los cambios estructurales en la economía y en la sociedad, tardarán algún tiempo en manifestarse plenamente, en especial respecto de los jóvenes y del paro de larga duración; que debe priorizarse la aplicación ambiciosa y el seguimiento de las reformas para abordar el funcionamiento del mercado laboral y aumentar la participación en él, mediante la lucha contra la segmentación, el impulso de las fuentes de empleo en los sectores en expansión, la conservación de la empleabilidad, incluida la de los parados de larga duración y los colectivos más vulnerables, y la incorporación de las personas inactivas al mercado de trabajo; que la creación de empleo necesita del retorno a un crecimiento económico fuerte y de la normalización del flujo del crédito; y por todo ello, que las políticas para generar el buen funcionamiento del mercado laboral se deben concentrar en: incentivar la creación de más y mejores empleos; abordar el paro juvenil en todas sus formas; prevenir y reducir el paro de larga duración; aumentar la participación en el mercado laboral; abordar los desajustes y los estrangulamientos en las cualificaciones profesionales; proteger la inversión a largo plazo en educación; aumentar la movilidad laboral; mantener la coherencia entre la evolución de los salarios y la productividad; establecer la reforma equilibrada de la legislación protectora del empleo; y proseguir

los esfuerzos para combatir el trabajo no declarado.

Finalmente las Conclusiones del Consejo sobre las orientaciones políticas para las políticas de empleo y social, adoptadas por el Consejo EPSSCO, de 10.03.2014, frente a las previsiones que confirman las señales de un crecimiento lento, modesto y frágil, y señalan que las consecuencias de la crisis continuarán afectando al crecimiento durante bastante tiempo, con altos niveles de desempleo, reducción en las rentas de los hogares y aumento de las desigualdades, lo que hace que el número de personas en situación de riesgo de pobreza o de exclusión social se sitúe en el 25% de la población total, como se detalla en los IRPS, tras destacar: que acoge favorablemente la continuidad de las prioridades políticas del cuarto Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento, que garantizan la estabilidad del marco político general; y que por primera vez el Informe Conjunto de Empleo contiene un Cuadro de indicadores de empleo y sociales clave, que puede ayudar a apoyar la contribución del Consejo a la agenda para el fortalecimiento de la dimensión social de la UEM y representa una herramienta adicional al art. 148 TFUE y al Semestre Europeo, por lo que debe continuar la mejora del Cuadro y la afinación de su alcance operativo con vistas al Semestre Europeo 2015; y la confirmación de los objetivos políticos generales de las políticas sociales adoptados en las Conclusiones de 2013, a partir del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento, del Informe Conjunto de Empleo y de las orientaciones estratégicas del Consejo Europeo, propone las siguientes orientaciones para las políticas de empleo y social referidas a:

- La profundización del Semestre Europeo, de modo que: los logros derivados de la aplicación de las recomendaciones específicas, que están afectando de forma positiva a los déficits públicos, la competitividad y los desequilibrios económicos, deben traducirse en aumento del empleo, mejores ingresos y condiciones de vida, menos desempleo, pobreza

y exclusión social, y el impulso de la reforma debe mantenerse, a través del examen multilateral de la aplicación de las actuaciones recomendadas, considerando esencial para la aplicación de las reformas la plena apropiación del proceso de reforma a nivel nacional y la participación de los interlocutores sociales o de otras partes interesadas; sin el retorno a un fuerte crecimiento económico y la normalización del crédito es improbable que la creación de empleo pueda mejorar significativamente a corto plazo y llevar a cabo las necesarias reformas del mercado laboral se volverá cada vez más difícil, por lo que reitera que el factor más importante para mejorar los mercados de trabajo en la UE es crear más y mejores empleos; las medidas de reforma de los mercados laborales y para aumentar su capacidad de recuperación, combatir la segmentación y promover la participación en ellos, ya manifiestan algunos resultados y su progreso con diferente intensidad en los Estados miembros; un nivel más alto de participación de las mujeres en el mercado laboral es esencial para aumentar el potencial de crecimiento de la UE y para afrontar los retos demográficos; la aplicación ambiciosa de las políticas acordadas servirá de apoyo a la recuperación económica y a la creación de empleo en 2014/15; y las lecciones de los últimos años exigen atender a las sinergias entre las reformas de los mercados laborales y de productos, destacando la importancia de profundizar en el mercado interior; y que las reformas de la política social deben ser integrales, con enfoques universales y concretos, y una protección social adecuada para promover la activación y apoyar la empleabilidad de los jóvenes y de los trabajadores mayores así como la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral;

- el apoyo a la creación de empleo y la lucha contra el desempleo, para lo que se reiteran las conclusiones del Consejo Europeo sobre la prioridad al aumento de la competitividad, el apoyo a la creación de empleo y la lucha contra el desempleo, especialmente de los jóvenes, incluidas la plena aplicación de la Garantía Juvenil y la continuidad de las

reformas del mercado laboral, señalando que las políticas deberían centrarse en: abordar el desempleo juvenil en todas sus formas, a través de la vigilancia multilateral del Comité de Empleo sobre la aplicación de las Recomendaciones relativas al desempleo de los jóvenes que ilustran la importancia de la aplicación de la Garantía Juvenil y su visibilidad, la de los enfoques integrales y coordinados con la implicación de los actores a escala nacional, regional y local, que requiere un equilibrio entre las medidas a corto plazo para ayudar a los jóvenes y las reformas estructurales a largo plazo, por lo que los Estados miembros deberían concentrarse en poner en marcha la Garantía Juvenil y abordar los retos de su aplicación, para alcanzar a todos los «ni-ni»; reforzar los incentivos fiscales y de otro tipo para la creación de empleo, ya que, reconociendo el papel de la Seguridad Social y la provisión de servicios, subsiste espacio para rediseñar los sistemas fiscales, trasladando la carga fiscal del trabajo a otros elementos menos perjudiciales para el empleo, especialmente en el caso de las bajas retribuciones, incluyendo a los trabajadores jóvenes; prolongar la vida laboral y aumentar la participación en el mercado laboral de todos los grupos y en especial de las mujeres; reforzar las medidas activas y los servicios públicos de empleo para ayudar a los desempleados; continuar la modernización de los sistemas de educación y de formación profesional, incluido el aprendizaje permanente, y abordar los desfases en las cualificaciones; garantizar la coherencia de la evolución de los costes laborales con la productividad; aumentar la movilidad laboral; reformar la legislación protectora del empleo para ayudar a remediar la persistente segmentación del mercado laboral; y continuar la lucha contra el trabajo no declarado;

- el desarrollo de la participación y la mejora de la gobernanza, para lo que es esencial aumentar el grado de compromiso, la apropiación y aplicación de las políticas y reformas, apoyado por una legitimidad democrática fuerte y una responsabilidad al nivel en el que se toman y aplican las decisiones, dado que las

reformas del mercado laboral requieren, para tener éxito, el consenso y la estrecha interacción entre el gobierno y los interlocutores sociales y otras partes interesadas.

Para terminar, el Consejo invita a los Estados miembros a reflejar las prioridades del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento y del Informe Conjunto de Empleo en sus PNR y poner en marcha políticas para abordar las recomendaciones específicas por país 2013, y considerar las conclusiones políticas de las revisiones en profundidad del IRPS y los resultados de la vigilancia multilateral de los Comités de Empleo y de Protección Social, para el diseño de sus políticas; invita conjuntamente a los Comités de Empleo y de Protección Social a continuar el trabajo sobre el Cuadro de indicadores de empleo y sociales y fortalecer su coherencia con el IRE y el IRPS; invita al Comité de Empleo, a que presente al Consejo sus puntos de vista sobre las revisiones en profundidad realizadas en el PDM y aplicar los métodos de trabajo revisados entre el Comité y los interlocutores sociales europeos; y tome nota de la contribución de éstos al Informe anual sobre la situación social de la UE; e invita a la Comisión a adoptar el paquete de recomendaciones específicas por país a la luz de las lecciones del Semestre Europeo 2013 para facilitar el trabajo del Consejo y profundizar en el examen multilateral de las recomendaciones propuestas; y trabajar con los Estados miembros para mejorar la actualización de los indicadores sociales y de empleo.

En Anexo se incluye el método de trabajo para desarrollar la cooperación de los interlocutores sociales con el Comité de Empleo en relación con el Semestre Europeo, en el marco de la gobernanza de éste, según lo previsto en el art. 150 TFUE a propósito de la consulta del Comité con los representantes de los empleadores y de los trabajadores, y del compromiso asumido por él, previsto en su contribución a la dimensión social de la UEM, para garantizar la legitimación y la participación de los interlocutores sociales en el Semestre Europeo a escala nacional y europea, teniendo en cuenta la De-

claración de 24.10.2013 de éstos sobre su implicación en la gobernanza económica europea.

De esta forma, se establecen los principios clave de habrán de orientar el trabajo conjunto del Comité de Empleo y los interlocutores sociales, que son los de: eficiencia, de modo que sin necesidad de crear nuevas estructuras o mecanismos se mejore el funcionamiento y la coordinación mediante la adaptación de los ya existentes; calidad, como elemento base para la mejora de las relaciones de trabajo, asumiendo la importancia de la interacción más estrecha entre el Comité de Empleo y los interlocutores sociales europeos; oportunidad, ya que los debates deberían producirse en momentos clave en el calendario del Semestre Europeo; apertura y buena preparación, a partir de la nota preparada por el equipo de apoyo del Comité de Empleo; cooperación en la aplicación y el seguimiento del Semestre Europeo, que debe reflejarse en las consultas del Comité a los interlocutores sociales en las diferentes etapas de éste; en el momento de su lanzamiento, en diciembre/enero, entre la adopción del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento y el Consejo EPSSCO de primavera, para debatir sobre el contenido del Semestre, y del Informe Conjunto de Empleo, y recibir las opiniones de los interlocutores sociales antes de la preparación de las Conclusiones del Consejo y de la elaboración del texto final de los mensajes clave; al finalizar la evaluación de las aplicaciones específicas por país, en mayo, antes de terminar la elaboración del dictamen del Comité sobre los PNR y la aplicación de las recomendaciones específicas del año precedente, mediante la vigilancia multilateral, cuando los interlocutores sociales podrán aportar su opinión sobre la trascendencia y la aplicación de las recomendaciones, garantizando así una influencia significativa en el debate sobre las nuevas durante el mes de junio, además de ser invitados a la sesión introductoria de la revisión por país; al debatir las recomendaciones específicas por país, en junio, para conocer su reacción inicial sobre la orientación general del proyecto, inmediatamente después de la adopción de éste por la Comisión y antes de la primera negociación

en el Comité; y la participación de los interlocutores sociales europeos en la elaboración de los indicadores relevantes para la comparación de las realizaciones y el progreso en el logro de los objetivos, de modo que el Comité de Empleo debata y reciba las opiniones de éstos sobre el Cuadro de indicadores incluido en el Informe Conjunto de Empleo, en cuya mejora el Comité continuará trabajando para afinar su alcance operativo; y durante la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020, en 2014 y al comienzo de 2015, implicándolos y fijando con ellos el procedimiento a seguir; en la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, en cuya preparación el Comité de Empleo elaborará un documento independiente sobre temas relacionados con el Semestre Europeo para que el Consejo EPSSCO prepare la reunión previa al Consejo Europeo de marzo, y trabajará con la Presidencia para garantizar que los principales mensajes procedentes de sus contactos con los interlocutores sociales sobre las prioridades futuras puedan ser compartidos con el Consejo EPSSCO antes de la Cumbre Social Tripartita de octubre; en el Diálogo Macroeconómico, mediante las aportaciones del Comité de Empleo para la reunión de éste a nivel técnico, asegurando la retroalimentación de los debates; en la Reunión Informal de ministros EPSSCO, en la que participa el Presidente del Comité de Empleo, así como en la sesión de trabajo de la troika presidencial con las organizaciones de los interlocutores sociales europeos, sin olvidar la participación de éstos en los talleres en los que se debaten cuestiones políticas relevantes; y en el Programa de Aprendizaje Mutuo sobre la Estrategia Europea de Empleo, en el que el Comité de Empleo trabajará con la Comisión para explorar cómo implicar más estrechamente a los interlocutores sociales.

2.3. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2014

Tras la orientación general del Consejo EPSSCO de 10.03.2014, aprobada por Decisión del Consejo 06.05.2014 (DOUE L 165, de

4.06.2014), se adoptaron las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2014 que confirman la vigencia de las adoptadas por la Decisión del Consejo de 21.10.2010, que figuraban en el anexo de ésta (*Vid.* Revista MEySS n° 107, páginas 219 a 224).

2.4 El examen de los Programas Nacionales de Reforma 2014 y de la aplicación de las Recomendaciones específicas por país

El Consejo EPSSCO de 19.06.2014 refrendó del Informe del Comité del Empleo tras el examen de los PNR 2014 y de la aplicación de las Recomendaciones específicas por país, que resume el resultado de las revisiones temáticas multilaterales y del examen de los PNR de los Estados miembros para la puesta en práctica de las Recomendaciones específicas por país 2013 sobre el mercado laboral, además de contar con las aportaciones de los Comités de Protección Social, de Educación, y de Política Económica, en el contexto del PDM.

El Informe aborda: la situación del mercado de trabajo y la situación social, que comienza a mejorar, como pone de manifiesto el inicio del descenso de la tasa de desempleo, del 10,9% al 10,4% de abril de 2013 a abril de 2014, la estabilización de la tasa de desempleo de los jóvenes en torno al 22,5% en la UE, y al 23,5% en la eurozona, en abril de 2014, y las previsiones de crecimiento de empleo, del 0,6% en la UE y del 0,4% en la eurozona; una agenda de reforma ambiciosa y de largo alcance a poner en práctica por los Estados miembros, del mercado laboral y del mercado de productos; algunas conclusiones clave extraídas de las revisiones, las que han presentado avances notables, referidas a: los sistemas de fijación de salarios, aun cuando todavía subsisten retos para hacer que las modificaciones salariales reflejen la evolución de la productividad y de la demanda agregada; las reformas en la legislación laboral para facilitar el funcionamiento de los mercados laborales, combatir la segmentación, impulsar la

más rápida reincorporación a ellos, aumentar la productividad y apoyar las transiciones en el empleo suaves, rápidas y seguras; la urgencia de abordar los ajustes en el mercado laboral, para que los sistemas de educación y formación respondan a las necesidades y a la evolución de éstas; la adaptación de los sistemas de seguridad social a la crisis, aportando el apoyo adecuado y los incentivos para la participación en el mercado laboral, mediante la prolongación de la permanencia de los trabajadores mayores en él y el retraso de la edad de acceso a la jubilación; y aquellas en las que el progreso ha sido menos evidente, relativas a: el empleo de las mujeres, en el que sólo se han dado pasos limitados en la provisión de servicios de atención a la infancia; las políticas activas del mercado de trabajo y las reformas de los servicios públicos de empleo, considerando la coexistencia de un elevado nivel de desempleo con un importante número de puestos de trabajo vacantes, así como la lucha contra el paro de larga duración; la aplicación de las recomendaciones de la eurozona sobre el mercado laboral, mediante medidas adoptadas por los Estados miembros con especial atención al empleo de los jóvenes, y las reformas para facilitar su acceso al mercado laboral, prevenir la salida prematura de él, reducir el coste laboral, combatir la segmentación y apoyar la innovación, y a la adopción de una Garantía Juvenil, si bien en la reducción de los costes laborales ha habido pocos progresos; y las reflexiones de los interlocutores sociales sobre las Recomendaciones específicas por país, de los sindicatos, sobre la excesiva atención que se presta a una orientación política sobre la formación de los salarios y el impacto del salario mínimo en el empleo, que consideran inapropiada; de los empleadores, que han acogido favorablemente la continuidad de las propuestas de la Comisión y su focalización en la garantía de la recuperación, el crecimiento y la reducción de la fiscalidad del trabajo; de las pequeñas empresas, que han celebrado la atención prestada al acceso a su financiación; y de las empresas públicas, que han subrayado la necesidad de llevar a cabo inversiones suficientes en servicios, vinculados a la salud y las necesidades sociales; coincidiendo todos ellos

en la acogida positiva a la atención dispensada a las políticas de educación y de cualificaciones y al desempleo juvenil, en particular a la Garantía Juvenil.

Por último, se hace referencia a la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020, esencial para continuar promoviendo un crecimiento rico en empleo y garantizar que los mercados laborales estén en disposición de afrontar los retos que se hacen realidad, debiendo superarse la fatiga reformista por medio de un compromiso sólido y el diálogo con todos los actores, en particular con los interlocutores sociales. En esta perspectiva de futuro, se considera esencial la implicación de las mujeres y los hombres durante todo el ciclo vital; las políticas de cualificaciones, ya que la UE no se puede permitir la pérdida de capital humano y el impacto de la exclusión social por el mal funcionamiento del mercado laboral, en el que el trabajo de calidad debe ser accesible para todos, incorporando una flexibilidad interna y externa, garantizando niveles de seguridad, previniendo y combatiendo el paro de larga duración y garantizando el tránsito de prestaciones pasivas a activas, y la lucha contra el trabajo no declarado; el estímulo de la movilidad laboral, facilitando la transición sin barreras entre empleos, mediante incentivos fiscales, prestaciones y la legislación laboral, con atención particular a la fijación de los salarios y al traslado de la carga fiscal del trabajo a otros parámetros, en el marco de un debate abierto en los Estados miembros, considerando la sostenibilidad de las finanzas públicas y el modelo social europeo, conciliando la adecuación de las rentas con el mantenimiento de la competitividad y los desarrollos de la productividad, y respetando el papel de los interlocutores sociales.

2.5. Las Recomendaciones del Consejo sobre el Programa Nacional de Reformas de España 2014

Adoptado en el Consejo EPSSCO de 19.06.2014, el acuerdo sobre la propuesta de la Comisión de 02.06.2014, y formalizado por el Consejo el 8.07.2014 (DOUE C 247, de

29.07.2014), pasa revista al proceso de la Estrategia 2020 y dentro de él al del Semestre Europeo, desde el 26.03.2010 hasta el 30.04.2014, fecha de presentación del Programa de Estabilidad y del PNR 2014, y pone de manifiesto: que: el mercado laboral da señales de estabilización, previendo una pequeña recuperación en 2014, que permita el aumento del empleo y la reducción del desempleo, a pesar de que la tasa de éste sigue siendo muy elevada, el 26,1% en 2013, en especial entre los jóvenes, el 54,3%, y los parados de larga duración, el 49,7%, afectando más intensamente a los trabajadores menos cualificados y de más edad; que la reforma del mercado de trabajo de 2012 ha contribuido a aumentar la flexibilidad interna de las empresas y a limitar las pérdidas de empleo, al priorizar la negociación de acuerdos colectivos, además de incorporar el compromiso de la moderación salarial para el periodo 2012-2014, reducir los costes de las indemnizaciones por despido improcedente y el número de despidos impugnados judicialmente, e introducir nuevos contratos para promover la estabilidad de los nuevos puestos de trabajo en las PYME; las medidas adoptadas en 2013-2014 para facilitar el empleo estable a tiempo parcial y reducir temporalmente las cotizaciones a la seguridad social de los nuevos contratos indefinidos, pese a que la segmentación del mercado laboral continúa siendo un problema importante, debido a los numerosos tipos de contrato y a la diferencia entre los costes del despido de los contratos temporales y los indefinidos; los avances realizados en la reforma de las políticas activas del mercado laboral, concretados en el Plan Anual de Política de Empleo (PAPE), pese al retraso en la aplicación de las iniciativas de modernización y fortalecimiento del servicio público de empleo, concretamente de la plena activación del Portal Único de Empleo, destacando la necesidad de realizar esfuerzos adicionales en el fomento de la cooperación de éste con las agencias privadas de colocación.

Por otra parte, se hace referencia también a: la inadecuación de la educación y la formación a las necesidades del mercado laboral y al alto porcentaje de desempleados sin cua-

lificación formal, el 35,2%, que contribuyen a la elevada tasa de paro juvenil y de larga duración; el alto porcentaje de jóvenes «ni-ni» que supera la media de la UE; el porcentaje de estudiantes que abandonan prematuramente los estudios o la formación, el 23,5%, citando en relación con estas cuestiones, la aplicación de la Estrategia Nacional de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, de la que todavía no se habían establecido todas las medidas, aunque se habían iniciado actividades para combatir el paro juvenil, conforme a los objetivos de la Garantía Juvenil; los avances en las iniciativas de lucha contra el abandono escolar prematuro y el fomento de la formación profesional dual, considerando indispensable la coordinación entre todas las partes interesadas a todos los niveles de la Administración para racionalizar el sistema y hacer posible una mayor adecuación entre la formación y las necesidades del mercado de trabajo.

Como conclusión el Consejo propone una serie de recomendaciones a España para adoptar medidas en el periodo 2014-2015, consistentes en: considerar la posibilidad de reducir las cotizaciones empresariales a la seguridad social, en particular en el caso de los empleos con salarios reducidos, en el contexto de la adopción, antes de final de 2014, de una reforma fiscal completa que simplifique el sistema impositivo y contribuya en mayor medida al crecimiento y creación de empleo; impulsar nuevas medidas para reducir la segmentación del mercado laboral, en aras de la calidad y la sostenibilidad del empleo, reduciendo la tipología de contratos y garantizando un acceso equilibrado a los derechos de indemnización por despido; proseguir la supervisión de las reformas del mercado laboral; velar por la evolución de los salarios reales coherente con el objetivo de creación de empleo; reforzar los requisitos de búsqueda de empleo para la percepción de las prestaciones por desempleo; mejorar la eficacia y la focalización de las políticas activas del mercado de trabajo, incluidas las ayudas a la contratación, sobre todo para quienes tienen más dificultades de acceso al empleo; reforzar la coordinación entre las políticas del mercado laboral y las de

educación y formación; acelerar la modernización de los servicios públicos de empleo para que presten un asesoramiento personalizado eficaz, proporcionen una formación adecuada y garanticen la correspondencia entre la demanda y la oferta de empleo, con especial atención a los parados de larga duración; garantizar la aplicación eficaz, antes de final de 2014, de las iniciativas de cooperación entre los sectores público y privado en los servicios de colocación, y el funcionamiento efectivo del Portal Único de Empleo, combinándolo con medidas adicionales de apoyo a la movilidad laboral; y supervisar la calidad de los servicios proporcionados; aplicar la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, y evaluar su eficacia, proporcionando ofertas de empleo de buena calidad, contratos de aprendizaje y periodos de prácticas para jóvenes; mejorar el acercamiento a los jóvenes desempleados no inscritos, conforme a los objetivos de la Garantía Juvenil; aplicar eficazmente los nuevos programas educativos para mejorar la calidad de la educación; mejorar el apoyo y el asesoramiento a los grupos con riesgo de abandono escolar prematuro; aumentar la pertinencia para el mercado laboral de los distintos tipos de formación profesional y de la enseñanza superior, mejorando la cooperación con los empleadores y fomentando la formación de tutores y profesores; y aplicar el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2013-2016 y valorar si resulta eficaz para la consecución de la totalidad de sus objetivos; reforzar la capacidad administrativa y la coordinación entre los servicios sociales y de empleo para brindar itinerarios integrados a quienes se encuentren en situación de riesgo; y estimular, entre las administraciones públicas competentes procedimientos racionalizados para facilitar la transición entre los sistemas de renta mínima y la incorporación al mercado laboral.

2.6. La evaluación del cuarto Semestre Europeo 2014

El informe de los Comités de Empleo y Protección Social sobre el Cuadro de Indicadores

clave de empleo y sociales, que según acuerdo del Consejo Europeo debería ser utilizado al inicio del Semestre Europeo 2014 e integrado en el Informe Conjunto de Empleo 2014, con él que se garantiza una mayor visibilidad y se facilita la identificación de las principales tendencias en materia social y de empleo que pueden afectar al buen funcionamiento de la UEM y al seguimiento más estrecho del Semestre, en el que los Comités citados y la Comisión deben continuar trabajando para su mejora en futuras ediciones, refrendado por el Consejo EPSSCO de 19.06.2014, subraya: el importante paso adelante que supone el Cuadro para la visibilidad política de los retos de empleo y sociales, para identificar en sus estadios más tempranos los problemas más serios en estas áreas y las principales tendencias de sus desarrollos, y las divergencias o desequilibrios presentes en la UE, lo que conduce a la existencia de un número limitado de indicadores principales (*vid.* epígrafe 2.2 anterior); el trabajo del Comité de Protección Social y del Grupo de Indicadores en la futura reflexión sobre la lista de indicadores sociales a incluir en el Cuadro, en ningún caso complementarios, secundarios o auxiliares; y la plena integración de éste con el IRE y el IRPS, lo que permitiría un diagnóstico coherente y diferenciado, evitando solapamientos y la confusión de los mensajes, a lo que ayudará la desagregación de los indicadores para reflejar las situaciones específicas de segmentos clave de la población; la consideración del Cuadro como parte de una evaluación que conduzca a análisis más profundos, de manera que puedan confirmarse tendencias potencialmente preocupantes a partir del IRE, del IRPS, y del MEC, lo que permitirá reforzar el papel de los Comités en el trabajo de vigilancia multilateral; como una nueva herramienta del Semestre Europeo, al asumir éstos el compromiso de su revisión periódica en el contexto de la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020, y tener más en cuenta las opiniones del Parlamento Europeo, los interlocutores sociales y otras partes interesadas; sin provocar ningún desencadenamiento automático o mecánico de las Recomendaciones específicas por país, que

deberían continuar fundamentándose en una evaluación general de los instrumentos de seguimiento existentes y en la respuesta política de los Estados miembros; y la necesidad de trabajar más el método de lectura del Cuadro, utilizando el aprobado en el IRPS, según el cual los indicadores sociales se leen conjuntamente en los términos de sus niveles y de la evolución estadística anual de los dos últimos años, lo que permitiría identificar deterioros producidos en el año más reciente, de acuerdo con la función de alerta temprana que tiene atribuida, y señalar las evoluciones negativas, en los dos años siguientes; mientras que el Comité de Empleo considera que el Cuadro puede servir de inspiración para la reflexión compartida, incluida la lectura de los indicadores de empleo.

El IRE 2014 es la respuesta al compromiso del Consejo EPSSCO de poner su experiencia en materia de políticas de empleo y mercado laboral al servicio del Consejo Europeo para aplicar con éxito la Estrategia Europa 2020 e identificar a primera vista los retos principales para la UE y los Estados miembros en materia de empleo. La versión de junio de 2014, con una estructura y contenido casi idénticos al IRE 2013 (*Vid.* Revista MEySS, nº117, págs. 363 y 364) incorpora las estimaciones correspondientes a los años 2014 y 2015 e incluye: el seguimiento y la evaluación, cuantitativa y cualitativa, de los retos principales de las orientaciones de empleo; y el seguimiento cuantitativo del avance hacia los objetivos principales de la UE y los correspondientes objetivos nacionales, que en el caso de España se recoge en la Parte III, en un gráfico, que refleja la evolución hacia el objetivo de la tasa de empleo nacional a partir del año 2000, incluidas las proyecciones de los años 2014 y 2015; y dos cuadros con los 20 Indicadores clave sobre los resultados del mercado laboral y su evolución durante los años 2000, 2010, 2011, 2012 y 2013, que reflejan los retos clave para el empleo en España y la referencia a aquellos en los que los resultados han sido particularmente buenos, relativos a la brecha del empleo de las mujeres entre 20 y 29 años, menor

que el promedio de la UE; a algunas mejoras, en el caso de las mujeres con edades comprendidas entre 55 y 64 años, en relación con el reto de la igualdad de género; y al porcentaje de titulados de tercer nivel con edades entre 30-34 años, por encima de la media de la UE y creciendo; y al desarrollo de la adaptación del coste laboral unitario a la productividad durante los últimos años.

2.7. Las Conclusiones de los Consejos Europeos 2014 sobre la Estrategia Europa 2020

El Consejo Europeo de 20 y 21.03.2014, en sus Conclusiones sobre el Semestre Europeo 2014 hizo especial hincapié en las políticas destinadas a aumentar la competitividad, apoyar la creación de empleo y combatir el desempleo, en particular el de los jóvenes, y en la actuación consecutiva a las reformas para mejorar el funcionamiento de los mercados laborales, instando, tras evaluar la ejecución de la Estrategia Europa 2020, dado que la crisis había frenado el avance hacia los objetivos principales de ésta y se mantenían los retos a largo plazo para el crecimiento de Europa, a redoblar esfuerzos para alcanzarlos.

El Consejo Europeo de 26 y 27.06.2014, por su parte, concluyó que, no obstante los recientes signos de recuperación económica, traducidos en la reanudación del crecimiento y el modesto aumento del empleo, aunque en muchas partes de Europa el desempleo, especialmente el juvenil, se situaba en niveles inaceptables y la pobreza y la exclusión social seguían siendo motivo de preocupación importante, debían continuar y aumentarse los esfuerzos dirigidos a aplicar reformas estructurales propiciadoras del crecimiento para reforzar la capacidad de Europa de crecer y de crear más y mejores puestos de trabajo, por lo que se deberán intensificar las acciones para reducir la carga fiscal sobre el trabajo y los sistemas educativos, entre otras medidas; refrendó las recomendaciones específicas por país 2014, cuya aplicación es fundamental

para acelerar el crecimiento, que los Estados miembros deberían respetar al adoptar sus decisiones futuras en materia presupuestaria, reformas estructurales y política social y de empleo; y procedió a adoptar la Agenda Estratégica para la Unión en tiempos de cambio, que se concreta en su acuerdo sobre las prioridades que guiarán el trabajo de la UE durante los próximos cinco años: la existencia de economías más fuertes, a través del aprovechamiento pleno del potencial del mercado único en todas sus dimensiones; la promoción de un clima de emprendimiento y creación de empleo, también para las PYME, mejorando el funcionamiento de los mercados laborales y reduciendo los impuestos sobre el trabajo, a considerar con vistas a la revisión de la Estrategia Europa 2020; y lograr una Unión que capacite y proteja a todos los ciudadanos, mediante la ayuda al desarrollo de las cualificaciones y la liberación de los talentos y las oportunidades para todos, intensificando la lucha contra el paro juvenil y de los «ni-ni», promoviendo las cualificaciones adecuadas para la economía moderna y la educación permanente, facilitando la movilidad de los trabajadores, especialmente en los sectores con vacantes persistentes o desajustes de cualificaciones, protegiendo el derecho de los ciudadanos de la UE a la libre circulación y a residir y trabajar en otros Estados miembros, también contra posibles usos indebidos o reclamaciones fraudulentas, y contribuyendo a la existencia de redes de seguridad para acompañar el cambio y revertir las desigualdades, con sistemas de protección social eficientes, equitativos y preparados para el futuro y con inversión en capital humano y en tejido social, claves para la prosperidad a largo plazo de la economía europea.

El Consejo Europeo de 23 y 24.10.2014, tras reiterar que la situación económica y de empleo seguía siendo la máxima prioridad, dados los decepcionantes últimos datos macroeconómicos, con un crecimiento lento del PIB y la persistencia de niveles de desempleo muy elevados en gran parte de Europa, puso de manifiesto que urgía aplicar con prontitud

medidas de impulso al empleo, al crecimiento y la competitividad y para capacitar y proteger a los ciudadanos de la Unión, considerando las reformas estructurales y el saneamiento de las finanzas públicas como condiciones clave para la inversión.

3. EL DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020 EN EL QUINTO SEMESTRE EUROPEO 2015

3.1. El Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2015

Presentado por la Comisión, en el Consejo EPSSCO de 11.12.2014, el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2015, fue adoptado por éste el 9.03.2015. En él, se constata el esfuerzo realizado por la UE para sentar las bases de un crecimiento más sólido y sostenible en el futuro, pese a lo cual la recuperación era más débil de lo previsto y la crisis social y los elevados niveles de desempleo generados por la crisis económica persistían; se analizan los factores determinantes de la ralentización (fragmentación de los mercados financieros derivada de la crisis financiera y de la deuda soberana; deuda de las empresas, los hogares y las administraciones públicas; ajuste incompleto de los desequilibrios macroeconómicos; debilitamiento de la confianza ante las incertidumbres económicas y del compromiso para la adopción de las reformas; exiguo aumento de la productividad; bajo nivel de inversión; y elevado desempleo estructural), y los retos a los que se enfrentan a largo plazo los Estados miembros (cambios demográficos y sociales; mundialización; productividad y avances tecnológicos; presión sobre los recursos; conservación del medio ambiente; y debilitamiento del crecimiento de los países emergentes y en desarrollo); y se presenta un resumen de las principales conclusiones de las previsiones económicas de otoño de la Comisión, de 4.11.2014, referidas al crecimiento del PIB real en 2015 y 2016; al desempleo, que afectaba en agosto de 2014 a 24,6 millones de personas, de ellas 5 millones jóvenes entre 15 y 24

años, y al paro de larga duración, en niveles muy elevados; y se esbozan los principales aspectos de la nueva Agenda de la Comisión en favor del empleo y del crecimiento, indicando las medidas adicionales a adoptar en la UE para ayudar a los Estados miembros a restablecer niveles de crecimiento más elevados y progresar en el logro de un desarrollo sostenible.

A propósito del enfoque integrado de las políticas estructurales, presupuestarias y monetarias para lograr un crecimiento que responda a la situación señalada, se recomienda sustentar la política económica y social de la UE para 2015, racionalizando y reforzando el Semestre Europeo y actuando simultáneamente sobre: el impulso coordinado de la inversión, la perseverancia en la responsabilidad presupuestaria, y el compromiso renovado para emprender reformas estructurales.

Respecto del compromiso renovado para emprender reformas estructurales, plantea como prioridad: la eliminación de las barreras existentes en la UE para la plena realización del mercado único de bienes y servicios, y del mercado único digital; y una actuación ambiciosa para garantizar un marco normativo en la UE que fomente el empleo, el crecimiento y la inversión; y la realización de las reformas estructurales en los Estados miembros, en los mercados de productos y servicios y en el mercado laboral, para contribuir a incrementar la productividad, recuperar la competitividad y mejorar el entorno empresarial, estimulando la inversión, y apuntalar el modelo social europeo, contribuyendo a mejorar la situación social en general y a reducir la pobreza, destacando entre las de éxito la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, aprobada en España en diciembre de 2013; y recomienda entre las reformas a poner en marcha en 2015, tres que afectan directamente al mercado laboral, sobre:

- La mejora de la dinámica de los mercados laborales y la lucha contra el alto nivel de desempleo, mediante: la eliminación de los obstáculos a la creación de empleo, con la

participación de los interlocutores sociales, reformando los sistemas de resolución de conflictos laborales, intensificando las reformas dirigidas a la reducción de impuestos al trabajo para ayudar a restablecer el empleo, y de la segmentación del mercado laboral para ayudar a eliminar las limitaciones de empleo y de progreso profesional de los desempleados, subempleados o empleados con contratos temporales; la formación de mano de obra cualificada en sectores de la economía digital, ecológica, de la salud y de la educación, dado su papel clave para asegurar la capacidad de respuesta de las competencias profesionales a las señales del mercado laboral, con atención especial a la formación profesional y los sistemas de educación dual, que deben actualizarse para dotar a los jóvenes de las competencias necesarias, y a la formación permanente para todos, que debe ser prioritaria, con la intervención de los sectores público y privado; una actuación clara respecto de los jóvenes, contando con la Garantía Juvenil, y los parados de larga duración, de modo que los sistemas de prestaciones combinen prestaciones adecuadas de sustitución de ingresos con activación, eliminando los desincentivos fiscales a la búsqueda de empleo, instando a los Estados miembros a utilizar más rápida y eficientemente los fondos disponibles, incluyendo los 6.400 millones de euros de la IEJ, y a reforzarlos con recursos nacionales, ya que hasta esta fecha sólo se habían adoptado 3 programas operativos, con un total de 1.600 millones de euros como prefinanciación, por lo que, para que la mayoría de estos programas pudieran adoptarse antes de final de año, los Estados miembros deberían atender las observaciones de la Comisión tan pronto como fuera posible; el aumento del alcance de la portabilidad de los derechos de pensión en toda la UE y la ayuda a los trabajadores a tomar una decisión informada acerca de la movilidad, a través de la red EURES, dada la existencia de más de 2 millones de puestos de trabajo vacantes en la UE; y la evolución de los salarios reales en coherencia con la de la productividad sectorial y de empresa, en la que juegan un papel crucial los interlocutores sociales, considerando que

los convenios colectivos deberían permitir un cierto grado de flexibilidad para establecer aumentos salariales diferenciados por sectores, y dentro de éstos según el desarrollo específico de la productividad;

- la reforma de las pensiones para garantizar su sostenibilidad y adecuación, y un nivel de ingresos digno tras la jubilación, dotando a los sistemas de pensiones de bases más saneadas para afrontar el envejecimiento de la sociedad europea, estableciendo en muchos países una visión más dinámica de la edad en la que las personas pueden retirarse, incluida la vinculación de la edad de jubilación obligatoria con esta tendencia; según las Recomendaciones específicas por país 2014; y

- la modernización de los sistemas de protección social, que deben ser eficientes y adecuados en todas las etapas de la vida de una persona, con políticas sociales simplificadas y mejor focalizadas, complementadas por servicios asequibles para el cuidado infantil, la educación, y medidas de prevención del abandono escolar, de formación y de ayuda en la búsqueda de empleo, y a la vivienda, y a la reforma de los sistemas de salud para ofrecer atención médica de calidad a través de estructuras eficientes.

En relación con la racionalización del sistema de gobernanza para aumentar su eficacia y acrecentar el sentido de apropiación, se pone de manifiesto que ha llegado el momento de racionalizar y reforzar el Semestre Europeo, centrandose sus objetivos y acentuando su claridad y su función política ante el futuro, conforme al enfoque integrado, de modo que persiga la eficacia de la coordinación de la política económica a escala de la UE con mayores exigencias de rendición de cuentas y de implicación de todos los interesados, ante la constatación de que el sentimiento de apropiación político es insuficiente, como reflejan los niveles insatisfactorios de aplicación de las recomendaciones específicas por país, actuaciones importantes también con vistas a la revisión de la Estrategia Europa 2020, que va a exigir un amplio consenso sobre la orientación adecuada de las políticas y

el apoyo de todos los interesados (parlamentos nacionales y Parlamento Europeo, interlocutores sociales y el conjunto de la sociedad civil) a los esfuerzos de la reforma; y que se está trabajando en la potenciación de la dimensión social de la UEM, introduciendo indicadores sociales y de empleo en el PDM, para una mejor comprensión de las consecuencias sociales de las reformas.

Como conclusión, el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2015 señala: la urgencia de reconfigurar la formulación de las políticas de la UE, proponiendo la adopción de un enfoque integrado de la política económica que propicie el crecimiento; que los Estados miembros deben ratificar el Plan de Inversiones Estratégicas por importe de 315.000 millones de euros y comprometerse a realizar los cambios legislativos para crear el nuevo Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas (FEIE) y a duplicar el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos en el periodo 2015-2017; la puesta en práctica en los Estados miembros de un enfoque integrado mediante medidas para: afrontar las rigideces del mercado laboral para solventar los elevados niveles de desempleo; reforzar los sistemas de pensiones; modernizar los sistemas de protección social; aumentar la flexibilidad de los mercados de bienes y servicios; mejorar las condiciones de inversión de las empresas y la calidad de las inversiones en investigación, innovación, educación y formación, y aumentar la eficiencia de la Administración pública, invitando a los parlamentos nacionales, a los interlocutores sociales y a los interesados a participar e implicarse más en el Semestre Europeo, que debe ser racionalizado en 2015, simplificando la aportación de la Comisión y dando más cabida a las reacciones ante el análisis de ésta, así como las obligaciones de información de los Estados miembros, potenciando la naturaleza multilateral del proceso, abriéndolo e incrementando la participación de otros agentes, para fortalecer el sentimiento de apropiación a escala nacional.

En Anexo se incluyen en detalle las medidas de racionalización y fortalecimiento del

Semestre Europeo, referidas a: la simplificación de la aportación de la Comisión, dando más cabida a las reacciones de los Estados miembros ante el análisis de ésta, proponiendo que la Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y el Mecanismo de Alerta Temprana se continúen publicando a la vez, dada su complementariedad, si bien se debe disponer de un documento exhaustivo de evaluación económica único por cada Estado miembro que proporcione la base para las recomendaciones dirigidas a éstos y así mejorar la coherencia del proceso y reducir la carga administrativa, y que debería publicarse con antelación, en torno a marzo, lo que daría mayor transparencia y facilitaría el análisis conjunto con la Comisión; la simplificación de las obligaciones de información de los Estados miembros, que deben ser proporcionadas y tener un claro valor añadido según el principio de «informar solo una vez», compartiendo y reutilizando la información obtenida a través de documentos y misiones, enfocando el trabajo a nivel europeo en el análisis y actualización de dicha información, considerando que los PNR pueden jugar un importante papel a nivel nacional si se reorientan y centran en los análisis de la Comisión y si los Parlamentos nacionales e interlocutores sociales participan más en su formulación; la potenciación de la naturaleza multilateral del proceso, señalando que debería ser posible reforzar el examen del desempeño de las políticas a lo largo del año, y mejorar la comparabilidad de las actuaciones llevadas a cabo y de sus resultados en los Estados miembros, lo que añadiría un elemento de presión entre las partes y aportaría más información a los debates temáticos multilaterales; y a la mayor apertura del proceso y al incremento de la participación en él de otros agentes, indicando que, a pesar de los avances positivos que se han ido consiguiendo, hay espacio para un diálogo más amplio, de manera que la Comisión en el futuro podría colaborar con el Parlamento Europeo y los interlocutores sociales europeos antes de presentar el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento, continuar el debate después de su adopción y, basándose en su análisis por país, debatir

aspectos horizontales, y recibir información de los interlocutores sociales sobre cuestiones específicas de cada país.

3.2. El Informe Conjunto de Empleo 2015

El Informe Conjunto de Empleo, presentado en el Consejo EPSSCO del 11.12.2014 fue aprobado por éste el 9.03.2015. Después de plantear: que la situación social y del mercado laboral sigue preocupando; que deben proseguir las reformas que apoyan el buen funcionamiento de éste; la inversión en capital humano a través de la formación y la educación con el fin de incrementar la productividad; que los sistemas de impuestos y de prestaciones deben apoyar la creación de empleo; y que se deben modernizar los sistemas de protección social; se ocupa de:

- El mercado de trabajo y las tendencias y los retos sociales en la UE, señalando que: el desempleo está descendiendo muy lentamente, aunque mantiene niveles aun inaceptablemente altos, variando mucho entre los 28 Estados miembros, si bien la creciente divergencia observada hasta ahora ha parado; el paro de larga duración todavía está creciendo; las tasas de desempleo juvenil están a niveles muy altos, aunque muestran signos de mejora; y la proporción de «ni-ni» sigue siendo muy elevada; el fracaso escolar está disminuyendo poco a poco, y avanza hacia el logro del objetivo de la Estrategia Europa 2020; las tasas de actividad han resistido bien la crisis en la mayoría de los Estados miembros; la tasa de empleo europea mantiene una tendencia negativa y necesitaría revertirse para alcanzar el objetivo del 75% de población de entre 20 y 64 años trabajando en 2020; el empleo no se ha repartido equitativamente entre los grupos de población; la consideración de las PYME como motor del crecimiento del empleo; la importancia de la segmentación del mercado laboral en algunos Estados miembros; el empeoramiento de la adecuación entre la oferta y la demanda de trabajo en algunos países; la baja movilidad intraeuropea; la oferta de cualifica-

ciones debe mejorarse, ya que el potencial de crecimiento de Europa se ve amenazado por las deficiencias estructurales en las cualificaciones; la evolución salarial ha empezado a acomodarse a las necesidades de reequilibrio; la reducción de los costes laborales unitarios y la moderación salarial han tenido poca repercusión en la reducción de los precios; la brecha fiscal es alta, crecen los niveles de desigualdad en muchos Estados miembros; la lucha contra el trabajo no declarado es un reto en algunos; la tasa de riesgo de pobreza y de exclusión social, en particular la infantil, ha aumentado significativamente con divergencias cada vez mayores entre los Estados miembros desde 2008, mientras que la evolución de los niveles de pobreza varía sustancialmente entre las cohortes de edad; el promedio del crecimiento de la renta bruta disponible y la variación sustancial de las repercusiones distributivas de los cambios en los sistemas fiscales y de prestaciones, entre los Estados miembros, ha mejorado en términos reales en 2013; y desde 2011 el gasto social presenta tasas negativas de crecimiento, y su estructura en materia de protección social se ha alterado con la crisis,

- la aplicación de las orientaciones y de las reformas de las políticas sociales y de empleo, en cada Estado miembro, que en el caso de España son: la simplificación de los modelos de contratos, la clarificación de los procedimientos de los despidos colectivos y la promoción del trabajo a tiempo parcial a través de incentivos económicos, así como el incremento de la flexibilidad en la utilización de horas complementarias; la aprobación de una reforma fiscal que incluye una reducción de tipos impositivos, una ligera reducción de los tipos marginales y el aumento del mínimo exento, a aplicar entre 2015 y 2016; la aprobación de una tarifa plana de seguridad social para empresas que contraten nuevos trabajadores con contratos indefinidos, incluyendo contratos a tiempo parcial por un periodo de hasta dos años (pequeñas empresas), además de ayudas para los beneficiarios de la Garantía Juvenil contratados de forma indefinida; la adopción de la Estrategia Española de activa-

ción para el empleo 2014-2016, instrumento principal de coordinación, para cambiar las políticas activas del mercado laboral y orientarlas a la consecución de resultados; la reforma de los servicios públicos de empleo para mejorar sus prestaciones y la coordinación a nivel regional, y la elaboración de un catálogo común de servicios de empleo, con una batería de medidas que aseguren la igualdad de trato en el acceso al empleo, el tratamiento individualizado, la eficiencia, la transparencia, y la orientación a resultados de todos los prestadores de servicios; la adopción de incentivos para apoyar a los desempleados que quieren iniciar una actividad empresarial; la adopción de medidas para mejorar los sistemas de formación profesional y de aprendizaje que reflejan las necesidades del mercado laboral a través de las revisiones del sistema nacional para mejorar la educación primaria y secundaria; el fortalecimiento de medidas de activación para abordar más adecuadamente la pobreza de los adultos y medidas específicas para los jóvenes, las familias con niños y las personas con discapacidad, y frente a la pobreza infantil; y la adopción y aplicación de medidas para retrasar la edad de jubilación y limitar el acceso a la jubilación anticipada, flexibilizando las normas que permiten combinar las prestaciones de jubilación con ingresos derivados del trabajo.

- El Cuadro de indicadores sociales y de empleo clave, centrado en las tendencias que amenazan la estabilidad y el buen funcionamiento de la UE y de la UEM al afectar al empleo, la cohesión social y el capital humano y por tanto a la competitividad y al crecimiento sostenible, que tiene como objetivo mejorar la comprensión de la evolución en el ámbito social, contando con la información aportada por el IRE y el IRPS, pone de relieve los principales desafíos en materia social y de empleo del Semestre Europeo, contribuyendo a los debates institucionales dentro de éste, y aborda: su configuración institucional; los resultados de una lectura completa de los mismos en la UE y en la eurozona; y las constataciones relativas a la tasa de desempleo, su

variación y nivel, a la tasa de desempleo juvenil y al porcentaje de «ni-ni», a la variación de la renta bruta disponible en los hogares, y a la variación y nivel de la tasa de riesgo de pobreza de la población en edad laboral y de las desigualdades. De su lectura y análisis se deduce: una mejora o una situación estable de los indicadores de empleo, mientras que los indicadores sociales muestran: el crecimiento de las tasas de pobreza y de las desigualdades así como el descenso de las rentas de los hogares en términos reales en 3 países; que las tasas de desempleo continúan alarmantemente altas comparadas con el promedio de la UE en 7 Estados miembros, si bien 3, entre ellos España, han experimentado variaciones positivas; que la tasa de desempleo de las mujeres sigue siendo superior a la de los hombres en los países del sur, revirtiéndose esta situación en 6 países; que la situación de los jóvenes en el mercado laboral es dramática en muchos Estados miembros, y en no menos de 7 la tasa de desempleo se mantiene 9 puntos porcentuales por encima del promedio de la UE, a pesar de que la mayoría han logrado mejorarla; que la variación real en la renta bruta disponible de los hogares en 16 países ha experimentado importantes evoluciones negativas, en los años 2011 y 2012, observándose en este mismo periodo los mayores aumentos en la tasa de riesgo de pobreza de la población en edad laboral; y que en 2013 las desigualdades de ingresos permanecían particularmente altas en 7 Estados miembros, en los que la participación en la renta del 20% de las personas con rentas más altas era al menos seis veces mayor que la del 20% de las personas con rentas más bajas.

Los mensajes clave destacan que: la situación social y del empleo continúa siendo motivo de preocupación, por lo que se debería: continuar las reformas para el buen funcionamiento del mercado laboral; avanzar en la aplicación de la Garantía Juvenil; aumentar la productividad mediante la inversión en capital humano, en educación y formación; impulsar la reincorporación al mercado laboral de los parados de larga duración; apoyar

la creación de empleo mediante los sistemas fiscal y de prestaciones; combatir la brecha de género; y avanzar en la modernización de los sistemas de protección social, prestando protección efectiva para todos e inversión adecuada en capital humano.

En los tres anexos se incluyen las cifras correspondientes al cuadro de los indicadores clave en materia de empleo y social, con las medidas de la UE y de la eurozona como puntos de referencia; el resumen de los retos clave en materia de empleo y los resultados del mercado laboral, especialmente buenos según el IRE de junio de 2014; y el resumen de las tendencias sociales que deben observarse y de los Estados miembros con retrocesos o avances significativos en el periodo 2011-2012, señalados por el IRPS, adoptado el 19.02.2014.

En consecuencia, las Conclusiones del Consejo sobre el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento y el Informe Conjunto de Empleo, aprobadas por el Consejo EPSSCO de 9.03.2015, en base a los mensajes clave extraídos de estos documentos y de las orientaciones estratégicas adoptadas por el Consejo Europeo, subrayan las siguientes orientaciones para las políticas social y de empleo:

- el fortalecimiento del dinamismo del mercado laboral, combatiendo los elevados niveles de desempleo y apoyando la creación de empleos de calidad, mediante la prevención y reducción del paro de larga duración, la mejora de la eficacia de los servicios públicos de empleo, la activación, la inversión en capital humano, las políticas activas del mercado laboral y los servicios sociales integrados; la puesta en práctica de la Garantía Juvenil al abordar el desempleo juvenil en todas sus formas; el estímulo a la creación de empleo y la mejora de los incentivos para trabajar, a través de la inversión, el fomento del emprendimiento, la lucha contra el trabajo no declarado, y el fortalecimiento de los incentivos fiscales y de otro tipo, incluida la reducción de la fiscalidad del trabajo; el apoyo a la movilidad laboral, para impulsar el crecimiento y el

empleo, salvaguardando los derechos sociales y evitando el abuso de las reglas vigentes; y el impulso de la calidad del empleo y la inversión en cualificaciones y formación profesional para evitar el abandono escolar prematuro y mejorar la transición entre la educación y el empleo;

- la modernización de los sistemas de protección social, con énfasis en la inclusión social y la inversión social, mediante: el reconocimiento de la necesidad de mejorar su eficacia y eficiencia, preservando sus funciones básicas de protección, estabilización e inversión social, a través de las reformas pertinentes según el enfoque dado en las Conclusiones del Consejo sobre «una inversión social para el crecimiento y la cohesión» 2013; la inversión en sistemas de protección social, que deberían garantizar un adecuado nivel de protección para todos los grupos de población y apoyar, a través de políticas de mercado de trabajo activas, las políticas universales, complementando las medidas de integración y reintegración al mercado laboral y de inclusión social, y evitando la pérdida de capital humano; la garantía del acceso universal y equitativo a servicios sanitarios de calidad y seguros, disponibles, sostenibles y adecuados en la relación coste-beneficio, la evaluación de las realizaciones de los sistemas de salud y una financiación estable y continua; la reforma de los sistemas públicos de pensiones, garantizando su adecuación en el futuro, reconociendo la oportunidad y los retos derivados del envejecimiento y la competencia de los Estados miembros para decidir sobre las medidas políticas a adoptar, para asegurar el equilibrio entre el tiempo trabajado y el de disfrute de la jubilación; y la necesidad de fortalecer los esfuerzos políticos para combatir la pobreza, la exclusión social y la desigualdad, recordando que las estrategias integrales (de apoyo a las rentas, el acceso a servicios de calidad, protección social adecuada y mercados laborales inclusivos) son la vía más eficaz para hacerlo y para apoyar los objetivos del crecimiento sostenible;

- el reconocimiento de la máxima prioridad a la igualdad de género, en el Informe Conjunto de Empleo a diferencia de lo ocurrido en el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento, donde no se le ha prestado suficiente atención, por lo que se necesita avanzar más para reducir la brecha existente conforme a lo señalado en aquel y en el reciente objetivo del G-20, y dar mayor visibilidad a las diferencias constatadas en relación con la pobreza y la exclusión social, medidas de la máxima importancia para garantizar a las mujeres una vejez adecuada y sostenible en el futuro;

- la apropiación y la mejora de la gobernanza mediante la racionalización del Semestre Europeo, subrayando que los ministros de empleo y de asuntos sociales deberían continuar implicados en las materias de sus competencias en la formulación y aplicación de la política; acogiendo favorablemente las propuestas de racionalización, así como los planes para combinar los documentos de trabajo y las revisiones en profundidad en un documento analítico integral en una fase inicial, y la adopción lo más pronto posible de las recomendaciones específicas por país, que permitirá consultas nacionales más estructuradas y equilibradas y el análisis de aquellas, que haga posible garantizar mejor el debate multilateral en el Consejo y el intercambio de opiniones en todos los organismos preparatorios; que el contenido y el calendario de la sumisión de los PNR así como el papel de otros informes, especialmente los informes nacionales sobre la situación social, necesitan de mayor reflexión, sin que la reducción de su extensión afecte a su valor.

- a propósito del cuadro de indicadores del Informe del Mecanismo de Alerta, el Consejo toma nota de la intención de la Comisión de prestar más atención al papel de los indicadores de empleo y sociales y al análisis de los retos en las revisiones en profundidad, subrayando la necesidad de preservar la naturaleza del PDM, limitando su uso para una comprensión más amplia del desarrollo social y del empleo ligado al ajuste de los desequili-

brios macroeconómicos, precedido de un análisis cuidadoso y de la plena consideración del cuadro de indicadores clave sociales y de empleo, por lo que los Comités de Empleo y de Protección Social deberán implicarse en el uso de ellos dentro del PDM, y en la corrección de los planes de acción, teniendo en cuenta el impacto social de las acciones políticas, coherente con las orientaciones de política económica y de política de empleo.

En consecuencia, el Consejo invita a los Estados miembros a: reflejar las prioridades del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento y del Informe Conjunto de Empleo 2015 en los PNR y en los informes sociales nacionales y aplicar políticas para responder a las Recomendaciones específicas por país 2014; considerar el resultado de las revisiones temáticas en profundidad del IRPS y de la vigilancia multilateral de los Comités de Empleo y de Protección Social en el diseño de sus políticas; e implicar mejor a los parlamentos nacionales, los interlocutores sociales y la sociedad civil en los procedimientos del Semestre Europeo a escala nacional; a la Comisión Europea a: garantizar la implicación de los Comités de Empleo y de Protección Social en los aspectos relevantes del Semestre Europeo racionalizado, incluida la presentación de las propuestas de recomendaciones específicas por país a tiempo para permitir las consultas y los debates en el Consejo y en los organismos preparatorios; concentrar las recomendaciones específicas por país en las áreas prioritarias sin ser prescriptivas en cuanto a su aplicación política; hacer mayor hincapié en el vínculo entre el crecimiento y la mayor participación de las mujeres en el mercado laboral a partir del próximo Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento; y desarrollar propuestas para apoyar a los parados de larga duración, a partir de las lecciones extraídas de la introducción de la Garantía Juvenil en la UE, integrándolos plenamente en la Estrategia Europea de Empleo; a los Comités de Empleo y de Protección Social a: trabajar conjuntamente, mejorando el cuadro de indicadores sociales y de empleo para extender la comprensión del desarrollo social

y del empleo y fortalecer su coherencia con el IRE y el IRPS así como las sinergias entre estos dos instrumentos y evaluar el impacto social de las principales reformas estructurales; trabajar más estrechamente con el Comité de Política Económica en temas de competencia conjunta en el marco del PDM; presentar sus opiniones al Consejo sobre las propuestas de la Comisión relativas al papel de los indicadores sociales y de empleo en éste; informar al Consejo sobre las reuniones en profundidad en el PDM, trabajando en colaboración con el Comité de Política Económica; aplicar métodos de trabajo reforzados entre los comités y las organizaciones de interlocutores sociales europeos; al Comité de Empleo, a cooperar con la formación del Consejo responsable de la educación y explorar vías para estructurar mejor sus relaciones, con atención especial al debate sobre el capital humano; y al Comité de Protección Social, a cooperar con el grupo de trabajo de salud pública en temas relacionados con las políticas de salud, y con los Comités de Política Económica y Financiero sobre temas comunes relativos a los gastos relacionados con la edad.

3.3. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2015

A partir de la orientación general adoptada el 19.06.2015 el Consejo EPSSCO aprobó el 5.10.2015 la Decisión del Consejo sobre las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, (DOUE L 268 de 15.10.2015) para ser tenidas en cuenta por éstos al elaborar sus políticas de empleo y sus programas de reforma en las que partiendo de una serie de consideraciones sobre: la crisis financiera y económica; el papel de los Estados miembros y de la UE en el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo y especialmente para promover una mano de obra cualificada, formada y adaptable, y mercados laborales que respondan al cambio económico y para alcanzar el pleno empleo y los objetivos de progreso social, y de los Estados miembros

respecto de la promoción del empleo como cuestión de interés común y de la coordinación de sus actuaciones en el seno del Consejo; la coherencia de las orientaciones de empleo con las orientaciones generales de política económica de los Estados miembros y de la UE; la lucha de la Unión contra la exclusión social, la discriminación y la promoción de la justicia y la protección social, así como la igualdad entre mujeres y hombres; el desarrollo y la aplicación de instrumentos de coordinación política por parte de la Unión para la política fiscal, macroeconómica y estructural a través del Semestre Europeo; las reformas del mercado laboral, incluido el mecanismo de fijación de los salarios, conforme a las prácticas nacionales y al diálogo social, el tratamiento por parte de los Estados miembros y de la Unión del impacto social y de la crisis y el objetivo de construir una sociedad cohesionada en la que se empodere a las personas para anticipar y gestionar el cambio y para participar en la sociedad y en la economía; la actuación conforme a las directrices integradas para lograr los objetivos de la Estrategia Europa 2020; la aplicación de las que se dirigen a los Estados miembros y a la Unión, a través de la asociación con las autoridades nacionales, regionales y locales, con los parlamentos, los interlocutores sociales y los representantes de la sociedad civil; y la orientación a los Estados miembros para aplicar las reformas a partir de estas directrices integradas, reflejando su interdependencia, en línea con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y con la legislación europea existente, base para las Recomendaciones específicas por país del Consejo a los Estados miembros; y la vigilancia por los Comités de Empleo y de Protección Social de la aplicación de las políticas conforme a las directrices de empleo, de modo que estos Comités y las otras instancias preparatorias del Consejo implicadas en la coordinación de las políticas económicas y de empleo trabajen en estrecha colaboración, se establecen las siguientes orientaciones sobre:

- El impulso de la demanda de trabajo, para lo que los Estados miembros deberían: facilitar la creación de empleo de calidad, re-

ducir los obstáculos a la contratación de los trabajadores, promover el emprendimiento y apoyar la creación y el aumento del número de las pequeñas empresas; promover activamente la economía social e impulsar la innovación social; trasladar la carga fiscal del trabajo a otras fuentes que afecten menos negativamente al empleo y al crecimiento; proteger las rentas mediante una protección social adecuada y a través de gastos que impulsen el crecimiento, dirigiendo la reducción de la fiscalidad sobre el trabajo a la eliminación de barreras y desincentivos para la participación en el mercado laboral, en particular para los más alejados de él; e impulsar el establecimiento de mecanismos de fijación de salarios que permitan la respuesta de éstos al desarrollo de la productividad, considerando las diferencias existentes en las competencias y las condiciones de los mercados de trabajo locales y en los resultados económicos de las regiones, sectores y empresas, y al establecer el salario mínimo, su impacto sobre la pobreza en el trabajo, la creación de empleo y la competitividad.

- El aumento de la oferta de trabajo, de las cualificaciones y de las competencias, para lo que los Estados miembros deberían: promover, en colaboración con los interlocutores sociales, la productividad y la empleabilidad a través de una oferta apropiada de conocimientos, cualificaciones y competencias relevantes, mediante las inversiones necesarias en los sistemas de educación y de formación profesional, para mejorar su eficacia y eficiencia a fin de elevar el nivel de las cualificaciones y competencias de la mano de obra, para anticipar mejor y afrontar las necesidades de los mercados laborales dinámicos, en una economía cada vez más digitalizada, y en un contexto de cambio, tecnológico, de medio ambiente y demográfico, además de esforzarse en mejorar el acceso de todos al aprendizaje de calidad y aplicar estrategias de envejecimiento que permitan prolongar la vida activa; combatir el elevado desempleo y la inactividad, prevenir y reducir significativamente el paro de larga duración y el estructural, a través de estrategias globales y que se refuercen mutuamente, con

apoyos individualizados activos para la reincorporación al mercado laboral, y abordar el desempleo de los jóvenes y de los «ni-ni», a través de la mejora de la transición de la escuela al trabajo, incluida la plena aplicación de la Garantía Juvenil; abordar la debilidad estructural de los sistemas de educación y formación profesional para garantizar resultados de calidad en el aprendizaje y reducir las cifras del abandono escolar prematuro, elevar el nivel educativo y fomentar los sistemas de aprendizaje en el trabajo, como el aprendizaje dual, mejorar la formación profesional, aumentando las oportunidades para el reconocimiento y la validación de las cualificaciones y de las competencias adquiridas fuera del sistema educativo formal, y reducir los obstáculos, especialmente para las personas con discapacidad; aumentar la participación en el mercado de trabajo de las mujeres y garantizar la igualdad de género, incluida la de retribución; promover la conciliación entre el trabajo y la vida familiar, en particular facilitando el acceso a una educación infantil asequible y de calidad durante la primera etapa de la misma así como servicios asistenciales y de cuidados de larga duración; todo ello con el apoyo del FSE y de otros fondos de la Unión para fomentar el empleo, la inclusión social, y la educación.

- La mejora del funcionamiento de los mercados de trabajo, para lo que los Estados miembros deberían: reducir y evitar su segmentación, teniendo en cuenta los principios de flexibilidad, y combatir el trabajo no declarado mediante normas de protección del empleo, la legislación laboral y las instituciones que aporten un marco favorable para la contratación, niveles de protección adecuados a los desempleados y a los que buscan empleo, garantizando la calidad de éste en términos de seguridad socioeconómica, organización del trabajo, oportunidades de educación o formación profesional, condiciones de trabajo, incluida la seguridad y la salud laboral, y de equilibrio entre la vida y el trabajo; implicar a los parlamentos nacionales y a los agentes sociales en el diseño y aplicación de las reformas y de las políticas relevantes, según las prác-

ticas nacionales, apoyando la mejora del funcionamiento y la eficacia del diálogo social a escala nacional; fortalecer las políticas activas del mercado laboral, aumentando su eficacia, focalización, proyección, cobertura e interacción con medidas pasivas, acompañadas por los derechos y responsabilidades de los desempleados que busquen empleo activamente, y medidas dirigidas a la mejora del ajuste del mercado laboral y el apoyo sostenible a las transiciones; establecer servicios públicos de empleo mejores y más efectivos, apoyando a los demandantes de empleo mediante oferta de servicios individualizados; activar a quienes deseen participar en el mercado laboral, protegiendo a los que no puedan hacerlo; promover mercados laborales integrados abiertos a todos; adoptar medidas efectivas antidiscriminatorias y a favor de la empleabilidad, y preparar a las personas para afrontar los riesgos potenciales, mediante la inversión en capital humano; y promover la movilidad de los trabajadores para explotar todo el potencial del mercado de trabajo europeo, eliminando las barreras a la portabilidad de las pensiones y al reconocimiento de las cualificaciones, y previniendo de los abusos de las normas vigentes.

- El fomento de la inclusión social, la lucha contra la pobreza y la promoción de la igualdad de oportunidades, para lo que los Estados miembros deberían: modernizar sus sistemas de protección social para dispensar una protección efectiva, eficaz y adecuada a lo largo de todas las etapas de la vida de las personas, fomentando la inclusión social, promoviendo la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y abordando las desigualdades, para lo que sería esencial disponer de servicios asequibles, accesibles y de calidad, en educación, formación, vivienda, asistencia sanitaria, incluidos los servicios básicos y las actuaciones para evitar el abandono escolar prematuro, reducir la pobreza en el trabajo, y combatir la pobreza y la exclusión social; utilizar diferentes instrumentos de forma complementaria, incluidos los servicios de activación del trabajo, servicios de calidad accesibles y

el apoyo adecuado a las rentas, centrados en las necesidades de las personas; y diseñar los sistemas de protección social para facilitar la salida del estado de necesidad de todas las personas con derecho, apoyar la inversión en capital humano y ayudar a prevenir, reducir y proteger contra la pobreza y la exclusión social durante toda la vida; y garantizar la sostenibilidad y adecuación de los sistemas de pensiones; y mejorar la accesibilidad, eficiencia y eficacia de los sistemas de asistencia sanitaria y de los cuidados de larga duración, salvaguardando su sostenibilidad.

3.4. La evaluación de los Programas Nacionales de Reforma 2015 y de la aplicación de las Recomendaciones específicas por país 2014

El Consejo EPSSCO, de 18.06.2015, reafirmó el informe del Comité de Empleo sobre la evaluación de los PNR 2015 y de la aplicación de las Recomendaciones específicas por país 2014, en el que bajo el título de «Un año de más reformas» se resumen las principales medidas tomadas por los Estados miembros en respuesta a las orientaciones de empleo y la evaluación del Comité de Empleo de los informes por país de la Comisión en el contexto del PDM, referidas a: afrontar el desempleo juvenil, con avances importantes en la aplicación de la Garantía Juvenil, aunque todavía subsisten retos para: llegar a los jóvenes más alejados del mercado laboral, a los «ni-ni» no registrados, por lo que es crucial concentrarse en reformas estructurales, como la mejora del sistema educativo y el fortalecimiento y la capacidad de los servicios públicos de empleo; los mecanismos de fijación de salarios, ya que todavía existen retos para que reflejen los desarrollos de la productividad y apoyen la demanda agregada, a pesar de los avances realizados, constatando que en algunos Estados miembros los salarios han crecido menos que la productividad y que en otros se han creado o están en proceso de creación comités para garantizar orientaciones claras y trans-

parentes para su fijación, incluyendo entre los nuevos retos la mejor consideración de la interacción entre los salarios del sector público y privado; la segmentación del mercado laboral, reconociendo el valor de la modernización y simplificación de la legislación de protección del empleo, al reducir la brecha entre los trabajadores fijos y temporales, mediante medidas de flexibilidad interna, sistemas de prestaciones por desempleo eficientes, la lucha contra la economía sumergida, el importante papel que juega la composición sectorial de la economía y el ciclo económico, afirmando el valor del trabajo temporal cuando supone un primer paso hacia un trabajo permanente, y garantizando transiciones suaves entre uno y otro; la fiscalidad del trabajo, al concluir que no se ha reducido la brecha fiscal ni se han desplazado los impuestos del trabajo hacia otros factores más favorables al crecimiento, a pesar de que algunos Estados miembros han reducido la carga fiscal a los perceptores de salarios más bajos o a colectivos específicos, pues para que este tipo de medidas surtan efecto es necesario un crecimiento sólido y sostenido, concluyendo que la fiscalidad del trabajo, las prestaciones y subsidios deben ser evaluadas de forma global y que es necesario reflexionar más sobre el tema; la educación y su vinculación con el mercado laboral, al poner la crisis de manifiesto la necesidad urgente de abordar los fallos del ajuste de la oferta a la demanda de trabajo, por lo que es necesario que los sistemas de educación y de formación respondan mejor a las necesidades del mercado laboral, a la espera de que las reformas ya realizadas produzcan sus efectos, y dedicar más atención para llegar a quienes están más alejados de él; el trabajo no declarado, señalando la puesta en marcha de medidas para combatir el fraude y la economía sumergida, y la celebración de convenios de cooperación interinstitucionales; la participación en el mercado laboral, actuando a través de los sistemas de seguridad social para incentivarla, con notables resultados entre los trabajadores de más edad y menos evidentes en otros colectivos; las políticas activas de mercado laboral y el papel de los servicios públicos de empleo, temas en los

que se ha avanzado aunque todavía existan carencias, destacando las actuaciones para abordar el paro de larga duración, apoyar a los jóvenes en la transición en el mercado laboral, mejorar los sistemas de ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, y activar a quienes buscan empleo; y las reformas en la eurozona, en la que las medidas introducidas por los Estados miembros han progresado en la lucha contra la segmentación, han evitado la jubilación anticipada y avanzado en la aplicación de la Garantía Juvenil, aunque se han producido pocos avances en la reducción del coste del factor trabajo.

El informe ofrece también una evaluación de las Recomendaciones específicas para 2015, establecidas en los PNR, tras el debate con los interlocutores sociales europeos en el Comité de Empleo, felicitándose de su mayor concentración en las prioridades de inversión, crecimiento y creación de empleo, y de que a pesar de su menor número, los aspectos de empleo son los más relevantes; recordando que la incipiente recuperación no debe llevar a una fatiga de las reformas, sino a reconocer un entorno para nuevas medidas que mejoren el funcionamiento del mercado laboral y a asegurar su aplicación, con margen a los Estados miembros para diseñar las políticas específicas a seguir. Respecto de: las Recomendaciones que caen bajo el PDM y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, señala que la Comisión ha clasificado muchas situaciones como desequilibrios macroeconómicos y por tanto las ha incluido en el PDM, sin justificación suficiente; que las Recomendaciones incluidas en el PDM están centradas en aspectos que tienen un impacto positivo e inmediato sobre los desequilibrios más que en políticas con un impacto general o indirecto a largo plazo, frente a la opinión del Comité de Empleo que considera que, aunque el alto desempleo y los problemas del mercado laboral puedan tener consecuencias macroeconómicas, no constituyen desequilibrios macroeconómicos, y pueden ser abordadas en el ejercicio de la vigilancia multilateral y de los mecanismos de coordinación del Consejo EPSSCO; y las tensiones

que provoca esta situación en las reuniones conjuntas de los citados comités a la hora de debatir bajo el liderazgo del Consejo ECOFIN un conjunto de aspectos que entran dentro de las competencias del Consejo EPSSCO, por lo que sería deseable que los que no tienen un vínculo directo con los salarios y la fiscalidad o no están directa y estrechamente vinculados con desequilibrios macroeconómicos fueran competencia exclusiva de este Consejo y por tanto del Comité de Empleo, destacando también la importancia de que los Comités dediquen en el futuro suficiente tiempo a estas reuniones conjuntas, ya que la forma de organización en 2015 ha dado lugar a un cierto trato desigual entre los Estados miembros; y que, dado el constante aumento de cuestiones de las reformas estructurales que caen bajo el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, habría que celebrar reuniones conjuntas entre todos los Comités de ECOFIN y EPSSCO; el papel de los «considerandos» de las Recomendaciones específicas por país, indicando que mientras que éstas son más concisas y centradas, se han incorporado a aquellos cuestiones que corresponderían a ellas, que en cierta medida se solapan con otras recogidas en el IRE, y que reflejan el avance de los Estados miembros, a partir de una valoración realizada a la luz de los Informes país de la Comisión, que a veces no coinciden con las conclusiones de la vigilancia multilateral del Comité de Empleo, lo que suscita preocupación; el marco temporal, dando la bienvenida al calendario revisado, con la publicación anticipada de los informes país y la posibilidad de disponer de más tiempo para debatir las Recomendaciones específicas, considerando que se debería revisar el calendario actual y el papel de los PNR; las recomendaciones para la eurozona, en las que se recuerda la importancia de asegurar que las reformas tengan en cuenta la agenda del crecimiento, el empleo y la cohesión social, así como que podían haber sido más explícitas sobre el objetivo común de generación de empleo y el impacto de las políticas relacionadas con la consolidación fiscal en el empleo y en la situación social; y su aplicación coherente; y el diálogo entre la Comisión y los Estados

miembros, constatando el aumento de su calidad, que debe reforzarse cuando se discutan las Recomendaciones en los Comités, con el deseo de que los representantes de la Comisión dispongan de un mandato más fuerte para negociar.

3.5. Las Recomendaciones específicas por país 2015

La comunicación de la Comisión de 13.05.2015, sobre las Recomendaciones específicas por país 2015 tras señalar la vuelta del crecimiento a Europa, como ponen de manifiesto las previsiones de aumento del PIB del 1,8% para los 28 Estados miembros y del 1,5% para los países de la eurozona en 2015, y la expectativa de alcanzar el 2,1% y el 1,1% respectivamente en 2016; las debilidades subyacentes de la UE a causa de la crisis y de la tendencia del bajo crecimiento a largo plazo experimentado durante el periodo previo a ésta, ya que mientras mejora gradualmente el mercado laboral, debido a las reformas aplicadas recientemente en varios Estados miembros, el desempleo es todavía intolerablemente alto (9,6%), la pobreza y la marginación han aumentado, la tendencia descendente del crecimiento de la productividad no ha revertido y el envejecimiento de la población tendrá un gran impacto en el futuro en la mano de obra; y que la nueva Comisión estableció una agenda económica y social ambiciosa y que ha tratado de racionalizar el Semestre Europeo para concentrarse en las prioridades más urgentes, fijadas por el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2015; teniendo en cuenta el nuevo enfoque para una mayor racionalización del Semestre Europeo, materializado en los cambios introducidos en él, referidos a: la concentración en las prioridades del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento; la publicación del análisis específico por país y de la eurozona con tres meses de antelación a lo que venía ocurriendo en años anteriores para facilitar el debate de las cuestiones clave antes de extraer las conclusiones, integrando en un único informe el resultado de las revisiones

en profundidad del PDM; la difusión más intensa a nivel político y el debate más profundo entre la Comisión, las autoridades nacionales y los interlocutores sociales sobre la aplicación de las recomendaciones pasadas y las áreas potenciales de las recomendaciones futura, aborda:

– las prioridades para el Semestre Europeo 2015, constatando, junto al progreso general de los Estados miembros al tratar alguna de las cuestiones objeto de recomendación específica en el periodo 2014-2015, que el empleo ha crecido relativamente más deprisa y con más intensidad de lo esperado, fruto de la moderación salarial y de las recientes reformas del mercado laboral, a pesar del retraso entre la introducción de éstas y su pleno efecto, lo que explica que el desempleo siga alto, especialmente entre los jóvenes y los parados de larga duración, perpetuando el desarrollo social negativo y aumentando los niveles de pobreza y exclusión social;

– los objetivos clave de las Recomendaciones específicas 2015, sobre la mejora de las políticas de empleo y de protección social, recordando: que el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento 2015 ya destacó la necesidad de mejorar la dinámica del mercado laboral y combatir los altos niveles de paro; la importancia de fomentar la creación de empleo y corregir los altos niveles de segmentación, el paro de larga duración y de los jóvenes, y la falta de adaptación de las cualificaciones profesionales; que la rigidez de la regulación de los despidos y los conflictos laborales pueden impedir nuevas contrataciones indefinidas, restringir la movilidad profesional e impulsar el uso excesivo de los contratos temporales; que la elevada tributación del trabajo, particularmente del menos retribuido, puede inhibir la creación de empleo y los incentivos para participar en el mercado laboral; que la promoción de la creación de empleo requiere que los salarios evolucionen con la productividad y reflejen las diferentes situaciones existentes en la industria y en las empresas, así como la flexibilidad y la participación de los interlo-

cutores sociales en su determinación, ya que la falta de relación con aquella puede llevar a pérdidas de empleo o a la segmentación de los mercados laborales, especialmente si los empleadores recurren a formas alternativas de empleo no contempladas en los mecanismos de fijación de los salarios; el papel clave para la mejora de la empleabilidad de los programas de educación y formación profesional eficientes y eficaces, incluidos los dirigidos a los adultos; el papel de los servicios públicos de empleo, que necesitan ser adaptados en algunos Estados miembros, y de las herramientas para activar el mercado laboral, que podrían centrarse más en apoyar la inclusión de los más alejados de él; y que el paro de larga duración puede combatirse combinando una asistencia social efectiva y la empleabilidad; y que el hecho que se haya reducido significativamente el número de recomendaciones, debido a la concentración y priorización en las cuestiones clave de importancia macroeconómica y social, no significa que las de los años precedentes hayan perdido importancia, por lo que la Comisión continuará supervisándolas en sus informes-país y fomentando el enfoque global de los Estados miembros en sus PNR, mientras que en los casos de las reformas en curso y en las que su impacto no ha sido evaluado todavía, se supervisará estrechamente su aplicación y sus resultados para ver si funcionan según lo esperado.

La Comunicación concluye señalando que: mayor concentración, más tiempo para debatir y más oportunidades para profundizar en la sustancia a la luz de la evidencia y de las prioridades europeas son el camino a seguir para un Semestre Europeo más fuerte y racional a escala nacional y europea; la racionalización del Semestre Europeo avanza en paralelo con el aumento de la participación política y de la responsabilidad y se presenta como ayuda para mejorar la aplicación de las Recomendaciones específicas por país, considerando que el propósito de este nuevo enfoque es el de avanzar en las reformas para que sus impactos positivos puedan sentirse por las empresas y los ciudadanos; se necesita establecer

las prioridades anuales en el contexto de una estrategia económica a largo plazo renovada, razón por la cual la Comisión está trabajando en la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020 y tratará de presentarla a final de 2015; y la Comisión continuará trabajando en la profundización de la UEM, incluyendo la revisión del marco de la gobernanza económica; invitando al Consejo a refrendar el enfoque propuesto para las Recomendaciones específicas por país 2015-2016, y a los Estados miembros a aplicarlas de forma estricta.

Con este antecedente, el Consejo EPSSCO, de 13.06.2015, acordó la Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reforma y un Dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España 2015, adoptada el 14.07.2015 (DOUE C 272 de 18.08.2015), que pone de manifiesto: el progreso de España al aplicar las Recomendaciones específicas de 2014, reflejado en el informe-país publicado por la Comisión el 26.02.2015, constatando la presencia de desequilibrios macroeconómicos que requieren actuaciones políticas decisivas y una supervisión específica, así como los riesgos que subsisten respecto de la deuda, pública y privada, y la posición de inversor neto internacional de España en un contexto de desempleo muy elevado, a pesar de alguna mejora en el reequilibrio de la cuenta corriente y el significativo esfuerzo de desapalancamiento; el elevado paro de larga duración y la segmentación del mercado de trabajo, que continúan obstaculizando el crecimiento de la productividad y produciendo un efecto pernicioso sobre las condiciones de trabajo; y que, dada la elevada tasa de desempleo en algunos sectores y empresas los salarios necesitan crecer a corto plazo por debajo de la productividad para crear empleo y obtener mayores ganancias en competitividad; el acuerdo general interprofesional 2015-2017, que declara la importancia del principio de la evolución de los salarios en línea con los diferenciales de la productividad interempresarial; que a pesar de las reformas, la proporción del empleo temporal se mantiene elevada y afecta particularmente a los jóvenes y las personas con bajas cualificaciones; la no utilización en

todo su potencial de los nuevos tipos de contratos para los trabajadores de las PYME y los incentivos para estimular a los empleadores a contratar por tiempo indefinido; el anuncio por parte de las autoridades españolas de la evaluación de los subsidios ofrecidos a los empleadores para contratar nuevos trabajadores, a realizar en mayo de 2016; los resultados de los servicios públicos de empleo y de las agencias a las que se han externalizado estos servicios, esenciales para garantizar la eficacia y la adecuada objetivación de las políticas activas del mercado de trabajo y de activación, incluida la recualificación efectiva que permita la movilidad de las personas a sectores donde se crean más empleos; y el progreso limitado en la modernización de los servicios públicos de empleo y en el tratamiento de las disparidades regionales; la elevada cifra, por encima del 50%, del desempleo juvenil y la de la tasa de abandono escolar, una de la más altas de la UE; la aplicación en España de los nuevos planes educativos establecidos por la Ley 8/2013 sobre la calidad de la educación; el progreso limitado del aumento de la importancia de la educación y la formación profesional para el mercado laboral, y los esfuerzos para mejorar la cooperación entre las instituciones de educación superior y los empleadores, con retraso respecto del calendario previsto; la existencia de planes para extender el programa de formación profesional dual en 2015; la creación de un comité para examinar la adaptación de los currículos de educación y formación a las necesidades de los mercados laborales; el progreso limitado en la mejora de la eficacia del sistema de protección social; el establecimiento de un programa de activación nuevo para los parados de larga duración, que combine el apoyo a las rentas y la asistencia en la búsqueda de trabajo, la coordinación entre los servicios sociales y de empleo, y la incompatibilidad de los diferentes regímenes de rentas mínimas que han reducido la eficacia de los programas de asistencia social para hacer frente a los altos niveles de pobreza, especialmente en los hogares con hijos y con bajos ingresos; y la limitación de los progresos para mejorar los regímenes de ayuda a la familia y los servicios asistenciales.

La Recomendación concluye indicando las actuaciones que las autoridades españolas deben desarrollar en 2015 y 2016: promover la adecuación de los salarios y la productividad, en consulta con los interlocutores sociales y de acuerdo con las prácticas nacionales, considerando las diferencias en las cualificaciones y las condiciones de los mercados laborales locales así como las divergencias en los resultados económicos entre regiones, sectores y empresas; tomar medidas para aumentar la calidad y eficacia de la ayuda y del asesoramiento en la búsqueda de empleo, especialmente como parte de la lucha contra el desempleo juvenil; racionalizar los regímenes de renta mínima y de ayuda familiar; y fomentar la movilidad regional.

3.6. La evaluación del quinto Semestre Europeo 2015

Además de la referencia a los indicadores en el Informe Conjunto de Empleo 2015, el Consejo EPSSCO de 18.06.2015 refrendó el informe del Comité de Empleo sobre el IRE, respondiendo al mandato del Consejo para poder identificar a simple vista los principales retos de empleo para la UE y para cada Estado miembro. De esta forma, al igual que la versión de junio de 2014, la de junio de 2015 se basa en los resultados del MEC de la Estrategia Europa 2020, cubre las áreas de políticas generales y específicas de las directrices para el empleo, con el objetivo de identificar en ellas los desafíos clave, mediante: el seguimiento y la evaluación de los principales retos de las directrices para el empleo; y el control cuantitativo de los avances hacia el objetivo principal de la UE y los objetivos nacionales relacionados.

En la versión de junio del 2015 del IRE se incluye una evaluación comparativa actualizada y revisada de los indicadores del mercado laboral y una tabla con los principales indicadores de las 10 áreas políticas, consideradas como retos clave de la UE. En relación con España, se señalan los relativos a: incrementar la participación en el mercado laboral; reforzar su

buen funcionamiento y la lucha contra la segmentación; las políticas activas; los sistemas de seguridad social orientados al empleo; el equilibrio entre vida laboral y familiar; la creación de empleo; la igualdad de género; la mejora de la oferta de formación a lo largo de la vida, las competencias y la productividad; y la mejora de los sistemas de aprendizaje y educación; y se reconocen los buenos resultados en las áreas políticas relativas a: el fortalecimiento del buen funcionamiento del mercado laboral y la lucha contra la segmentación, al haber descendido la protección en los empleos indefinidos, dando una mayor fluidez al mercado laboral; la creación de empleo, al haber aumentado el autoempleo; la igualdad de género, al reducirse la brecha de género en el empleo para el grupo de edad de 55-64 años; y el alineamiento de los costes laborales unitarios con los desarrollos de la productividad en los últimos años.

3.7. Conclusiones de los Consejos Europeos 2015 sobre la Estrategia Europa 2020

A propósito del Semestre Europeo 2015, el Consejo Europeo de 19 y 20.03.2015 refrendó las tres principales prioridades del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento, invitando a los Estados miembros a trasladarlas a sus PNR y a sus programas de estabilidad o convergencia, mientras que el Consejo Europeo de 25 y 26.06.2015, respecto del empleo, el crecimiento y la competitividad, al poner fin al Semestre Europeo 2015, hizo lo propio con las recomendaciones específicas por país además de solicitar su aplicación con rapidez, congratulándose del acuerdo alcanzado en relación con el FEIE.

4. LA REVISIÓN INTERMEDIA DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020

4.1. Balance de la Estrategia Europa 2020

El Consejo EPSSCO de 10.03.2014 procedió a un intercambio de opiniones sobre: el modo de estructurar y organizar la revisión

del proceso de la Estrategia para que sus objetivos pudieran reforzarse mutuamente, ya que en los últimos años el retroceso económico había jugado especialmente en contra de ellos, por lo que no se habían alcanzado los resultados deseados; los principales mensajes de las futuras orientaciones de empleo, considerando que el desempleo juvenil debería ser examinado como una prioridad horizontal a partir de las experiencias de los ciclos del Semestre Europeo; y los cambios a considerar para reforzar las iniciativas y las acciones de apoyo y alcanzar los objetivos de empleo y sociales en el periodo que resta hasta concluir la Estrategia Europa 2020, y la naturaleza de las competencias implicadas, a partir de la Comunicación de la Comisión sobre el balance de la Estrategia Europa 2020, de 5.03.2014 en la que se presentó el estado de situación de Europa tras los cuatro primeros años de su aplicación, desde 2010, cuando la amplitud y la duración de la crisis eran desconocidas, a través del análisis de: las repercusiones de ésta, entre ellas el aumento de las tasas de desempleo y de pobreza, que ha creado situaciones muy diferentes en los Estados miembros; la incidencia de las tendencias a largo plazo sobre el crecimiento, respecto de las transformaciones y la evolución de la sociedad; la mundialización y el comercio; la evolución de la productividad y la utilización de las TIC; y la presión sobre los recursos y las preocupaciones medioambientales; los progresos y los resultados en la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020; pasando revista: al papel de sus objetivos principales, sus limitaciones intrínsecas (no exhaustividad; vinculación y obligatoriedad políticas; y evaluación cualitativa) y sus ventajas (ilustración del cambio fomentado por la Estrategia; punto de referencia para los objetivos nacionales; y facilidad para realizar su seguimiento); de las iniciativas emblemáticas y los mecanismos conexos, como el mercado único europeo, el presupuesto y el programa de política exterior, a escala de la UE (en relación con la contribución al aprendizaje mutuo; la guía para la utilización de los recursos económicos de la UE, en los periodos 2007-2013

y 2014-2020; y la inspiración para las acciones de orientación en los Estados miembros); del Semestre Europeo, sus resultados (marco creíble para la aplicación de las políticas y para la traducción de las recomendaciones anuales por país en reformas estratégicas; la contribución de la vigilancia integrada a la conciliación de las prioridades económicas y presupuestarias; la consolidación de los contactos entre la UE y los Estados miembros y el fortalecimiento de la interacción entre éstos; el refuerzo de las capacidades de análisis y de seguimiento en la UE; y el debate sobre nuevas ideas para completar la UEM); y sus limitaciones y debilidades (en la concentración de las urgencias a corto plazo con las necesidades a más largo plazo, por la necesidad de afrontar la crisis y sus consecuencias; la dependencia de su eficacia de la voluntad de cada Estado miembro y de la capacidad colectiva de la UE; el éxito del proceso para la concienciación de todos los actores implicados y su adhesión a él; y la multiplicación de procedimientos, documentos y disposiciones jurídicas que sobrecargan el proceso y afectan negativamente a su claridad); concluyendo que subsisten las razones que justificaron en 2010 la puesta en marcha de la Estrategia Europa 2020; que el proceso de integración económica reforzada y el de convergencia de las rentas y el nivel de vida en los Estados miembros se ha ralentizado e incluso invertido en ciertas regiones de Europa, por la acumulación de desequilibrios y la crisis; que es el momento para revisar la Estrategia y fijar las prioridades de las políticas a adoptar durante la segunda mitad del decenio; que el balance del progreso en el logro de los objetivos es desequilibrado, ya que mientras en relación con la educación, el clima y la energía, se acerca a su consecución, en materia de empleo, I+D y reducción de la pobreza se está lejos de alcanzarlos, observándose el aumento de las diferencias y desigualdades entre los Estados miembros y dentro de ellos; que debe considerarse el fortalecimiento de la gobernanza económica y su calificación de instrumento poderoso para responder a las prioridades de las políticas futuras de la UE y de los Estados miembros para alcanzar los

objetivos de la Estrategia después de la crisis; que los cuatro primeros años de aplicación de la Estrategia han servido para sentar las bases de sus futuros resultados; y considera necesario realizar una consulta en la UE con todas las partes afectadas sobre las enseñanzas a extraer y sobre los principales elementos que han de definir las próximas etapas de la Estrategia, a partir de la cual la Comisión presentará, al inicio de 2015, propuestas sobre su continuidad.

Además, en sus tres anexos, la Comunicación incluye: un cuadro con las principales etapas del Semestre Europeo; el panorama de los avances en la realización de los objetivos de la Estrategia Europa 2020; y el balance de cada una de las iniciativas emblemáticas a 2014.

Por otra parte, la nota de la Presidencia sobre la Comunicación de la Comisión relativa a «El camino a seguir: fortalecimiento, coordinación y aplicación de la Estrategia Europa 2020», que considera a ésta como una herramienta para la mejora de la coordinación entre los diferentes niveles de la arquitectura europea y las distintas áreas políticas, se refiere a: la realización de un esfuerzo especial para mejorar el potencial de Europa en favor del crecimiento estable, el empleo y la competitividad; que mediante los objetivos comunes se apoya la reforma, fomenta la inversión y recupera una Europa competitiva y productiva en un mundo globalizado, considerando que la competitividad y la productividad son requisitos básicos para mejorar los estándares de vida y la cohesión territorial y social; que Europa, a través de sus iniciativas ha gestionado la mejora de la coordinación de sus sistemas de política económica, que la crisis ha destapado y ampliado los desequilibrios económicos, social y de empleo, y que el buen funcionamiento de la unión monetaria debe tener en cuenta y responder rápidamente a las implicaciones sociales de las reformas necesarias para impulsar el empleo, el crecimiento y la competitividad.

Por ello, la Estrategia Europa 2020 ha asumido importantes objetivos de política social,

adoptando por primera vez objetivos cuantitativos, que destacan la profunda interconexión entre los aspectos social y económico, ya que la sostenibilidad económica y el equilibrio macroeconómico no pueden alcanzarse sin salvaguardar el núcleo de los logros sociales y sin promover el empleo sostenible. Al tiempo, dado que el desorden financiero y la crisis económica han dificultado su logro, y que las reformas y los ajustes han afectado con especial dureza a algunos Estados miembros y a amplios sectores de su población, se requiere mayor firmeza para mantenerlos y continuar su aplicación, con más énfasis en las políticas sociales preventivas capaces de frenar el empeoramiento de las condiciones sociales en la UE, mediante inversiones en capital humano y el apoyo a la reincorporación al trabajo de quienes se encuentran fuera del mercado laboral, que deberán situarse en el centro de la aplicación de las reformas; y que después de la vuelta a la recuperación económica las políticas que aborden los desequilibrios en los Estados miembros deberían ser una prioridad compartida y dedicar todos los esfuerzos necesarios para sostener la recuperación emergente y aumentar las oportunidades de los excluidos, además de compartir los beneficios de la vuelta al crecimiento.

Así pues, cuando la Estrategia Europa 2020 ha llegado a su ecuador, es necesario evaluar lo logrado, las razones por las que no se han alcanzado otros objetivos y centrarse en lo que se debe continuar haciendo, de modo que la revisión intermedia debe incluir también la de las orientaciones de empleo y su actualización, reflejando la situación actual del mercado de trabajo y de la UE.

4.2. El balance de las reformas estructurales realizadas durante la crisis en el mercado de trabajo

El Informe del Comité de Empleo sobre el balance de las reformas estructurales realizadas en el mercado laboral durante la crisis, reafirmado por el Consejo EPSSCO 19.06.2014,

tras aludir al art. 148 TFUE y a los 18 años de experiencia de la Estrategia Europea de Empleo, que sirven de marco, a través del método abierto de coordinación, al intercambio de información, debate y coordinación de las políticas de los Estados miembros y de la Unión para establecer las condiciones de creación de más y mejores empleos en la UE; y a la incorporación de la Estrategia Europa 2020 al Semestre Europeo para ayudar a fortalecer la integración de las políticas económica, de empleo y social, en el que juega un papel clave el Comité, mediante la elaboración del Informe Conjunto de Empleo, de las orientaciones de empleo y del seguimiento de las políticas de empleo de los Estados miembros, reforzado los últimos años por las revisiones multilaterales del progreso de éstos en la aplicación de las Recomendaciones específicas por país, se centra en siete áreas temáticas, referidas a:

- La modernización y simplificación de la legislación sobre la protección del empleo para mejorar la capacidad del mercado laboral de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas, eliminar las rigideces, combatir el trabajo no declarado y la segmentación, materializada en la adopción de reformas estructurales en 11 Estados miembros desde el inicio de la crisis, y en la promoción de instrumentos para la flexibilidad interna, especialmente al comienzo de aquella, para hacer posible la conservación de los puestos de trabajo.

- las políticas activas del mercado de trabajo, mediante la mejora de su capacidad de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas, y la adaptación de las competencias, a la inversión en aquellas, rediseñadas para adaptarlas mejor a las necesidades individuales (especialmente de los jóvenes desempleados y de los «ni-ni», mediante la puesta en marcha a tiempo de la Garantía Juvenil; de los trabajadores mayores; los discapacitados, los inmigrantes y los parados de larga duración), que incluyen la mejora del funcionamiento de los servicios públicos de empleo, para apoyar una reinserción rápida

de estos colectivos en el mercado laboral, mediante las reformas realizadas en el periodo 2011-2013 al menos en 18 países para modernizar y mejorar la accesibilidad a sus servicios, extendiéndolos a los parados de larga duración y a los jóvenes marginales, mejorando los procesos de ajuste de la oferta y la demanda de empleo mediante la personalización de los servicios, y crear un sistema efectivo de apoyo a la activación de los desempleados, con la participación de las agencias privadas de colocación, y la mejora de la cooperación entre los servicios públicos de empleo en la UE, si bien es necesario seguir realizando esfuerzos, con más atención a las condiciones locales del mercado laboral, a la prestación de los servicios de orientación en la búsqueda de empleo y al desarrollo de la complementariedad entre los servicios públicos de empleo;

- la modernización de los sistemas de seguridad social, materializada en la reforma de las prestaciones por desempleo en 9 Estados miembros, centrada en las restricciones en los requisitos de elegibilidad, la reducción de su cuantía, la introducción de medios de comprobación y la condicionalidad, vinculados a la búsqueda activa de empleo y al establecimiento de prestaciones dependientes de la duración del desempleo; la racionalización de la asistencia social en algunos países, luchando contra el fraude, en particular en las prestaciones de dependencia, al tiempo que algunas reformas se han ocupado de fortalecer la protección social de los empleos atípicos, para orientar a los desempleados a convertirse en autónomos y a continuar percibiendo las prestaciones durante el inicio de esta actividad, disponiendo de fondos obligatorios especiales para atender las necesidades de estos trabajadores durante los periodos de permiso parental, enfermedad de larga duración, y aplazando sus cotizaciones a la seguridad social, entre otras medidas; sin olvidar la contribución de la reforma de las pensiones a la permanencia y activación de los trabajadores mayores, reduciendo los incentivos para la jubilación anticipada, elevando la edad de acceso a la pensión y aumentando los incentivos para prolongar el trabajo más allá

de la edad de jubilación, garantizando sistemas de pensión sostenibles con especial atención a las prestaciones de discapacidad y a los programas de rehabilitación, en el marco de las medidas de activación de estos trabajadores; y las reformas desarrolladas por buen número de países para modernizar los sistemas de seguridad social, reforzando los elementos de activación, mejorando su cobertura y reduciendo la dependencia de ellos;

- el fortalecimiento de la igualdad de género y del equilibrio entre el trabajo y la vida, ante la forma diferente en que la crisis ha afectado a las mujeres y a los hombres en el mercado laboral, al desaparecer la diferencia entre las tasas de desempleo de unas y otros, situándose en 2012 en el 10,4% para los hombres y en el 10,5% para las mujeres; el hecho de que las cuestiones del mercado laboral relacionadas con el género siguen siendo un reto considerable en la UE, lo que justifica las recomendaciones a los Estados miembros sobre el empleo de las mujeres, referidas al aumento de la disponibilidad de servicios de atención a la infancia y a las personas mayores, la eliminación de los desincentivos fiscales para el trabajo de una segunda persona en el hogar, generalmente mujeres, la reducción de la brecha salarial y en las pensiones y la armonización de la edad de jubilación para hombres y mujeres, y que las actuaciones para abordar estos retos difieren en extensión y en diseño, con la consiguiente diferencia en el progreso alcanzado;

- la dotación de la formación adecuada y la disposición de sistemas educativos que respondan a las necesidades del mercado laboral, con referencia a las deficiencias y los desajustes existentes entre las cualificaciones y las exigencias de empleo y las necesidades de este mercado intensificadas durante la crisis, por lo que la mayoría de los Estados miembros han recibido recomendaciones en materia de educación y formación en el periodo 2011-2013, a partir de las cuales han adoptado una amplia relación de medidas de reforma dirigidas a estrechar los vínculos entre

los resultados de la educación, la formación profesional y la formación permanente y las ofertas y necesidades del mercado de trabajo, concretadas en el apoyo a la transición a éste desde la educación y la formación profesional durante el Semestre Europeo, en la mejora de la calidad del aprendizaje y de la educación y la formación profesional y en la reducción del fracaso escolar, con consecuencias en el bajo nivel de formación en competencias básicas y en las limitaciones para la empleabilidad; y al elevado porcentaje de adultos con bajo dominio de estas competencias, que no participan en actividades de formación permanente, con el riesgo de quedar atrapados en las trampas de las bajas cualificaciones, por lo que los Estados miembros deben continuar los esfuerzos para recalificar y aumentar sus competencias, especialmente de los menos cualificados, y hacer realidad la formación durante toda la vida, así como reformar la educación superior, garantizar la sostenibilidad de su financiación y la colaboración más estrecha con los actores del mercado de trabajo, en particular con las empresas;

- el coste del trabajo y la reducción de su fiscalidad, dados los efectos negativos de los altos niveles de imposición sobre el trabajo, en especial sobre los salarios más bajos, en relación con las oportunidades de empleo, repasando las medidas adoptadas en los Estados miembros para reducir las cargas de la seguridad social, mediante incentivos fiscales para facilitar la contratación de grupos desfavorecidos y estimularla en las microempresas, y la elevación de los límites de ingresos exentos de imposición fiscal; constatando que el impacto de estas medidas no se aprecia todavía con claridad;

- la adaptación de los salarios al reto de la competitividad, aludiendo a la moderación y a las reformas en su fijación como un factor para ganar competitividad internacional y corregir los desequilibrios internos, a través de una relación más fuerte con las fluctuaciones económicas, la productividad y la creación de empleo; a los países que han introducido re-

formas de largo alcance en sus sistemas de negociación salarial para permitir una mayor flexibilidad a nivel de empresa, modificando la estructura de la negociación colectiva, reduciendo la eficacia de sus acuerdos al finalizar su vigencia inicial, y revisando las condiciones de representatividad de las organizaciones sindicales participantes en el proceso negociador, además de ajustar los mecanismos de indexación automática para responder a la evolución de los precios y de la productividad; y a las importantes medidas adoptadas en el sector público, entre ellas la derogación de acuerdos colectivos y los recortes salariales y de otras percepciones económicas en aras de la consolidación fiscal, y en el sector privado, para prevenir la pobreza en el trabajo, apoyar la competitividad y la creación de empleo, mediante la introducción de salarios mínimos, con consecuencias dispares, ya que en algunos Estados miembros se ha traducido en la reducción de los salarios mínimos reales, y en otros en la revisión al alza para colectivos específicos de trabajadores, concluyendo que en todo caso han contribuido al reequilibrio al reducirse las percepciones nominales de los trabajadores, en unos casos, y aumentar sustancialmente la productividad, traducido en aumentos de aquellas, en otros; y que se deberá seguir avanzando en el seguimiento del impacto de las revisiones del salario mínimo sobre el empleo.

La segunda parte del Informe, dedicada a los retos y las reformas políticas en 2011-2013, presenta los datos de los efectos de la crisis, con la pérdida de 4,4 millones de puestos de trabajo entre 2008-2012, un aumento de la tasa de desempleo del 7,1% al 11% en el segundo trimestre de 2012, y sobre determinados colectivos, como el de los jóvenes, que en el caso de los «ni-ni» llegó al 13,2% al final de 2012; y examina el reto del empleo a partir de las siete áreas temáticas señaladas.

La tercera parte del informe recoge las conclusiones y algunas notas sobre los retos de futuro, con referencia a: la extensión, el alcance y la velocidad de las reformas realizadas en

los Estados miembros en el periodo 2008-2013 para abordar las debilidades estructurales y restaurar la competitividad, que se ha acelerado por el impacto de la crisis económica en los mercados laborales europeos; el paso del tiempo hasta que las reformas de este mercado y de la educación produzcan resultados; la coordinación con las reformas del mercado de productos, que pueden mitigar los impactos adversos de las reformas del mercado laboral sobre los salarios reales y la demanda interna y promover oportunidades de emprendimiento y autoempleo; la implicación en el proceso de reforma a escala nacional de los agentes sociales y otras partes interesadas para la aplicación de éstas; la trascendencia de la velocidad y el ámbito de la reforma de la legislación de la protección del empleo desde el inicio de la crisis, señalando que si en el periodo 2008-2009 los sistemas de seguridad social jugaron un papel importante en el sostenimiento de las rentas de los hogares, este efecto estabilizador se ha venido debilitando a partir de 2012; la urgencia de abordar los desajustes en el mercado laboral, especialmente en el caso de los jóvenes, a través de la aplicación de una Garantía Juvenil, de los parados de larga duración y de los trabajadores mayores; la mayor participación de las mujeres en el mercado laboral, esencial para mejorar el potencial de crecimiento de la UE y para afrontar los retos demográficos; la batería de reformas producidas durante el Semestre Europeo en el área de la educación y de la formación para adecuarlas al desarrollo del mercado laboral, a pesar de las cuales subsisten retos importantes, especialmente en la prevención del desempleo juvenil; el progreso en la reducción de la fiscalidad sobre el trabajo y la transferencia al consumo y al medio ambiente, y en la revisión de los sistemas de fijación de los salarios para favorecer el ajuste económico, la competitividad y la creación de empleo.

Así pues, ante el futuro, se mantiene la necesidad de promover una recuperación rica en empleo y de garantizar la mejora del funcionamiento del mercado laboral a largo plazo en la UE y por ello continuar las refor-

mas en la medida en que muchos de los retos (competitividad global, cambio demográfico y cambio climático) se han actualizado; y se señalan las lecciones a extraer de la crisis, entre ellas que la nueva dirección de las reformas del mercado laboral requiere reconocer el papel esencial que juegan en el contexto de la política económica y social más amplia y de la consideración más fuerte de las necesidades de este mercado por parte de las políticas macroeconómicas, del mercado de productos y social, y que para el éxito de éstas hay que contar con la estrecha interacción con los interlocutores sociales y otras partes interesadas; que los Estados miembros deben continuar explorando nuevos enfoques para la creación de empleo, aprovechando el potencial de los sectores ricos en empleo y respondiendo a la creciente polarización de los mercados laborales, cuyas políticas deben adaptarse para explotar todo su potencial, y orientarse hacia una integración del mundo de la educación y del trabajo, centrándose en el aprendizaje a lo largo de toda la vida e incluyendo la anticipación de las cualificaciones requeridas, ya que la UE no puede permitir la pérdida de capital humano y el impacto sobre la exclusión social del funcionamiento insuficiente de los mercados laborales; que las reformas necesitan mejorar la capacidad de los sistemas de educación y formación para producir resultados de gran calidad, precisando que el trabajo de calidad sea accesible para todos, introduciendo más flexibilidad externa e interna, aplicando estrategias integrales para prevenir y combatir el paro de larga duración, garantizando el tránsito de las prestaciones pasivas a las activas; completando la mejora de la transición de la escuela al trabajo a través de una garantía juvenil; y aplicando los principios del envejecimiento activo en el mundo del trabajo.

También se señala que después de la crisis, dada la mayor diversificación del trabajo y la mayor variación de las carreras profesionales, se requerirá la participación de todos los grupos y nuevos enfoques para desarrollar las políticas del mercado laboral en

Europa, y se plantearán retos a los servicios públicos de empleo para poner en marcha sistemas de ajuste eficiente de la oferta y la demanda, con transiciones suaves, rápidas y seguras al empleo, que satisfagan las necesidades de los trabajadores y los empleadores, fomentando la movilidad y la innovación, y facilitando el tránsito seguro entre empleos, sin obstáculos o sanciones injustificados, mediante incentivos adecuados establecidos en los sistemas fiscales y en la legislación laboral, con atención especial a la lucha contra el trabajo no declarado.

En cuanto a la gobernanza económica europea y la Estrategia Europa 2020, se recuerda que la crisis ha intensificado la necesidad de centrarse en las prioridades y en las reformas estructurales para alcanzar los objetivos de ésta, para lo que el Semestre Europeo se ha manifestado como un marco efectivo para la coordinación política, habiéndose realizado cambios profundos en la gobernanza económica durante la primera mitad de la Estrategia, traducidos en una preponderancia de las cuestiones fiscales y macroeconómicas en detrimento de las de empleo y sociales, con menor atención de lo deseable a la interdependencia entre unas y otras. Para superar esta situación, se plantea usar mejor las estructuras de gobernanza existentes y poner en marcha un procedimiento simplificado respecto de las recomendaciones, sin necesidad de llevar a cabo ningún cambio político.

A propósito del papel de las orientaciones de empleo dentro de las orientaciones integradas, comprobada, tras 15 años de experiencia, la validez de la Estrategia Europea de Empleo como marco de referencia para la coordinación de las políticas de los Estados miembros a través de la supervisión multilateral y la continua mejora de la gobernanza de la política de empleo, se confirma que no serán necesarios nuevos procesos y se reafirma el valor añadido de la participación del Consejo EPSSCO en el de la gobernanza económica, basado en su conocimiento detallado del funcionamiento de los mercados laborales

y de sus relaciones con los interlocutores sociales, por lo que la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020 debería ser una oportunidad para actualizar las orientaciones de empleo, y fortalecerlas, hacerlas más transparentes y favorables a sus usuarios, estableciendo algunos compromisos mínimos que los Estados miembros y los interlocutores sociales deberían asumir mediante la promoción de las mejores prácticas, el fortalecimiento de la coordinación política respecto de la eficacia y la eficiencia de las políticas activas del mercado de trabajo, de las reformas para combatir la segmentación y desarrollar el capital humano, para lo que el Comité de Empleo se compromete a impulsar la reforma de una vigilancia multilateral más fuerte, eficiente y amplia, y a afinar el funcionamiento de algunos de los instrumentos ya existentes a disposición del Consejo EPSSCO, con ocasión de los trabajos de revisión en profundidad del proceso, convencido de que la evaluación de los retos de las economías de la UE y de los Estados miembros y de sus avances debería basarse en las competencias específicas de las formaciones del Consejo y de sus Comités preparatorios, lo que permitirá establecer un marco más claro para la interacción entre los Estados miembros, considerando esencial la participación de los agentes sociales, a través de la mejora del diálogo, en el desarrollo de los PNR.

En anexos se incluyen las Recomendaciones específicas por país y la relación de las tres medidas de reforma más importantes realizadas en cada Estado miembro en el periodo 2011-2013, que en el caso de España fueron la reforma del mercado laboral de 2012, su desarrollo posterior, y la evaluación de su impacto sobre su funcionamiento; la regulación de las políticas de activación y de modernización de los servicios públicos de empleo, su estado de aplicación a través de los planes anuales de empleo de 2012 y 2013 o de la reforma de las prestaciones no contributivas por desempleo; y la Estrategia para el Emprendimiento y el Empleo de los Jóvenes 2013-2016, que incluye la Garantía Juvenil.

4.3. Las orientaciones para la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020.

Tras el debate político celebrado a partir de la nota de la Presidencia sobre la forma de mejorar la integración de la Estrategia revisada dentro del Semestre Europeo, asegurando su toma en consideración adecuada respecto a otros objetivos que se persiguen con este proceso, sobre su papel en la gobernanza económica y social del Semestre; y la necesidad de simplificar y/o racionalizar los procesos y los métodos y sobre cómo podría vincularse mejor la Estrategia con otras políticas y procesos en el área de competencia del Consejo EPSSCO, en la sesión del 16.10.2014, éste aprobó el Informe Conjunto de los Comités de Empleo y de Protección Social, que identifica una serie de propuestas orientativas de la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020, referidas a:

- el desarrollo de la dimensión estratégica a través de: un programa de inversiones equilibrado en favor del crecimiento, el empleo y la inclusión social, reafirmando la importancia del fortalecimiento de estas prioridades de la Estrategia, especialmente de la dimensión del empleo, que debe apoyar el esfuerzo de los Estados miembros en inversión social para lograr una Europa más justa e integrada socialmente además del empleo y la competitividad, por lo que habría que centrarse en aplicar las reformas necesarias para avanzar, algunas de las cuales tardan en producir resultados, y presionar para que el proceso de aplicación no se detenga, sin necesidad de establecer nuevos objetivos, procesos o herramientas, utilizando mejor y con más eficacia los existentes, reforzando la integración de los objetivos económicos y sociales, teniendo en cuenta la igualdad de género, y las sinergias con otras estrategias, como la de seguridad y salud en el trabajo y la de educación y formación, que deben reforzarse, destacando la necesidad de incorporar plenamente a todos los Estados miembros, respetando el papel de los parlamentos y de los agentes sociales nacionales; indicando

que los objetivos principales deben mantenerse en el centro de la revisión, sin rebaja alguna a pesar del impacto de la crisis y del reconocimiento de la falta de progreso y sin aumentar su nivel, admitiendo la posibilidad de reconocer a los Estados miembros la capacidad para adaptarlos mediante la fijación de objetivos intermedios, y prestar atención especial al objetivo de la inclusión social, que requiere una amplia batería de actuaciones políticas que aborden las formas más persistentes y graves de pobreza y exclusión social y la aplicación de una combinación de enfoques universales y selectivos, reconociendo el papel esencial de la provisión de servicios y prestaciones adecuadas, de modo que los Estados miembros se deben comprometer a garantizar un nivel adecuado de protección social y proseguir sus esfuerzos para mejorar la eficiencia y la eficacia de las políticas sociales centradas en los grupos más vulnerables; y la necesidad de un mayor esfuerzo de las iniciativas emblemáticas para aumentar su contribución a la apropiación y la visibilidad de la Estrategia, especialmente a escala nacional; dado que las relacionadas con el empleo han mostrado poco valor añadido y que la Plataforma Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social ha tenido un efecto limitado;

- el mecanismo de cumplimiento: el papel de los Consejos EPSSCO y ECOFIN en el Semestre Europeo, señalando el valor de este instrumento para implicar a los Estados miembros en la coordinación de las reformas estructurales, al exigir trabajar de forma más equilibrada para orientar el progreso en el cumplimiento de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, y atribuyendo la responsabilidad de primer grado en su aplicación a los Consejos EPSSCO y ECOFIN, sobre la base de una asociación justa, que deberá facilitarse más mediante la cooperación de los Comités de Empleo y de Protección Social y el reconocimiento de su papel en el ámbito de las pensiones, la salud y los cuidados de larga duración, garantizando que ambos Consejos debatan todas las cuestiones relevantes de su competencia de manera general y complementaria,

lo que es especialmente pertinente en el PDM y en el paquete de seis medidas legislativas, con el consiguiente reflejo en la coordinación a escala nacional para garantizar posiciones coherentes. De esta forma, atendiendo al papel clave de los Consejos EPSSCO y ECOFIN, se pone de manifiesto el potencial para mejorar las redes con un amplio abanico de otros agentes importantes, para lo que los Comités de Empleo y de Protección Social deberán: mejorar su cooperación en las cuestiones de interés común; continuar e intensificar la cooperación con los interlocutores sociales, según los métodos de trabajo adoptados por el Comité de Empleo, que deberá colaborar con las secciones del Consejo dedicadas a la educación y explorar vías para impulsar y mejorar su relación, con atención especial a las cuestiones relativas al capital humano, y recurrir a la experiencia de la Red Europea de Altos Responsables de los Servicios Públicos de Empleo para su labor de supervisión multilateral; mientras que el Comité de Protección Social continuará intensificando su colaboración con el Grupo de Alto Nivel de Salud Pública y realizando esfuerzos para implicar a todas las partes interesadas;

- los instrumentos: las recomendaciones específicas por país, los documentos de trabajo de la Comisión, la supervisión multilateral y la presión de los homólogos, destacando que el elemento clave para la aceptación de las prioridades en las recomendaciones y para su aplicación radica en la apropiación nacional, por lo que el análisis para su adopción debe ser compartido con los Estados miembros lo antes posible, y la documentación elaborada por la Comisión debe publicarse antes que las propuestas de la recomendaciones, para que los Estados miembros puedan debatirlas bilateralmente y en los Comités; planteando que el Consejo EPSSCO debería abordar todas las cuestiones suscitadas por las recomendaciones, incluidas las dirigidas a la eurozona, que sean de su responsabilidad y competencia en cuanto a la formulación y aplicación de las políticas; que las recomendaciones deberían seguir siendo anuales para mantener la presión sobre su aplicación, centrarse en priori-

dades basadas en evidencias empíricas y en evaluaciones globales de los instrumentos de seguimiento existentes y no ser demasiado prescriptivas, con margen a los Estados miembros para adaptar las respuestas políticas a las circunstancias nacionales, y con tiempo suficiente para poder materializar sus primeros resultados, en el caso de las reformas estructurales a largo plazo; proponiendo reforzar el diálogo en la fase de preparación del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento basado en instrumentos como el Cuadro de indicadores sociales y de empleo, el IRE, el IRPS, y el MEC, y en una definición común de las prioridades, que la Comisión y los Estados miembros deberían revisar conjuntamente; señalando que el correcto funcionamiento del Semestre requiere información adecuada y oportuna, evitar la multiplicación de las obligaciones de este tipo, manteniendo como principal instrumento de esta naturaleza los PNR, complementados con los informes sobre las políticas de inclusión y protección social; manifestando que la clave para aceptar las prioridades de las recomendaciones es la apropiación nacional de éstas, que el tiempo para su publicación y su adopción no permite un debate multilateral suficientemente profundo en y entre los Comités, y que el Semestre debería dejar margen suficiente para la participación de los parlamentos nacionales o la consulta con los agentes sociales y otros actores; que la supervisión multilateral de las reformas sociales y de empleo debería reforzarse y racionalizarse, con el compromiso de todos los comités preparatorios para llevarla a cabo, de modo que en los casos en los que ya se haya puesto en marcha una reforma, la información se centraría en la suficiencia de las medidas aplicadas, y cuando la reforma esté en proceso de preparación, se deberían debatir ex ante los planes futuros; concluyendo que los programas de examen por los homólogos pueden adaptarse para tratar las cuestiones planteadas durante el proceso de las recomendaciones;

- el mejor uso de los instrumentos del Consejo EPSSCO, del art. 148 del TFUE y de la Estrategia Europea de Empleo, creada para

apoyar las reformas y para ayudar a las personas y a los mercados laborales a responder al cambio económico desde hace 15 años, 4 de ellos dentro de la Estrategia Europa 2020, que aporta un marco firme para la coordinación de las políticas de los Estados miembros, mediante la supervisión multilateral, y la mejora de la gobernanza de la política de empleo, la comprensión común de los retos comunes, la supervisión rigurosa del progreso en la aplicación de las recomendaciones, el aumento de la presión de los homólogos y el análisis multilateral de las prioridades temáticas Del art. 148 del TFUE se señala que: debe utilizarse todo su potencial para mejorar los acuerdos de la gobernanza, reforzándolos en relación con: las orientaciones estratégicas de empleo; una supervisión más firme y eficiente; y el papel del Informe Conjunto de Empleo como instrumento autónomo y visible que hace balance de las reformas en curso y aporta orientaciones para todas las políticas. En cuanto el método abierto de coordinación social, se considera que la mejora de la gobernanza social y de la coordinación de las políticas económica y social representa una contribución importante para lograr los objetivos de la Estrategia Europa 2020, lo que implica mantener un enfoque integrado y coherente de todos los ámbitos políticos relevantes y la cooperación entre la UE y todos los niveles de gobierno; que la sinergia con las directrices integradas y el art. 148 TFUE debe incluir todas las áreas de la protección y de la inclusión social, en las que ha probado su eficacia, pueda mejorar el modelo de gobernanza social sin establecer mecanismos nuevos o adicionales; se reconoce el valor añadido de la aportación del Comité de Protección Social en materia de inclusión y de protección social, de modo que sus métodos de trabajo para contribuir a la Estrategia Europa 2020 podrían formalizarse para mejorar la transparencia y la gobernanza respetando los artículos 121 y 148 del TFUE; y que los elementos de este método deberían ser reconocidos como instrumentos adecuados para el Semestre Europeo, así como el peso del Consejo EPSSCO en las materias relacionadas con las políticas de protección social.

Finalmente, se destaca el papel esencial de los dos Comités del Consejo EPSSCO para apoyar a éste en todas las fases del Semestre Europeo, y que para dar cumplimiento al mandato del Tratado y mejorar la cooperación entre ellos deberían reflexionar sobre una reforma de sus reglamentos y de sus normas de gestión; se reconoce que la adopción del cuadro de indicadores sociales y de empleo es un importante paso adelante para la mayor visibilidad de los retos sociales y de empleo, que debería revisarse regularmente, como parte integrante de los instrumentos de seguimiento existentes; que las herramientas de seguimiento de los resultados permiten identificar las principales tendencias comunes sociales y del empleo, reforzando la capacidad de supervisión multilateral de estos Comités, apoyando al Consejo EPSSCO en su tarea de elevar al Consejo Europeo las cuestiones relevantes en este ámbito; que los retos relativos a la actualidad y disponibilidad de datos para mejorar la capacidad de evaluación de los impactos sociales y de empleo y el seguimiento y la evaluación cuantitativos de estas políticas deberían seguir siendo competencia fundamental del Consejo EPSSCO y de sus Comités; y que habría que continuar trabajando para mejorar los indicadores sociales y de empleo, incluidos los efectos generales de las políticas económicas y presupuestarias sobre los sistemas de empleo, protección social e inclusión social para aportar nuevas orientaciones en las áreas políticas de acción prioritaria de los Estados miembros y de la Unión.

4.4. La gobernanza social en una Europa inclusiva: el camino a seguir

La reunión informal de los ministros de empleo, asuntos sociales e igualdad de género, del 16 y 17.07.2015, abordó la dimensión social en el marco de la gobernanza de la Unión Europea, y más concretamente el punto de vista de los Estados miembros sobre la profundización y la mejora de la gobernanza de la dimensión social en el Semestre Europeo a la luz de las tendencias a observar, teniendo más

en cuenta la cláusula social horizontal y los estándares sociales acordados en la eurozona; y la promoción de la dimensión social de la Unión y de la UEM a partir del método abierto de coordinación social, para lo que la Presidencia elaboró una nota en la que trata de:

- la profundización en la dimensión social de la Unión, concluyendo que se necesita a medio y largo plazo más ambición para lograr una UEM genuina y que funcione y mientras tanto debería reforzarse su responsabilidad y su legitimidad democrática, incorporando la dimensión social en el marco de la gobernanza, para garantizar un enfoque adecuado y racionalizado de las políticas de empleo y social en el Consejo EPSSCO, particularmente en la eurozona, reconociendo las peculiaridades de estas políticas a escala europea, respetando plenamente las bases legales, los tratados y las competencias de los Estados miembros, y proponiendo la creación de un Eurogrupo sectorial sobre temas sociales y de empleo, para mejorar el proceso de toma de decisiones, su efectividad y legitimación, que debería jugar un papel de coordinación en el examen de los resultados y en la búsqueda de buenas prácticas;

- la mejora de la dimensión social en el Semestre Europeo, poniendo de manifiesto que éste ha demostrado ser la palanca política que sostiene la principal estructura institucional de la gobernanza de la UE, integrando en su procedimiento los temas de empleo y sociales, a través de las directrices integradas, en base al art. 3 del TUE, sobre la finalidad de la UE y los medios para lograrla, y al art. 9 del TFUE, sobre la cláusula social horizontal, que debía quedar incluida en el marco de la gobernanza de las políticas económica, financiera y fiscal de la UE y en el diseño de los programas de ajuste macroeconómico; aludiendo también a las conclusiones de los Consejos Europeos de 27 y 28.06 y 24 y 25.10.2013, sobre la dimensión social de la UEM, favorables a su fortalecimiento y a la mejora de la coordinación de las políticas económicas, de empleo y social, concluyendo que la dimensión de la política

social debería ser impulsada bajo el liderazgo del Consejo EPSSCO, utilizando los instrumentos existentes, incluidos los indicadores de empleo y sociales, y todo el potencial del marco para prevenir y corregir los desequilibrios sociales, impulsar las reformas y supervisar el avance hacia los estándares sociales acordados en común en la eurozona;

- la utilización del método abierto de coordinación como mecanismo político para la promoción de la dimensión social, recordando que el enfoque de la UE sobre la política social se basa en él, destacando el papel de las revisiones temáticas ex ante y sobre la aplicación de las medidas de reforma, realizadas en los Comités preparatorios del Consejo EPSSCO para la mejor coordinación de los planes de reforma, que constituyen una buena práctica a escala de la UE y se consideran un instrumento relevante para una UEM profunda y genuina; y que las evaluaciones de impacto basadas en el método abierto de coordinación social deberían cubrir los aspectos preventivo y de corrección del PDM y de las revisiones en profundidad, y aplicarse también en el contexto del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y para la promoción y evaluación de las políticas de inversión social en la Unión; y finalmente, que garantizar la consideración de la dimensión social en el marco de la gobernanza de la UE es una cuestión vinculada a la identidad misma de la Unión; y que una gobernanza genuina es esencial para la aplicación de reformas sociales sostenibles, que harán a la UE y especialmente a la UEM más resistente, competitiva y próspera.

Para orientar el debate en el Consejo EPSSCO de 05.10.2015, sobre la gobernanza social en una Europa inclusiva: el camino a seguir, la Presidencia elaboró una nota en la que, partiendo del informe de los 5 presidentes de junio de 2015, sobre la «Realización de la UEM», para hacerla más profunda y equitativa para los ciudadanos y más atractiva para los Estados miembros que traten de adherirse a ella, propuso actuar entre julio de 2015 y junio de 2017, aprovechando los instrumentos

ya existentes, utilizando mejor los Tratados vigentes para llegar a una convergencia de las mejores prácticas y resultados en la UE; y entre julio de 2017 y 2025, recurriendo a medidas más profundas que afectarían a su arquitectura económica e institucional, y en la que el proceso de convergencia podría tener una dimensión más vinculante a través de referencias comunes que eventualmente pudieran ser de naturaleza legal, señalando que el proceso a seguir debería afectar, en el ámbito de las competencias del Consejo EPSSCO a:

- el papel del Consejo EPSSCO, para una coordinación más fuerte de las políticas económicas de la UEM, planteando estructurar el Semestre Europeo en dos fases sucesivas: una fase europea, en la que se abordaría la evaluación de la situación de la eurozona en su conjunto, el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento incluiría una serie de informes temáticos, entre ellos el informe sobre el Mecanismo de Alerta y un informe conjunto sobre los temas sociales y de empleo, que deberían aportar una visión global de los retos de la eurozona; la Comisión presentaría una Recomendación para esta zona y una lista de Estados miembros a los que realizar un seguimiento en profundidad en el marco del PDM; y el Eurogrupo podría asegurar la coordinación en el examen de los resultados; y una fase nacional, en la que se revisarían y evaluarían los resultados y las políticas de los Estados miembros según las prioridades establecidas en el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento, que se iniciaría con la publicación por la Comisión de los informes de los países y concluiría con la adopción de las recomendaciones dirigidas a ellos, con la contribución de los Estados miembros a la elaboración del informe conjunto sobre las cuestiones sociales y el empleo;

- el fortalecimiento del PDM, recordando que el Informe de los 5 presidentes preconizaba la utilización de todo su potencial a través del refuerzo de su dimensión correctora, respecto de la que este procedimiento debería utilizarse también para impulsar la aplicación de reformas estructurales a través del Semestre

Europeo, a partir de la identificación de los desequilibrios excesivos, y de la consideración de los desequilibrios en la eurozona; y proponiendo reflexionar sobre la percepción de los Estados miembros del fortalecimiento de la dimensión social del PDM y su aspecto de corrección, y la medida en que el PDM debería tener en cuenta las especificidades nacionales de las políticas sociales y de empleo y su seguimiento a escala de la UE;

– una mayor atención a los resultados en materia de empleo y social, reflexionando sobre los puntos de vista de los Estados miembros respecto de las modalidades de gobernanza que preconiza el Informe a través del Semestre Europeo y de un PDM reforzado, para estimular la convergencia hacia los mejores resultados en estas materias en la eurozona a corto y medio plazo; sobre cómo contemplan la formalización del proceso de convergencia, especialmente para las políticas sociales y de empleo, a través de la definición y el seguimiento de los estándares y su potencial integración en la legislación de la UE a medio y largo plazo y sobre la interacción que desearían que existiera entre estos estándares y los objetivos de la Estrategia Europa 2020, considerando que una de las líneas directrices de la Comisión Juncker es realizar una triple A social y desarrollar un pilar europeo de derechos sociales, lo que lleva a que las cuestiones sociales y de empleo deban ser una de las prioridades del Semestre Europeo, y que el paro, especialmente el de larga duración, constituya uno de los principales motores de las desigualdades y de la exclusión social; la similitud de los retos (incitar a las personas de todas las edades a trabajar; establecer un buen equilibrio entre flexibilidad y seguridad en los contratos de trabajo; evitar la ruptura entre éstos dos aspectos que permita disfrutar de un elevado nivel salarial y de protección; desplazar la carga impositiva fiscal del trabajo; apoyar individualizadamente a los parados que quieran reincorporarse al mercado laboral; y mejorar la educación y el aprendizaje durante toda la vida) en los Estados miembros, destacando la importancia de asegurar

el acceso a una educación adecuada y a un sistema de protección social eficaz a través de un suelo de protección social; y la necesidad de reformas importantes, que deberían incluir la alineación de la edad de jubilación con la esperanza de vida y una mejor coordinación de los sistemas de seguridad social.

Como resultado de estos debates, en las Conclusiones del Consejo sobre la Gobernanza social para una Europa más inclusiva, adoptadas por el Consejo EPSSCO de 07.12.2015, considerando que una mejor gobernanza y coordinación de las políticas económica, fiscal, de empleo y social representaría una contribución importante al logro de los objetivos de promover un alto nivel de empleo, combatir la exclusión social y garantizar una protección social adecuada; y que un Semestre Europeo modernizado debería continuar garantizando la aplicación de las reformas estructurales necesarias para abordar los retos sociales y de empleo y mejorar los resultados en estos ámbitos, atendiendo a los objetivos de la Estrategia Europa 2020; el Consejo invita a los Estados miembros a: continuar la supervisión de los desarrollos social y de empleo a partir de los instrumentos existentes en el marco del método abierto de coordinación social y de la Estrategia Europea de Empleo; aplicar las orientaciones integradas, en particular en sus aspectos de empleo y sociales; responder adecuadamente a las recomendaciones específicas por país sobre las políticas de empleo y social; y continuar y reforzar la implicación de los interlocutores sociales y de la sociedad civil a escala nacional en las etapas claves del Semestre Europeo; invita a la Comisión a: garantizar la disponibilidad de indicadores válidos para la supervisión de los desarrollos sociales y de empleo; aplicar un enfoque transversal de género en el Semestre Europeo y en todos sus instrumentos y procedimientos; explorar itinerarios adecuados para tener en cuenta los resultados en materia social y de empleo en el Semestre Europeo a la luz del artículo 9 del TFUE, en particular en el contexto de la Estrategia Europa 2020, las orientaciones

integradas, el método abierto de coordinación social y la Estrategia Europea de Empleo; apoyar el trabajo de los Comités de Empleo y de Protección Social en todos los aspectos del Semestre Europeo que les afecten; identificar los retos clave comunes y las tendencias en materia social y de empleo a partir de las prioridades del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento y para que las actuaciones políticas prioritarias alcancen los objetivos comunes de la Unión en estas materias; garantizar la utilización de los indicadores clave sociales y de empleo en el Semestre Europeo para supervisar el desarrollo de la política social y del mercado laboral; facilitar, en el contexto de la mejora de la gobernanza económica, que mientras se busca impulsar la apropiación de las políticas y de las reformas por las autoridades nacionales y las partes interesadas, se respete el papel de los interlocutores sociales y se consulte a la sociedad civil, considerando la competitividad más allá de su dimensión salarial; y cooperar con los Comités de Empleo y de Protección Social en la elaboración de una propuesta para desarrollar un pilar europeo de derechos sociales; e invita a los Comités de Empleo y de Protección Social a: garantizar la supervisión del avance en el logro de los objetivos en la Estrategia Europa 2020; contribuir a la aplicación de las orientaciones integradas, a través de la evaluación del impacto social y de empleo de las reformas estructurales; suministrar anualmente al Consejo un análisis de los desarrollos social y de empleo en los Estados miembros, así como propuestas para las prioridades del Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento; aportar el análisis adecuado para los debates del Consejo sobre los retos comunes clave y las tendencias en la UE, a partir del IRE, el IRPS y los indicadores clave de empleo y protección social; racionalizar la supervisión del desarrollo en materia social y de empleo a partir del intercambio de buenas prácticas y de la utilización de los instrumentos existentes y continuar el fortalecimiento de la implicación de los interlocutores sociales y de la sociedad civil a escala de la UE en las etapas clave del Semestre Europeo.

5. LA INICIATIVA DE EMPLEO JUVENIL Y LA GARANTÍA JUVENIL

5.1. La aplicación de la Iniciativa de Empleo Juvenil y la Garantía Juvenil

El Consejo EPSSCO, de 10.03.2014, considerando prioritarias la promoción del empleo, especialmente el juvenil, la aplicación de la IEJ y el seguimiento de la aplicación de la Garantía Juvenil, cuyos progresos deberían revisarse en la sesión del Consejo EPSSCO de 19.06.2014, tras recordar: su adopción en febrero de 2013, sus objetivos; su dotación presupuestaria, después de referirse a la atención que los Estados miembros deberían prestar a la calidad de las acciones en que debe consistir su actividad (oferta de empleo de buena calidad, educación continua, aprendizaje o prácticas en el trabajo y otras medidas, como la segunda oportunidad educativa, en línea con la Recomendación sobre la Garantía Juvenil), para asegurar el apoyo financiero a sus beneficiarios, y la ejecución de su presupuesto, que se concentrará en 2014 y 2015 para garantizar una rápida puesta en marcha de las acciones, además de financiar el desempleo de los jóvenes con el remanente no gastado del Marco Financiero Plurianual en 2014-2017; la presentación de los planes para la Garantía Juvenil realizada por los Estados miembros con mayores tasas de desempleo juvenil, a la espera de que los restantes los presentaran en las siguientes semanas, así como la Conferencia de 8.04.2014, para hacer balance de la aplicación de la Garantía Juvenil, y la Recomendación sobre el Marco de Calidad para los periodos de prácticas, cuya aplicación es fundamental para lograr resultados reales; y otras herramientas en apoyo de la Garantía Juvenil, como la Alianza Europea para el Aprendizaje y la iniciativa Tú primer empleo EURES; dado el deterioro de los indicadores del desempleo juvenil, y para maximizar la eficacia y el impacto de la financiación disponible, planteó la utilidad de debatir sobre algunas cuestiones centrales que ayudarían a priorizar las políticas a desarrollar para la aplicación de la IEJ y de la Garantía Juvenil, concretamente

sobre: el avance de los Estados miembros en la implementación de los Planes para la aplicación de la Garantía Juvenil; el papel del aprendizaje en la implementación de estos Planes; maximizar las sinergias entre los programas de Garantía Juvenil y los distintos programas activos para jóvenes; cómo pueden los Estados miembros elegibles intensificar sus esfuerzos para finalizar la programación de la IEJ, para comenzar a utilizar la prefinanciación y los pagos de la UE; y qué hacer para optimizar el uso de los recursos financieros disponibles.

5.2. La revisión del desempleo juvenil y la aplicación de la Garantía Juvenil

El Informe del Comité de Empleo sobre la revisión del desempleo juvenil y la aplicación de la Garantía Juvenil, refrendado por el Consejo EPSSCO, de 19.06.2014, planteó el reto de afrontar las causas estructurales del paro juvenil a través de respuestas sistémicas e integrales (reformas de los sistemas de aprendizaje y de formación profesional, prevención del abandono escolar prematuro, orientación y apoyo para la carrera profesional, desarrollo de competencias y ajuste a las necesidades del mercado laboral), integradas en el concepto de Garantía Juvenil; señaló que los 28 Estados miembros habían presentado ya los planes para su aplicación, actualizados en mayo de 2014 con los progresos realizados en la mejora de la coordinación entre ministerios y con las partes interesadas, sobre todo por su publicación en línea y la creación de sitios web nacionales sobre la Garantía Juvenil, lo que ayudaba a promover la transparencia, el diálogo y la sensibilización, y a facilitar sus logros; subrayó la importancia de garantizar un compromiso activo de los interlocutores sociales en todas las etapas del diseño, aplicación y seguimiento de la Garantía Juvenil, y la exigencia de equilibrio entre las medidas a corto plazo y las reformas estructurales a largo plazo para facilitar la integración de los jóvenes, mediante una mejora sistémica en la transición de la escuela al trabajo; la lucha contra la segmentación y la mejora del acceso a los mercados laborales en todos

los Estados miembros, destacando el avance en el desarrollo de un enfoque personalizado, orientado a los resultados de la Garantía Juvenil, que permita a los Estados miembros modular su aplicación según sus circunstancias nacionales y locales, para lo que también era importante un enfoque asociativo para las intervenciones y las activaciones tempranas y para incorporar a los jóvenes no inscritos, para lo que algunos Estados miembros habían desarrollado proyectos piloto.

En cuanto a las revisiones de los planes nacionales, el Informe señaló que garantizar su desarrollo oportuno y con éxito representaba un importante reto político, dado el contexto de las restricciones de capacidad existentes; el papel variado de los servicios públicos de empleo en la aplicación de los planes, centrados la mayoría en medidas de activación y el desarrollo de nuevos servicios adaptados a este grupo de clientes; la relevancia del compromiso del sector privado para garantizar la oferta y la calidad de los servicios de la Garantía Juvenil y las reformas importantes en los sistemas de aprendizaje que están realizando muchos Estados miembros para aumentar la oferta, la calidad y el atractivo de éste, con una gran variedad en los enfoques realizados, adaptados a las particularidades nacionales pero con el mismo objetivo último, a propósito de lo cual el Comité de Empleo destacó el mérito de los intercambios y del aprendizaje mutuo desarrollado. Finalmente, dado el rápido progreso en la aplicación de los planes de Garantía Juvenil, se consideró necesario poner en marcha un sistema de evaluación de impacto para garantizar su seguimiento, contando con el desarrollo de un sistema coherente, sencillo y operativo de indicadores que se recoge en el epígrafe 5.4 siguiente.

5.3. La aplicación de la Garantía Juvenil y la contribución de la Alianza Europea para el Aprendizaje

El Consejo EPSSCO, de 11.12.2014, procedió al intercambio de puntos de vista sobre: la inversión en empleo juvenil, y la Garantía Ju-

venil, la educación y las cualificaciones, y las medidas para garantizar la máxima coherencia posible entre la educación, la formación y el empleo y para promover una transición suave de la escuela al trabajo; los aspectos más desafiantes en el desarrollo de los planes de aplicación de la Garantía Juvenil y las soluciones apropiadas cuando la demanda de trabajo es débil; y sobre las políticas y medidas puestas en práctica para fortalecer la calidad, el atractivo y la adecuación al mercado laboral de los sistemas de educación y de formación profesional, pasando revista a las iniciativas adoptadas y en desarrollo a escala nacional y de la Unión en relación con: la Garantía Juvenil y el apoyo financiero de la UE, recordando que los 28 Estados miembros la habían puesto en marcha con resultados inicialmente positivos; indicando que su aplicación efectiva requería reformas estratégicas para lograr un mayor éxito en la transición de la escuela al trabajo, mediante la reforma de los sistemas de educación y formación, el reconocimiento de las cualificaciones adquiridas fuera de los sistemas formales, el fortalecimiento de los servicios de empleo y de las alianzas para llegar a los jóvenes inactivos y para aumentar las ofertas de calidad, y que el desafío clave era atender a las reformas estructurales fundamentales en apoyo de la Garantía Juvenil y acelerar su aplicación; con referencia a las dos fuentes principales de financiación: la IEJ, con un presupuesto de 6,4 miles de millones de euros para comprometer gasto en 2014 y 2015, y el FSE con más de 4 mil millones de euros, destinado a medidas de apoyo directo a la integración sostenible de los jóvenes en el mercado laboral, con la posibilidad de aumentar los recursos de la IEJ conforme al Reglamento del Marco Financiero Plurianual 2016-2020, además de otras inversiones adicionales del FSE que apoyan indirectamente la Garantía Juvenil, para la modernización del empleo, los servicios sociales y la educación, con impacto en los jóvenes, entre ellas las inversiones en educación, incluida la educación superior, por importe de 26 mil millones de euros; y a que en la reunión informal de Jefes de Estado y de Gobierno con ocasión de la Conferencia

de Empleo del 8.10.2014, se pidió aumentar significativamente la prefinanciación de los fondos dedicados a ella, simplificar los procedimientos administrativos y revisar la definición de los jóvenes «ni-ni»; la movilidad laboral de los jóvenes, poniendo de manifiesto que tanto la IEJ como el FSE favorecen la posibilidad de explorar sus oportunidades de carrera en otro Estado miembro, según el programa de movilidad Tu primer trabajo EURES, que puede contribuir a las contrataciones y a conseguir experiencias de trabajo más allá de las fronteras; la Alianza Europea para el Aprendizaje, recordando que tras su lanzamiento en julio de 2013, el Consejo EPSSCO adoptó una Declaración en octubre de 2013 para aumentar la oferta, la calidad y el atractivo del aprendizaje; que un número significativo de Estados miembros presentaron compromisos, principalmente vinculados a nuevas reformas de la formación profesional; y que sólo a través de una mayor participación del sector privado puede ofrecerse a los jóvenes un número suficiente de oportunidades de aprendizaje; y las reformas de los sistemas de educación y de formación profesional, señalando que a pesar de los esfuerzos de los Estados miembros la evidencia muestra que estos sistemas no responden a los rápidos cambios en la economía, por lo que deben aumentarse, movilizándolo a las autoridades nacionales, a los interlocutores sociales y en particular a los empleadores en su gestión, haciendo de un itinerario de aprendizaje atractivo y de la calidad y la orientación al mercado el objetivo central de las reformas; y que para desarrollar las cualificaciones que se puedan utilizar de inmediato las reformas se deben centrar en fortalecer la intensidad y la calidad del aprendizaje basado en el trabajo.

5.4. La aplicación de la Garantía Juvenil: el marco de supervisión y seguimiento

Bajo el epígrafe de la inversión en la juventud, en relación con la educación y las cualificaciones para el empleo, el Consejo EPSSCO,

de 11.12.2014, aprobó la relación de indicadores a incorporar al MEC, dentro del área dedicada a las políticas activas del mercado de trabajo, subdividida en dos categorías: para la aplicación de la Garantía Juvenil y para el seguimiento de las personas que han recibido una oferta de esta Garantía, utilizados para aportar información sobre la aplicación de la Recomendación en los Estados miembros; y los mensajes clave, sobre la aplicación de la Garantía Juvenil y el marco para el seguimiento y supervisión de sus resultados, elaborados por el Comité de Empleo, según lo previsto en la Recomendación del Consejo de 22.04.2013.

Los indicadores para la supervisión agregada, (basados en indicadores macroeconómicos a partir de la encuesta de mano de obra de la UE), para realizar el seguimiento de la situación general de los jóvenes en el UE como medio indirecto de supervisión de los efectos de la aplicación de la Garantía Juvenil, reflejan el impacto de las medidas preventivas para evitar que los jóvenes caigan en situación de desempleo o inactividad; describen el contexto de la aplicación de esta Garantía en cada país y su evolución en el tiempo, y se complementan con los de supervisión de las prestaciones de la Garantía Juvenil, para evaluar la eficiencia y la eficacia de los sistemas de esta Garantía. El indicador principal es la tasa de jóvenes «ni-ni» entre 15-24 años, respecto del total de personas de este tramo de edad; y los indicadores complementarios son: en relación con la situación de desempleo/inactividad, el porcentaje de desempleados respecto de los inactivos; la tasa de empleo de los jóvenes, el número de jóvenes empleados respecto del total de jóvenes; la tasa de desempleo de los jóvenes, el número de jóvenes desempleados respecto del total de jóvenes; el ratio de jóvenes desempleados respecto del ratio de desempleo total de los adultos entre 25 y 74 años; en relación con el nivel de educación de los jóvenes entre 20-24 años, el número de personas con nivel superior de educación secundaria respecto del total de personas de esta edad; el ratio de jóvenes «ni-ni» entre 25-29 años respecto del total de personas de

esta edad; las tasas de empleo de los graduados recientes con edades entre 20-34 años, que refleja la relación de los que hayan concluido el proceso educativo y de formación entre 1 y 3 últimos años respecto del total de los que están en esta situación en los 3 últimos años; la proporción de personas entre 20-29 años con un nivel bajo de educación y la proporción de personas entre 30-34 años con nivel educativo de tercer ciclo respecto de las personas de esta edad; y la proporción de jóvenes entre 18 y 24 años, que hayan abandonado el sistema educativo y de formación profesional, expresado por el cociente entre el número de personas con educación secundaria a nivel más bajo y que no participan en actividades educativas o de formación profesional y el número total de personas de esta edad.

Los indicadores para la supervisión directa de las prestaciones de la Garantía Juvenil, (basados en indicadores sustentados en datos administrativos) se fundamentan en el análisis de las posibles entradas y salidas de las personas del sistema de la supervisión directa de las prestaciones de la Garantía Juvenil, y se calculan para el grupo de edad de entre 15-24 años, dividido en dos tramos, entre 15-19 y 20-24 años, y por género; y adicionalmente, de forma separada, para el grupo de edad entre 15-29 años, con un desglose para el grupo entre 25-29 años. El indicador principal es el relativo a la proporción de jóvenes en el servicio de la Garantía Juvenil después de 4 meses, definido por el cociente entre el promedio anual de jóvenes vinculado a la Garantía Juvenil después de 4, 6 y 12 meses desde la fecha de su registro en el sistema y el promedio anual de jóvenes incluidos en la Garantía Juvenil, entendiéndose que el acceso al sistema se produce cuando el joven ha contactado con un proveedor para asistencia, ha sido evaluado como elegible para recibirla y ha inscrito sus datos personales en el registro de clientes de la Garantía Juvenil, y permanece en ella hasta que ha recibido o confirmado una oferta, incluidas las recibidas por propia iniciativa, o ha sido dado de baja del registro o sancionado por el proveedor, considerando a quienes han recibido una oferta y

están esperando incorporarse a la actividad ofertada fuera de la Garantía Juvenil aunque todavía figuren registrados en el servicio público de empleo o en otro proveedor. El objetivo de este indicador es supervisar y evaluar cuanto se tarda en realizar una oferta dentro de los 4 meses a los que alude la Recomendación del Consejo y de los 6 y 12 meses siguientes, obteniendo información sobre la aplicación gradual de la Garantía Juvenil en algunos Estados miembros; y los indicadores complementarios son: las salidas positivas del servicio de la Garantía Juvenil, definido como el cociente entre el número de jóvenes que abandonan la Garantía Juvenil con un resultado positivo (una oferta para trabajar en una empresa, recibir educación, o realizar una actividad de aprendizaje o de prácticas), dentro de los 4 meses, y el total de salidas, desglosadas según la causa (empleo, educación, aprendizaje o prácticas); y el promedio anual de jóvenes en el servicio de la Garantía Juvenil respecto del promedio anual de jóvenes «ni-ni», a fin de tener una idea aproximada de la proporción de «ni-ni» inscritos en el sistema de Garantía Juvenil.

Los indicadores para el seguimiento de las personas que hubieran recibido una oferta del sistema de Garantía Juvenil, (basados en indicadores apoyados en datos administrativos) con el fin de mostrar si se han alcanzado resultados para un mercado de trabajo sostenible a través del sistema de la Garantía Juvenil, incluyen como indicador principal el relativo a la situación de los jóvenes 6, 12 y 18 meses después de haber salido del servicio de Garantía Juvenil (de forma positiva, negativa, por seguir en situación de desempleo o inactividad, o desconocida); y como indicadores complementarios, la situación desglosada por tipos de oferta recibida (empleo, proceso educativo, aprendizaje o prácticas), positiva, negativa o desconocida por comparación con el total de jóvenes que hayan salido del sistema de Garantía Juvenil por cada una de las causas señaladas.

Esta selección de indicadores se complementa con una serie de consideraciones metodológicas y procedimentales sobre la reco-

pilación de datos, las fuentes utilizadas (las encuestas sobre los resultados a largo plazo y los propios participantes y beneficiarios de las actividades de la Garantía Juvenil respecto de su situación en el mercado laboral, y con un anexo, que incluye la población objetivo de la Garantía Juvenil); las entradas en este régimen (registro en el proveedor; inicio de la prestación y reanudación del servicio; información que debe registrarse de quienes acceden a él: datos personales, edad y sexo, situación en el mercado laboral y experiencia previa al acceso al sistema de la Garantía Juvenil); la salida del mismo, positiva (al recibir una oferta de los proveedores o gestionada por el propio beneficiario; tipos de ofertas, relacionadas con el empleo, la educación, el aprendizaje o las prácticas, financiadas por medidas de mercado de trabajo o sin financiar; periodo de espera entre la recepción de una oferta y el inicio de la actividad ofertada; permanencia en el registro después de recibir una oferta; y la no aceptación de ofertas o el no cumplimiento íntegro de la actividad ofertada); negativa (por la vuelta a la situación de desempleo o de inactividad); y sin causa conocida.

5.5. El estado de situación de la aplicación de las acciones de la UE en relación con el empleo juvenil y la Garantía Juvenil

En el Consejo EPSSCO, de 18.06.2015, la Comisión presentó una nota sobre el estado de situación de la aplicación de las acciones de la UE en relación con el empleo juvenil, en la que a partir de los datos macroeconómicos del desempleo en general y del desempleo juvenil en la UE, aborda:

- el estado de situación y el seguimiento de la Garantía Juvenil, desde su establecimiento, en 2013, tras la que los Estados miembros presentaron sus planes de aplicación, en muchos casos revisados y mejorados posteriormente, actualmente en ejecución, y procedieron a la designación de los coordinadores responsables de ella y del intercambio

de buenas prácticas, pasando revista a: la supervisión de la aplicación de los sistemas de Garantía Juvenil en el marco del Semestre Europeo por el Comité de Empleo, participe en el proceso de vigilancia multilateral, y por la Comisión, a través de las propuestas a los Estados miembros con ocasión de las Recomendaciones específicas por país; las últimas revisiones multilaterales, realizadas en diciembre de 2014, en las que se reconocían los esfuerzos de los Estados miembros para aplicar la Garantía Juvenil, evaluada en los informes por país de la Comisión, publicados en febrero de 2015, que muestran la desigualdad en los avances realizados así como que en muchos casos no se había llegado a todos los «ni-ni», y que en el Informe Conjunto de Empleo 2015, los informes nacionales mostraban que la Garantía Juvenil había impulsado las reformas estructurales, que los Estados miembros habían fortalecido la capacidad de los servicios públicos de empleo, adoptado incentivos para estimular la creación de empleo o medidas para mejorar los sistemas de educación y de formación profesional, a pesar de lo cual, considerando que la Garantía Juvenil requerirá tiempo para alcanzar sus objetivos, sería necesario desplegar más esfuerzos para conectar con quienes están más alejados del mercado laboral, reforzar la prestación de servicios y las ofertas de calidad a los jóvenes y encontrar nuevas vías para implicar a las empresas, además de fortalecer los servicios públicos de empleo y reformar los sistemas de educación y formación; las Recomendaciones específicas por país 2015, que incluyen las relativas a la transición de los jóvenes al mercado laboral, referidas a actuaciones sobre el paro juvenil y para fortalecer la divulgación a los «ni-ni» no inscritos, además de otras sobre la participación de grupos objetivo específicos, la transición entre la educación y el mercado laboral, la segmentación de este mercado, las cualificaciones, la formación profesional y la educación, y la segunda oportunidad en la educación; la revisión de las orientaciones de empleo, que recogerán una referencia clara para abordar el desempleo juvenil, a través de la plena aplicación de la Garantía Juvenil,

contando con los servicios públicos de empleo y con la red EURES.

- la recopilación de datos, reconociendo la contribución de la supervisión al éxito de la aplicación de los sistemas de Garantía Juvenil, invitando a los Estados miembros a realizar enfoques basados en la evidencia y a la Comisión a supervisar e informar periódicamente sobre éstos, reconociendo el papel esencial del Comité de Empleo a través de la vigilancia multilateral, para lo que éste ha elaborado un Cuadro de Indicadores para la supervisión de la Garantía Juvenil (*vid.* epígrafe 5.4 anterior), y en aplicación del ejercicio piloto previsto, iniciar la recopilación de datos en junio de 2015, para disponer de ellos en otoño de este año, considerando que disponer de datos de alta calidad procedentes de tantos proveedores de Garantía Juvenil como sea posible será crucial para ayudar a mejorar las prestaciones de los sistemas de Garantía Juvenil, requiriéndose un compromiso político para superar los retos legales y administrativos existentes, dado que estos datos también servirán para elaborar el Informe sobre la aplicación de la Garantía Juvenil en 2016;

- la mejora de la divulgación de la Garantía Juvenil, en particular entre los jóvenes «ni-ni», especialmente los más alejados del mercado de trabajo, para lograr el éxito de ésta, para lo que, ante el bajo nivel de conocimiento de los sistemas de Garantía Juvenil, y el desigual impacto de las actividades de información nacional, algunos Estados miembros han puesto en marcha medidas de apoyo a las actividades de información, comunicación y sensibilización, destinadas, entre otras, a las personas con desventajas múltiples, actuando mediante asesores sobre el terreno y asociaciones con trabajadores jóvenes y servicios sociales;

- el apoyo financiero de la UE al empleo juvenil, con referencia a: el FSE y la IEJ, que han previsto invertir directamente 12,7 billones de euros en medidas de integración de los jóvenes en el mercado laboral, entre 2014 y 2020, además de las inversiones del FSE en la modernización de las instituciones de este

mercado y en la reforma de los sistemas educativos, con impacto en el empleo juvenil, por encima de 26 billones de euros, con los jóvenes como beneficiarios directos; la aplicación de la Recomendación para el establecimiento de la Garantía Juvenil, prioritaria en los programas operativos del FSE y de la IEJ de los Estados miembros en cuanto a la inversión en empleo de los jóvenes, por lo que, para acelerar el gasto, en mayo de 2015 se aprobó aumentar los pagos de prefinanciación a los Estados miembros elegibles, habiendo realizado los de los 33 programas operativos adoptados, por un importe próximo a 900 millones de euros; los informes de los Estados miembros sobre la Garantía Juvenil, que indicaban la realización en 2014 y 2015 de actuaciones significativas y que los jóvenes habían recibido servicios y asistencia, lo que probaba lo adecuado del aumento del 30% de la prefinanciación para la liquidez financiera de los proyectos, cuyos resultados se resumían, a final de 2014, en las siguientes cifras: 13.000 participantes completaron una intervención de la IEJ, 8.400 jóvenes recibieron una oferta de empleo, de educación permanente, o un trabajo en prácticas tras finalizar la intervención de la IEJ; 6.400 participantes estaban realizando actividades de educación y formación, y habían obtenido una cualificación o un empleo, incluido el empleo por cuenta propia, tras finalizar la intervención de la Iniciativa, con 873 millones de euros dedicados a proyectos sobre el terreno; el futuro de la aplicación de la IEJ y del FSE, de modo que los Estados miembros deberán establecer y designar las estructuras de gestión de estos instrumentos, garantizar el funcionamiento del ciclo de pago y certificación, ser reembolsados por la Comisión y dedicar suficientes recursos para la eficacia y la calidad de sus intervenciones, y

- las nuevas prioridades de educación y formación profesional en 2015-2020, considerando que los sistemas de Garantía Juvenil juegan un papel muy importante en la mejora del empleo juvenil, en la medida en que están mejor situados para dar respuestas rápidas y adaptadas a las necesidades del mercado labo-

ral, ofrecen un apoyo esencial a su aplicación, y son fundamentales para apoyar el tránsito de la educación a la vida laboral y entre empleos, ayudando a reforzar las competencias clave y a mejorar la empleabilidad, especialmente entre los jóvenes demandantes de empleo, de forma que, aunque en la última década los resultados, la calidad y el atractivo de la educación y la formación profesional han mejorado, será necesario trabajar más en algunas áreas clave prioritarias (el aprendizaje basado en el trabajo en todas sus formas, incluido el contrato de aprendizaje; la garantía de la calidad; y la información y la retroalimentación en la educación y en la formación profesional); el acceso a la formación y las cualificaciones para todos, dirigido a la mejora de éstas y de las recualificaciones; las competencias clave en educación y formación profesional; y el desarrollo profesional de profesores y formadores, refrendado en las Conclusiones de la Presidencia tras la reunión de alto nivel de los ministros responsables de la educación y la formación profesional, los interlocutores sociales europeos y la Comisión Europea, celebrada en Riga el 22.06.2015; la Alianza Europea para el Aprendizaje, (*Vid.* Revista MEySS, nº 117, págs. 368 a 370), en la que participan hasta ahora 24 Estados miembros y 45 empresas, señalando que la reunión de Riga debería darle un nuevo impulso, y presentar los próximos pasos para movilizar a más empresas en favor del aprendizaje, en particular PYMES, para aumentar la oferta de oportunidades de aprendizaje en la UE y el marco de calidad para los periodos de prácticas, (*Vid.* epígrafe 5.7 siguiente)

A propósito de este tema, el Consejo EPSSCO de 18.06.2015, a partir del Informe especial nº 3/2015 del Tribunal de Cuentas Europeo, de 25.02.2015, tras evaluar la experiencia de 5 Estados miembros y del apoyo prestado por la Comisión a éstos para el establecimiento de sus sistemas de Garantía Juvenil, adoptó unas Conclusiones sobre los riesgos en el inicio de la aplicación de la Garantía Juvenil, en las que: considera útil la evaluación del instrumento de financiación de la Garantía Juvenil y de la IEJ en una etapa temprana,

contribuyendo a la mejora de su aplicación; aprecia el apoyo de la Comisión Europea a los Estados miembros para el establecimiento de sus sistemas de Garantía Juvenil y la puesta a disposición de las oportunidades de aprendizaje mutuo; comparte con el Tribunal que para aplicar con éxito la Garantía Juvenil debería aportarse la financiación y evaluarse las necesidades de ésta en su totalidad, teniendo en cuenta que podría verse afectada por la dificultad de diferenciar entre los tipos de medidas dirigidas a la juventud a escala nacional; recuerda la dificultad de definir una oferta de buena calidad, considerando la gran variedad de situaciones del mercado laboral en la UE, la necesidad de un enfoque más pragmático basado en resultados en los Estados miembros, y las negociaciones con el Parlamento Europeo, para aumentar la cuantía de la prefinanciación de la IEJ con cargo al FSE, esperando que produzca efectos beneficiosos para la rápida movilización de recursos en apoyo de la aplicación de la Garantía Juvenil; subraya que su aplicación debería realizarse atendiendo a las circunstancias nacionales, regionales y locales, y a la necesidad de mantener la flexibilidad en el diseño y la gestión de las políticas de empleo juvenil nacionales en base a las necesidades y prioridades de los Estados miembros, y el gran progreso logrado en la supervisión de su aplicación, en particular a través de la inclusión del Indicador Marco para este fin dentro del Grupo de Indicadores del Comité de Empleo, y de la vigilancia multilateral de este Comité; y toma nota de las recomendaciones realizadas en el Informe para continuar mejorando el sistema de supervisión y la perspectiva de la financiación necesaria para la aplicación con éxito de la Garantía Juvenil.

5.6. El empleo juvenil y la creación de empleo más allá de la Garantía Juvenil

Los ministros de empleo y de asuntos sociales en la reunión informal de 16 y 17.07.2015 celebraron un debate sobre el empleo juvenil y la creación de empleo más allá de la Garantía

Juvenil, centrado en los nuevos caminos para mejorar el acceso de los jóvenes al mercado laboral, dada la necesidad de garantizar que dispongan de las cualificaciones adecuadas para desempeñar empleos de calidad; y en cómo establecer nuevos instrumentos a escala de la UE, reforzando las iniciativas nacionales y locales, para la creación de estos empleos que conduzcan a un crecimiento inclusivo, introducido por una serie de consideraciones enmarcadas en el proceso de establecimiento de la Garantía Juvenil, incluida la adopción de importantes reformas estructurales y nuevas estrategias de empleo específicas para los jóvenes, contando con la financiación de la IEJ y del FSE, y con el acuerdo de mayo de 2015, de anticipar 900 millones de euros de prefinanciación para los 33 programas operativos del FSE, destinados a la Garantía Juvenil, que han contribuido al descenso reciente de la tasa de desempleo juvenil en la UE.

A pesar de los resultados positivos de las acciones de la UE en favor del empleo juvenil, dado que todavía la situación es crítica, como pone de manifiesto la tasa de desempleo juvenil que en algunos países ronda el 50%, y los 7 millones de jóvenes «ni-ni», además del elevado paro juvenil de larga duración y la sobrerrepresentación de los jóvenes en trabajos precarios, que implica que se está todavía lejos de resolver el problema del empleo juvenil en Europa; y que uno de los mayores retos con los que se enfrenta la UE es llegar a todos los jóvenes, para estabilizar la situación social y de empleo de los «ni-ni», ya que el objetivo de llevar la Garantía Juvenil a todos los jóvenes no se encuentra entre los que se miden en el marco actual de esta Garantía, se plantea la necesidad de aumentar los indicadores que actualmente evalúan su aplicación con indicadores sociales que permitan medir su oferta de servicios, incluido el de suministrar información sobre ella a todos los jóvenes «ni-ni»; y de encontrar vías que permitan orientar a los jóvenes hacia empleos de calidad mediante un crecimiento integrador, sin perjuicio de continuar impulsando más ajustes estructurales a través de la Garantía

Juvenil, considerando prioritario reforzar las actuaciones, dedicadas a: la inversión en las personas, planteando la necesidad de garantizar que los jóvenes puedan adquirir nuevas cualificaciones y competencias claves, actualizarlas con mayor rapidez en menores intervalos de tiempo, con particular atención a la revolución digital, al riesgo de desfase entre la oferta y la demanda de las cualificaciones, y a la aplicación de éstas en la práctica, ya que sin una experiencia práctica en el trabajo muchos jóvenes no serán competitivos, realizando la inversión en cualificaciones en paralelo con el desarrollo de los programas de educación y formación profesional; aludiendo a la reunión de Riga, en la que la Comisión Europea reiteró su compromiso de reforzar la oferta, la calidad y la imagen del aprendizaje, y las empresas de ofrecer 140.000 oportunidades de formación y de aprendizaje a los jóvenes en el contexto de la Alianza Europea para el Aprendizaje, lo que a su vez implica la necesidad de fomentar la movilidad en Europa, a través de programas como ERASMUS y ERASMUS+, que permitirán a millones de jóvenes europeos obtener una cualificación profesional en otro Estado miembro hasta 2020, contando con la implicación de los gobiernos, los centros educativos, las empresas y los interlocutores sociales y con la ayuda de la red EURES; y la inversión en empleos para los jóvenes, considerando que debe aprovecharse el actual momento de recuperación económica, acelerando las políticas de creación directa de empleo a través de instrumentos que permitan a las empresas, especialmente a las PYME llevarlas a cabo. En este sentido, el Programa Inversión de la UE representa un primer paso en esta dirección, sin olvidar la necesidad de disponer de instrumentos que permitan a los jóvenes sentar las bases para el lanzamiento de sus propias empresas; que se complementa con la necesidad de aumentar los mecanismos de microfinanciación y los empleos y las tecnologías ecológicas.

Sin embargo, la inversión en cualificaciones y empleos no son agendas separadas, a tenor del programa del BEI lanzado en 2013

sobre «Cualificaciones y empleo-la inversión en favor de la juventud: la financiación de las generaciones jóvenes en Europa», dotado con 13 billones de euros, que bajo el pilar «cualificaciones», con 3 billones de euros, establece medidas para promover activamente el empleo juvenil, financiando las orientadas a la educación y a la formación de los jóvenes, y en el pilar «empleos», con 10 billones de euros, la financiación en las PYME de todo tipo de inversión, incluida la inversión en capital, dedicada al empleo, la formación y el reclutamiento, con lo que trata de combatir la falta de financiación de las empresas y en especial de las PYME, uno de los principales obstáculos para el empleo de los jóvenes. De aquí, la conclusión de la Presidencia al señalar que se han establecido las condiciones macroeconómicas para la recuperación de nuestras economías, que exigen políticas para impulsar su dinámica, de manera que la inversión en personas a través de una agenda de inversión social global y la inversión en nuevos empleos deben ir juntas y constituir los elementos clave de una IEJ revisada.

5.7. Un marco de calidad para los períodos de prácticas

La Recomendación del Consejo sobre un marco de calidad para el periodo de prácticas (*Vid.* Revista MEySS nº 117, págs. 370 y 371), aprobada por el Consejo EPSSCO de 10.03.2014 (DOUE C 88, de 27.03.2014), contiene 28 recomendaciones para los Estados miembros y 6 para la Comisión Europea.

Las recomendaciones a los Estados miembros se refieren a: la mejora de la calidad de los periodos de prácticas, en especial al contenido didáctico y formativo y a las condiciones de trabajo que ofrecen para facilitar el tránsito de los jóvenes de la educación, el desempleo o la inactividad al mercado laboral, aplicando los principios de un marco de calidad para los periodos de prácticas; la celebración de un convenio de prácticas por escrito, entre el trabajador en prácticas y la organización

que las ofrece y la garantía de que se incluyan en él los objetivos educativos, las condiciones laborales, si se prevé remuneración o compensación económica, los derechos y obligaciones de las partes según la legislación nacional y europea, y la duración del periodo de prácticas; el fomento de las mejores prácticas respecto de los objetivos didácticos y formativos, para ayudar a los trabajadores en prácticas a adquirir experiencia práctica y las cualificaciones pertinentes, por lo que las tareas que les asignen deben permitir el logro de estos objetivos; y estimular a las organizaciones que ofrecen prácticas para que designen un supervisor que les asesore en las tareas asignadas y supervise y evalúe sus progresos; las condiciones laborales aplicables a los trabajadores en prácticas, garantizando el respeto de los derechos y las condiciones laborales de la legislación nacional y de la UE aplicable, incluidos los límites de la jornada semanal máxima, los periodos de descanso diario y semanal y el periodo mínimo de vacaciones; animando a que las organizaciones que ofrecen prácticas especifiquen si ofrecen la cobertura del aseguramiento de la enfermedad y los accidentes, y de la baja por enfermedad; y requiriendo que los convenios de prácticas especifiquen si se recibirá una compensación económica y su cuantía; los derechos y obligaciones, animando a los interlocutores sociales implicados a garantizar que el convenio de prácticas establezca unos y otras para el trabajador en prácticas y para la organización que las ofrece, incluida la política sobre confidencialidad y los derechos de propiedad intelectual; la duración razonable de las periodos de prácticas, en principio no superior a seis meses, excepto en casos justificados, especificando las circunstancias y las condiciones de su prórroga o renovación tras expirar el primer periodo, fomentando que el convenio especifique que las partes podrán dar por finalizado éste con un preaviso en un plazo apropiado, según la duración del periodo de prácticas y la práctica nacional; el fomento del reconocimiento de los periodos de prácticas y la convalidación del conocimiento, las cualificaciones y las competencias adquiridos, animando a las organizacio-

nes que ofrecen prácticas a certificarlos, tras su evaluación; los requisitos de transparencia, animando a incluir en las ofertas información sobre sus condiciones, si existe compensación económica, seguro de enfermedad y accidentes, y a informar sobre las políticas de contratación, incluida la proporción de trabajadores en prácticas contratados en los últimos años; y a los servicios de empleo y otros proveedores de servicios de orientación profesional a que apliquen la transparencia al informar sobre los periodos de prácticas; la movilidad transfronteriza de los trabajadores en prácticas de la UE, facilitándola y especificando el marco jurídico nacional de los periodos de prácticas, con reglas claras sobre el envío y la acogida de estos trabajadores entre Estados miembros, reduciendo los trámites administrativos; y estudiando la posibilidad de utilizar la red EURES ampliada y el portal EURES para intercambiar información sobre periodos de prácticas remuneradas; el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, especialmente el FSE y el FEDER, durante el periodo 2014-2020, y la IEJ, para aumentar el número y la calidad de los periodos de prácticas; y a la aplicación del marco de calidad para los periodos de prácticas, adoptando las medidas adecuadas tan pronto como sea posible, informando a la Comisión a final de 2015 sobre las adoptadas respecto a la Recomendación; y fomentando y promoviendo la participación activa de los interlocutores sociales, los servicios de empleo, las instituciones educativas y las organizaciones que ofrecen prácticas.

La Recomendación también toma nota de la intención de la Comisión de: fomentar una estrecha cooperación con los Estados miembros, los interlocutores sociales y otras partes interesadas para su rápida aplicación; supervisar, con los Estados miembros y con el Comité de Empleo, los progresos en su aplicación, y analizar el impacto de las políticas en vigor; trabajar con los Estados miembros, los interlocutores sociales, los servicios de empleo, las organizaciones juveniles y de trabajadores en prácticas y otras partes interesadas en su promoción; informar de los progresos en su apli-

cación a partir de los informes de los Estados miembros; animar y apoyar a éstos, fomentando el intercambio de las mejores prácticas, para utilizar el FSE, el FEDER u otros fondos europeos para aumentar el número y la calidad de los periodos de prácticas entre 2014 y 2020; estudiar la posibilidad de incluir en la red EURES las prácticas remuneradas; y crear una página web que contenga los marcos legales nacionales sobre los periodos de prácticas.

6. EL ACCESO Y LA INTEGRACIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO Y LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE EN EL EMPLEO

6.1. La integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral

El Consejo EPSSCO, tras sus sesiones de 05.10 y 07.12.2015 alcanzó un acuerdo político sobre la Recomendación del Consejo para la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral, adoptada el 15.02.2016 (DOUE C 67, de 20.02.2016), que contiene 14 recomendaciones, dirigidas a los Estados miembros, a la Comisión y conjuntamente a aquellos y a ésta.

Las recomendaciones a los Estados miembros se refieren al apoyo al registro de los demandantes de empleo y la orientación de las medidas de integración en el mercado laboral, entre ellas las de fomentar la inscripción de los solicitantes de empleo en un servicio de empleo, a través de la mejora de la tramitación de la información sobre la ayuda disponible; proporcionar por parte de los servicios de empleo junto con otros agentes que apoyan la integración en el mercado laboral una orientación personalizada, que ofrezca evaluaciones y orientaciones individuales a los parados de larga duración inscritos, antes de que lleven 18 meses desempleados, sobre sus perspectivas de empleo, los obstáculos para el empleo y los esfuerzos

para encontrar trabajo, e informarles de las ofertas de empleo y la ayuda disponible en los diferentes sectores económicos, regiones y Estados miembros, a través de la red EURES; ofrecer acuerdos de integración laboral a los parados de larga duración inscritos, no cubiertos por la Garantía Juvenil, antes de que lleven 18 meses desempleados, que incluirán como mínimo servicios individuales para encontrar un trabajo y la identificación de un punto de contacto único, y que tendrán como objetivos las necesidades de estos desempleados e incluirán los servicios y medidas previstas por las diferentes organizaciones, para lo que deben: detallar los objetivos explícitos, el calendario y las obligaciones (emprender medidas activas para encontrar empleo, aceptar ofertas de trabajo adecuadas y asistir y participar en medidas de educación o formación, nueva cualificación o empleo) de los parados de larga duración inscritos; precisar las obligaciones de los prestadores de servicios, supervisarlas periódicamente a la luz de la evolución de las situaciones individuales y adaptarlas para mejorar la transición al empleo; adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad y la identificación de un punto de contacto único que pueda prestar apoyo a estos desempleados a través de una oferta de servicios coordinados con los servicios de empleo y asistencia social; facilitar la transmisión segura y fluida entre los prestadores de servicios de la información relevante sobre el historial de apoyo de los parados de larga duración inscritos y sus evaluaciones individuales, garantizando la continuidad del servicio; y posibilitar una mejor difusión de la información sobre ofertas de empleo y oportunidades de formación para los prestadores de servicios implicados y garantizar que llegue a los parados de larga duración; y estrechar las relaciones con los empleadores, fomentando y desarrollando asociaciones entre ellos, los agentes sociales, los servicios de empleo, las autoridades públicas, los servicios sociales y los proveedores de educación y formación, para prestar servicios que satisfagan mejor las necesidades de las empresas y de los parados de larga

duración inscritos; desarrollando servicios para los empleadores (la selección de ofertas de empleo, las bonificaciones a la contratación, la tutoría y la formación en el lugar de trabajo y el apoyo después de la colocación), para facilitar la reincorporación profesional de estos desempleados; centrando todos los incentivos financieros en sistemas de apoyo a la integración en el mercado laboral, incluidas las bonificaciones para la contratación y la reducción de las cotizaciones a la seguridad social.

Las recomendaciones a los Estados miembros y a la Comisión se refieren a la evaluación y el seguimiento, y se concretan en: que el Comité de Empleo supervise, en colaboración con el Comité de Protección Social, la aplicación de la Recomendación a través de la vigilancia multilateral del Semestre Europeo y del MEC, lo que deberá permitir analizar el tiempo que los parados de larga duración tardan en encontrar trabajo, si su integración en el mercado laboral es sostenible y la utilización de los acuerdos de integración laboral, con la contribución de los servicios públicos de empleo; fomente la evaluación de los resultados de éstos respecto de la integración en el mercado laboral de los parados de larga duración, y el intercambio de experiencias y buenas prácticas a través de la red EURES; y coopere para la mejor utilización de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, (FSE, FEDER y FEADER), según sus prioridades de inversión en el período 2014-2020.

Las recomendaciones a la Comisión se refieren a: apoyar y coordinar las iniciativas y alianzas voluntarias de las empresas dedicadas a la integración sostenible de los parados de larga duración en el mercado laboral; apoyar los proyectos de innovación social con este fin, en particular a través del eje Progress del Programa EaSI; y evaluar, en colaboración con los Estados miembros y tras consultar a las partes interesadas, las medidas adoptadas en respuesta a esta Recomendación; e informar al Consejo de sus resultados, a más tardar el 15.02.2019.

6.2. La cooperación en materia de prevención y desincentivación del trabajo no declarado

El Consejo EPSSCO en las sesiones del 19.06 y 10.10.2014 y de 7.12.2015 se ocupó de la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la creación de una Plataforma Europea para reforzar la cooperación en materia de prevención y desincentivación del trabajo no declarado, presentada por la Comisión el 9.04.2014, tras las consultas realizadas con todas las partes interesadas entre julio y octubre de 2013 y enero y marzo de 2014, cuyo texto final, acordado el 11.11.2015, votado por el Pleno del Parlamento Europeo el 2.02.2016 y aprobado por el Consejo el 24.02.2016 (DOUE L 65, de 11.03.2016) en sus 14 artículos regula: la creación de una Plataforma a escala de la Unión para reforzar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado, excluyendo expresamente la armonización de las legislaciones en la materia; su composición, un representante de alto nivel por cada uno de los Estados miembros, un representante de la Comisión y cuatro de los interlocutores sociales intersectoriales a escala de la Unión, designados, dos por los empleadores y dos por los trabajadores, y como observadores, un máximo de 14 representantes de sectores con un alto índice de trabajo no declarado, 7 por parte de los trabajadores y 7 por los empleadores, un representante de Eurofound y otro de la UE-OSHA, un representante de la OIT, uno de cada uno de los países terceros del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, y otros invitados, en función de los temas a tratar; los objetivos de la Plataforma, contribuir a reforzar la eficacia de las actividades de la UE y de los Estados miembros para mejorar las condiciones de trabajo, promover la integración en el mercado laboral y la inclusión social, incluido el mejor cumplimiento de la legislación en estos ámbitos, la reducción del trabajo no declarado y la creación de empleo formal, evitando el deterioro de la calidad y de la salud y la seguridad en él, mediante: el refuerzo de la cooperación entre las autoridades competen-

tes de los Estados miembros y otros actores implicados en combatir este tipo de trabajo en sus diferentes manifestaciones, el trabajo declarado en falso y el falso autoempleo; mejorar la capacidad de las autoridades y agentes competentes para combatir los aspectos transfronterizos del trabajo no declarado contribuyendo al establecimiento de la igualdad de condiciones de competencia; y aumentar la concienciación de la opinión pública sobre el trabajo no declarado y la necesidad urgente de actuaciones apropiadas así como estimular a los Estados miembros para que redoblen sus esfuerzos en la lucha contra este fenómeno; los cometidos de la Plataforma: intercambiar mejores prácticas y formación; desarrollar experiencias y análisis; fomentar y facilitar enfoques innovadores para una cooperación transfronteriza eficaz y eficiente, evaluar las experiencias; y contribuir a una comprensión universal de las cuestiones relacionadas con el trabajo no declarado; y las actividades de la Plataforma: mejorar el conocimiento del trabajo no declarado, sus causas y las diferencias regionales, mediante definiciones y conceptos comunes, instrumentos de medición basados en pruebas, la promoción de análisis comparativos e instrumentos metodológicos para la recopilación de datos, a partir del trabajo de los Comités de Empleo y de Protección Social, y el conocimiento y la comprensión mutua de los sistemas y prácticas para combatirlo, incluidos sus aspectos transfronterizos; analizar la eficacia de las diferentes medidas, preventivas y sancionadoras; crear y desarrollar herramientas para compartir información y experiencias, incluidos los acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros, y las directrices para la aplicación de la legislación, los manuales de buenas prácticas y los principios de inspección para evaluar las experiencias en su utilización; facilitar y apoyar la cooperación entre los Estados miembros, aumentando su capacidad para luchar contra los aspectos transfronterizos del trabajo no declarado a través del estímulo de enfoques innovadores, el uso de las bases de datos, y evaluar las experiencias de cooperación de los Estados miembros participantes; examinar la

viabilidad de un sistema de intercambio rápido de información y mejorar el intercambio de datos, incluida la utilización del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) y el Intercambio Electrónico de Información de la Seguridad Social (EESSI); intercambiar las experiencias de las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho de la Unión en la lucha contra el trabajo no declarado; organizar evaluaciones entre iguales para el seguimiento del progreso en la lucha contra el trabajo no declarado en los Estados miembros que decidan participar en ella; intercambiar experiencias y desarrollar mejores prácticas en la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros y con países terceros, para aumentar su eficacia en la lucha contra el trabajo no declarado en estos países; aumentar la concienciación del problema del trabajo no declarado a través de campañas europeas y la coordinación de estrategias a escala regional y de la Unión, incluidos enfoques sectoriales; e intercambiar experiencias de asesoramiento a los trabajadores afectados por prácticas de trabajo no declarado; el funcionamiento de la Plataforma, con atención especial a los representantes de alto nivel de los Estados miembros, a su designación (titular y suplente), y a las tareas a desempeñar entre la Comisión, las autoridades, los interlocutores sociales y otros agentes, su organización (un presidente y dos vicepresidentes que constituirán la Mesa), la frecuencia de las reuniones (al menos dos veces al año); el procedimiento decisorio (sobre su reglamento interno, el programa de trabajo bilateral, los informes bienales y la creación de grupos de trabajo) por mayoría simple; la posibilidad de invitar a expertos cuando se considere útil; el secretariado, que asumirá la Comisión y sus funciones; y la información regular de sus actividades al Parlamento Europeo, al Consejo, al CESE y al CdR; la cooperación con otros grupos de expertos y Comités de la Unión (la Red EURES, los Comités de Empleo y de Protección Social, Eurofound y la UE-OSHA); el reembolso de gastos; las disposiciones sobre financiación; y las disposiciones finales, relativas a la revisión de la Decisión, transcurridos cuatro años desde su adopción,

tras el oportuno informe de evaluación sobre su aplicación y valor añadido.

6.3. El avance hacia mercados de trabajo más inclusivos

El Consejo EPSSCO de 9.03.2015 adoptó unas Conclusiones relativas al avance hacia la consecución de mercados de trabajo más inclusivos en las que, dada la creencia de que la creciente participación en el mercado laboral es decisiva para un mejor estándar de vida a largo plazo, así como para la adecuación y sostenibilidad de los sistemas de protección social; y que deberían ser tenidas en cuenta las situaciones específicas de los mercados laborales y de los sistemas de protección social de los Estados miembros así como los elementos comunes a todos ellos, entre otros: que el empleo es uno de los instrumentos para garantizar la integración social, y que la situación de paro de larga duración tiene efectos negativos prolongados para las personas y la economía; y la necesidad de prevenir y reducir este tipo de paro, haciendo los mercados laborales más inclusivos a través de más reformas, mediante la mejora de la eficacia de los servicios públicos de empleo, el emprendimiento social, y medidas de activación, vinculadas con asistencia social; el Consejo invita a los Estados miembros a: proseguir sus esfuerzos para fomentar el buen funcionamiento de los mercados de trabajo inclusivos, prestando atención al diseño y aplicación de estrategias de inclusión activa en el contexto de la modernización de los sistemas de protección social y de acuerdo con los principios de la Recomendación de la Comisión sobre la inclusión activa 2008; diseñar estas estrategias de forma coherente e integrada, combinando apoyo a los ingresos adecuados, políticas activas del mercado laboral y acceso a servicios de calidad, centrados en intervenciones tempranas y en la prevención del riesgo del paro de larga duración; centrar la atención en los diferentes aspectos de la calidad del trabajo, incluidas la retribución y las prestaciones, las condiciones laborales, el equilibrio entre el trabajo y la vida, la salud y la seguridad, el acceso a la edu-

cación y la formación profesional, y los servicios de aprendizaje permanente y las perspectivas de carrera profesional, así como el acceso a una cobertura adecuada de protección social; promover la coordinación entre los servicios sociales y de empleo para garantizar una activación integrada; crear condiciones favorables para entornos de trabajo asistidos, incluidas las empresas de integración social, y abordar la discriminación en el trabajo, fomentando que los empleadores ofrezcan medidas de conciliación, lugares de trabajo adaptados y programas de formación para mejorar las cualificaciones; continuar la evaluación de impacto de las medidas de apoyo que incluyan los resultados del mercado laboral a largo plazo; utilizar del modo más eficaz el FSE para aplicar estrategias de inclusión activa efectivas; y continuar y fortalecer los intercambios de buenas prácticas para promover vías nuevas e innovadoras para abordar estos retos; invita a la Comisión Europea a: continuar evaluando y supervisando las políticas de mercado de trabajo integradoras en el marco del Semestre Europeo, incluida la relación entre el apoyo a las rentas, los servicios de capacitación y la activación, y la lucha contra el paro de larga duración; fomentar el aprendizaje mutuo entre los Estados miembros; debatir sobre la calidad del empleo; y aportar apoyo financiero a las medidas para mejorar la inclusión de los mercados laborales a través del FSE y del programa EaSI, centrándose en los grupos desfavorecidos; invita a los Estados miembros y a la Comisión Europea a: trabajar con los interlocutores sociales para lograr mercados laborales inclusivos; e implicar mejor a éstos y a la sociedad civil en los debates sobre la mejora de la calidad del empleo y sobre la garantía de inclusión sostenible en el mercado laboral; invita a los Comités de Empleo y de Protección Social a continuar la supervisión temática y multilateral por país para impulsar el examen transversal de los resultados y las políticas conforme a las líneas de trabajo iniciadas; e invita al Comité de Protección Social a proseguir su trabajo con la Comisión Europea sobre el Proyecto Piloto para desarrollar los presupuestos de referencia.

6.4. La modernización y el fortalecimiento de la Red Europea de Servicios de Empleo (EURES)

Tras la evaluación de la red EURES realizada en 2010 y de la Decisión de ejecución de la Comisión, de 26.11.2012, para modernizarla y reforzarla, vistas las insuficiencias y carencias en su funcionamiento, para ser un instrumento eficaz para todo demandante de empleo y/o empleador interesado en la movilidad laboral, y las consultas celebradas en 2013 para examinar las prácticas sobre el acceso a las ofertas de empleo a escala nacional, el acceso de los demandantes de empleo y los empleadores a la red EURES y la organización de actividades de puesta en relación, colocación y contratación a través de esta red, la Comisión adoptó el 17.01.2014 una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una red europea de servicios de empleo, al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo, sobre la que el Consejo EPSSCO, de 11.12.2014, acordó una orientación general, y el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo provisional el 24.11.2015, recogido en el texto, aprobado por el Pleno del Parlamento Europeo el 25.02.2016, y por el Consejo el 13.04.2016 (DOUE L 107 de 22.04.2016), que en sus 41 artículos regula: las disposiciones generales, que incluyen el objeto del Reglamento, el establecimiento de un marco de cooperación para facilitar la libre circulación de los trabajadores en la UE a través de una red europea de servicios de empleo entre los Estados miembros y la Comisión; su ámbito de aplicación; la accesibilidad a los servicios; y las definiciones de servicios públicos de empleo, servicios de empleo, vacante de empleo, intercambio de información y procesamiento de vacantes, solicitudes de empleo y currículos, Plataforma Tecnológica común, colocación, trabajadores fronterizos y asociación transfronteriza EURES; el restablecimiento de la red EURES, sustituyendo el Reglamento 492/2011 y la Decisión de Ejecución 2012/733/UE; sus objetivos; la composición; las responsabilidades de las Oficinas de Coordinación europea y nacionales; la desig-

nación de los servicios públicos de empleo como miembros de EURES; la admisión de los miembros que no sean servicios públicos de empleo y de los socios de EURES; las responsabilidades, individuales y conjuntas de las organizaciones que participan en la red; el Grupo de Coordinación; la identidad común y la marca registrada EURES; la cooperación entre la red y otros servicios de información de la Unión; la Plataforma Informática común, su organización; el acceso a ella; la puesta en correspondencia automática de la Clasificación europea de cualificaciones, competencias y ocupaciones a través de la Plataforma; y el mecanismo para facilitar el acceso de los trabajadores y empleadores; los servicios de apoyo, sus principios; el acceso a la información básica; los servicios de apoyo a los trabajadores y a los empleadores; la asistencia posterior a la contratación; facilitar el acceso a la información sobre fiscalidad, cuestiones relacionadas con el contrato de trabajo, derechos de pensión, seguro de enfermedad, seguridad social y medidas activas del mercado laboral; los servicios de apoyo en las regiones transfronterizas; y el acceso a las medidas activas del mercado laboral; el intercambio de información y el ciclo de programación, sobre las tendencias de la movilidad laboral y entre los Estados miembros; la recogida y el análisis de datos; y los informes sobre las actividades de EURES; y las disposiciones finales, sobre la protección de datos personales; la evaluación a posteriori; el ejercicio de delegación; el procedimiento del Comité EURES; las modificaciones del Reglamento 1296/13 respecto del eje EURES del Programa EaSI, y del Reglamento 492/2011/UE, sobre la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión; las disposiciones transitorias; y la entrada en vigor del Reglamento, a los 20 días de su publicación con carácter general, y a los dos años para la contribución al fondo de vacantes de empleo y para la organización de la Plataforma Tecnológica común, detallando en el anexo los criterios mínimos comunes a la prestación de servicios, a los que se refieren los arts. 10 apartado 2 y 11 apartado 2 y la tabla de correspondencia de este Reglamento con el Reglamento 492/2011.

La nueva Agenda de Capacidades para Europa: una apuesta de alcance

New Skills Agenda for Europe: a far-reaching commitment

ELÍAS AMOR BRAVO*

SUMARIO. 1. INTRODUCCION. 2. LOS DIEZ PUNTOS DE ACTUACIÓN. 2.1. Una Garantía de capacidades. 2.1.1. *El EaSi, Programa de Empleo e Innovación Social*. 2.1.2. *El Fondo Europeo de Ajuste a la Globalización (EGF)*. 2.2. La revisión del Marco Europeo de Cualificaciones (EQF). 2.3. La coalición a favor de «Capacidades y empleos digitales». 2.4. El Plan para la Cooperación sectorial en materia de capacidades. 2.5. La herramienta para definir el perfil de capacidades de los nacionales de terceros países. 2.6. La revisión del marco Europass. 2.7. Conseguir que la FP sea la primera opción elegida por los estudiantes. 2.8. Revisión de la Recomendación de las competencias clave. 2.9. Iniciativa para realizar un seguimiento del progreso de los graduados universitarios en el mundo laboral y proporcionar información adecuada sobre el mismo. 2.10. Una propuesta para un análisis posterior e intercambio de buenas prácticas sobre la manera efectiva de gestionar la fuga de cerebros. 3. ASPECTOS FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Como se señala en la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, «Una nueva Agenda de Capacidades para Europa», Trabajando juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad¹, las capacidades², entendidas en sentido amplio, son aquello que las personas conocen, en-

tienden y pueden hacer, y actúan como una autovía para el empleo y la prosperidad.

Para acceder a empleos de calidad, la gente tiene que tener capacidades adecuadas y de ese modo hacer realidad sus objetivos de vida, participando como ciudadanos activos. Con los cambios acelerados que se producen en las economías, las cualificaciones determinan la competitividad y capacidad para dirigir la innovación. Actúan como un factor de empuje para las inversiones y un elemento catalizador del círculo virtuoso de creación de empleo y crecimiento, además de ser una clave de la cohesión social.

El pasado día 10 de junio es una referencia fundamental para todos los que consideramos que las cualificaciones son elemento fundamental para las políticas activas de empleo. Ese día, la Comisión Europea adop-

* Universidad de Valencia.

¹ COM (2016) 381/2 de 10 de junio de 2016, Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones.

² Capacidades definidas en estos términos aparece como sinónimo de cualificaciones. En este trabajo se utilizarán indistintamente.

tó la nueva, y general, *Agenda de Capacidades para Europa*, cuyo principal objetivo es asegurar que la gente desarrolle un amplio conjunto de capacidades desde las edades tempranas de la vida y aumentar al máximo el capital humano en Europa, para mejorar la empleabilidad, la competitividad y el crecimiento económico en el continente. En definitiva, apostar por la mejora de las cualificaciones. La entrada en funcionamiento de la Agenda fue programada para el 20 de junio.

Esta nueva *Agenda de Capacidades para Europa* supone un salto cualitativo con respecto a documentos y enunciados políticos anteriores, por cuanto llama la atención de los estados miembros y a los stakeholders para realizar esfuerzos para mejorar la calidad de las cualificaciones y su relevancia en el mercado laboral. La razón está justificada. De acuerdo con diversos estudios realizados, 70 millones de europeos no poseen competencias adecuadas de lectura y escritura, e incluso presentan resultados deficientes en competencias numéricas y digitales. Este déficit de competencias trae consigo una mayor probabilidad de acceder a situaciones de riesgo de desempleo, pobreza y exclusión social. Además, más de la mitad de los 12 millones de parados de larga duración en Europa tienen bajo nivel de cualificación.

Por otro lado, un gran número de europeos, particularmente los que están altamente cualificados, trabajan en empleos que no se ajustan a su talento y aspiraciones, por ello las instituciones educativas de enseñanza superior necesitan asegurar a sus graduados las capacidades necesarias para el mundo del trabajo. Al mismo tiempo, el 40% de los empresarios europeos se quejan de que tienen dificultades para encontrar trabajadores con las cualificaciones adecuadas para crecer e innovar en sus empresas. Por último, y no por ello menos importante, relativamente poca gente posee competencias emprendedoras para iniciar sus propios proyectos de negocios y tampoco saben adaptarse a los cambiantes requerimientos del mercado laboral.

Para combatir estos retos de capacidades, la Comisión anunció en la nueva Agenda un conjunto de diez acciones que pretenden afrontar los problemas mencionados y asegurar que las cualificaciones sean más visibles y mejoren su reconocimiento a nivel local, nacional y europeo, desde las escuelas y universidades hasta el mercado laboral.

La Comisaria de Empleo, Asuntos sociales, capacidades y movilidad laboral, Marianne Thyssen, declaró al respecto: «Necesitamos invertir más en capacidades en Europa. Los países más competitivos de la Unión, y del mundo, son los que invierten más en capacidades y 70 millones de europeos corren el riesgo de quedarse atrás. Una inversión más elevada en capacidades es vital para mejorar la competitividad y relanzar el crecimiento. Y por encima de todo, es crucial para ayudar a la gente a hacer realidad sus sueños y objetivos profesionales y alcanzar su potencial. Por tanto, invito a los estados miembros, agentes sociales y empresarios a trabajar conjuntamente con nosotros y hacer que esta nueva Agenda para las Cualificaciones sea un éxito»

El reto de las capacidades es europeo, porque si bien algunos estados miembros presenten retos específicos en este ámbito, en líneas generales todos se enfrentan a los mismos problemas y oportunidades.

La adquisición de capacidades, y su desarrollo posterior, es esencial para la mejora del funcionamiento de los mercados laborales por cuanto proporciona una mayor flexibilidad y seguridad a los demandantes de empleo, empleados y empresarios.

Además, los desajustes de cualificaciones inciden de forma negativa en la productividad y el crecimiento económico, al mismo tiempo que afectan la resiliencia de los estados miembros a los shocks económicos.

La transformación digital de las economías está cambiando de manera acelerada la forma de trabajar y también las prácticas empresariales. Los nuevos modelos de

relaciones laborales afectan el tipo de cualificaciones que se necesitan, incluyendo la innovación y el espíritu emprendedor. Muchos sectores experimentan un rápido cambio tecnológico y las competencias digitales son necesarias en todos los empleos, desde los más sencillos a los más complejos. Poseer altas capacidades permite a la gente adaptarse a estos cambios. De manera similar, la transición a una economía baja en carbono y circular implica crear y adaptar los modelos de empresa y los perfiles laborales a la nueva situación.

El envejecimiento de la población laboral de la Unión Europea, y su progresivo descenso, produce escasez de capacidades en algunos casos. Para compensar esta tendencia, se hace necesario aumentar la participación en el mercado de trabajo y la productividad. Las mujeres representan el 60% de los nuevos graduados, pero su nivel de empleo se mantiene por debajo de los hombres. Los mercados laborales inclusivos deberían apoyarse en el talento de todos, incluyendo los grupos vulnerables con más bajo nivel de cualificaciones. En la competencia global por el talento, se tiene que gestionar mejor la fuga de cerebros propiciando la movilidad en Europa, a la vez que se atrae talento de otras zonas por medio de un mejor uso de las capacidades de los inmigrantes.

En suma, el comportamiento económico y social de los países presenta notables disparidades en buena medida como consecuencia de la calidad y relevancia de la educación y formación disponible, incluyendo los métodos pedagógicos, que también varían notablemente. Actuar sobre uno solo de estos elementos no parece lo correcto. Una aproximación integral al problema permite abordar de forma conjunta la complejidad de los retos.

La nueva *Agenda de Capacidades para Europa* apuesta por una visión común y compartida sobre la importancia estratégica de las capacidades para mantener los

empleos, la competitividad y el crecimiento. Básicamente, tiene tres grandes objetivos: en primer lugar, mejorar la calidad y relevancia del proceso de formación de las capacidades; en segundo, conseguir que sean más visibles y comparables y, en tercero, mejorar la inteligencia y la información sobre las mismas, a fin de propiciar adecuadas elecciones profesionales. Este compromiso común de la Agenda se concreta en los diez puntos de actuación siguientes.

2. LOS DIEZ PUNTOS DE ACTUACIÓN

El objeto de este trabajo es realizar una revisión de los diez puntos que se pretenden impulsar en la nueva Agenda y evaluar el grado de compatibilidad de los mismos y su eventual capacidad para alcanzar los objetivos formulados.

2.1. Una Garantía de capacidades³

Como ya se ha señalado antes, cerca de 70 millones de europeos carecen de competencias básicas de lectura y escritura. Incluso, una cifra mayor tiene dificultades con el uso cotidiano de las operaciones matemáticas simples y los instrumentos digitales. Sin estas competencias el riesgo de desempleo, pobreza y exclusión social se dispara. Dejar atrás estas cifras supone un gran reto para Europa. Y además es necesario porque cada vez más y más empleos exigen un alto nivel de cualificación y complejidad, de modo que si la gente no cuenta con esas competencias se reduce el ámbito en que pueden elegir empleos, aumentando su vulnerabilidad social.

En la nueva *Agenda*, la Garantía de Capacidades propuesta por la Comisión tiene como objetivo ayudar a los trabajadores adultos con bajo nivel de cualificación a adquirir unos ni-

³ Garantía de Capacidades» es la traducción utilizada en los documentos europeos, ver COM (2016) 382 final de 10 de junio de 2016, Comisión Europea, Recomendación del Consejo sobre el establecimiento de la Garantía de Capacidades.

veles mínimos de competencia lectora, escritura, aritmética y digital que permita avanzar hacia niveles de segunda etapa de secundaria (el nivel 4 del Marco Europeo de Cualificaciones) y ello por medio del desarrollo de tres actuaciones:

En primer lugar, una evaluación de las competencias, para estimular a los adultos poco cualificados a identificar las competencias que poseen y necesidades de mejora.

En segundo lugar, una oferta de aprendizaje, consistente en el diseño a medida e impartición de un programa de formación adaptado a las necesidades específicas de cada individuo y tomando en consideración las prioridades del mercado laboral.

En tercero, la validación y el reconocimiento de las competencias adquiridas.

La Garantía de Capacidades se dirige, principalmente, a personas que no han realizado estudios de educación secundaria superior, que se encuentran en situación de desempleo y que tienen más de 25 años de edad (porque si fueran menores, serían atendidos por la Garantía juvenil) así como los que se encuentran trabajando o en situación de inactividad, pero que necesitan reforzar sus competencias básicas.

El funcionamiento de la Garantía de Capacidades exige a los estados miembros el establecimiento de trayectorias flexibles para la mejora de las competencias en cooperación con los agentes sociales, los proveedores de formación y educación y las autoridades locales y regionales. Los sistemas se tienen que construir a partir de las estructuras nacionales y serán distintos entre los diferentes estados miembros. De hecho, en la actualidad, algunos países ya ofrecen elementos de la Garantía de Capacidades y pueden trabajar sobre ellos, desarrollando intercambios de experiencias y de buenas prácticas.

El apoyo de la Comisión a los estados miembros en la puesta en marcha y control de la Garantía de Capacidades se concretará en forma de ayudas financieras a través del Fondo Social Europeo, Erasmus +, EaSi (programa de empleo e innovación social), FEDER,

FEAD (fondo de ayuda a los más deprimidos), EGF (fondo europeo de ajuste a la globalización) o el EAFRD (el Fondo agrícola europeo para el Desarrollo rural).

A continuación, y de estos programas, se presta atención a los que pueden tener una mayor incidencia en el ámbito de la nueva *Agenda de las Capacidades para Europa*.

2.1.1. *El EaSi, Programa de Empleo e Innovación Social*

Es un instrumento financiero de la Unión Europea para promover empleo de alta calidad y sostenible, garantizando la adecuada protección social, combatiendo la exclusión social y la pobreza, a la vez que se mejoran las condiciones de trabajo. El EaSi se gestiona directamente por la Comisión Europea e integra tres programas que fueron gestionados de manera separada entre 2007 y 2013, a saber, PROGRESS, EURES y Progress Microfinance.

Desde enero de 2014, estos programas forman los tres ejes del EaSi y dan apoyo, entre otras, a las siguientes iniciativas:

- La modernización de las políticas sociales y de empleo por medio del eje PROGRESS (61% del presupuesto total).
- La movilidad de los trabajadores con el eje EURES (18% del presupuesto)
- El acceso a la microfinanciación y al emprendedurismo social por medio del eje del mismo nombre (que supone el 21% restante del presupuesto).

El presupuesto total en el período 2014-2020 es de 919,469,000 € a precios constantes de 2013. Los objetivos que se pretenden alcanzar por medio del EaSi son los siguientes:

- Refuerzo de objetivos y coordinación de acciones a nivel europeo en las áreas de empleo, asuntos sociales e inclusión.

- Apoyo al desarrollo de adecuados sistemas de protección social y políticas de mercado laboral. Modernización de la legislación europea y asegurar su efectiva aplicación.
- Promoción de la movilidad geográfica y aumento de las oportunidades de empleo por medio del desarrollo de un mercado laboral abierto.
- Incremento de la disponibilidad y accesibilidad a la microfinanciación para grupos vulnerables y microempresas, y aumento del acceso a la financiación para las empresas sociales.

Para conseguir estos objetivos, el EaSi, prestará especial atención a los grupos vulnerables, tales como los jóvenes, promoverá la igualdad entre hombres y mujeres, combatirá la discriminación, promoverá un empleo de alto nivel de calidad con su correspondiente protección social, luchará contra el desempleo de larga duración y la pobreza y exclusión social.

Junto a los 27 mil millones de € del FSE para inversión en educación, formación, cualificaciones y aprendizaje a lo largo de la vida desde 2014 a 2020, se destinan otros 21,2 mil millones de € para inclusión social y otros 30,8 mil millones € para empleo de calidad y sostenible. Los estados miembros pretenden alcanzar a un total de 8 millones de trabajadores de bajo nivel de cualificación por medio de la educación.

Es evidente que este programa constituye un instrumento de gran potencial para el futuro despliegue de la Agenda y su utilización dependerá de la canalización de los proyectos que se anuncien hacia las materias objeto de la misma. La Comisión publicó un informe de evaluación del programa EaSi identificando una serie de iniciativas que se pueden calificar de buenas prácticas a nivel europeo y que se podrían extender a otros países en forma de recomendaciones o intervenciones a ser implementadas. El Informe analizó un total de 16 proyectos de buenas prácticas, entre las que se destacan algunos que guardan estrecha relación con los objetivos de la Agenda.

«Tu primer empleo EURES», con un ejemplo de buenas prácticas en Suecia, donde 504 demandantes de empleo encontraron un puesto de trabajo, superando el objetivo de 500. Además a 148 participantes se ofreció ayuda para desplazamientos a entrevistas de trabajo y 11 obtuvieron reconocimiento de cualificación. Además, 10 pequeñas empresas recibieron apoyos por la contratación de 85 personas.

En materia de protección social, un proyecto a destacar es EMPAC, siglas de «Engaging Migrant Parents and Children» (integrando a padres e hijos inmigrantes). Su finalidad era mejorar el proceso de integración de alumnos inmigrantes en Reino Unido, Italia, República Checa y España, para lo que se fijaron recursos muy variados para atender las necesidades de idiomas y cultura de los profesores, un mejor conocimiento de las zonas de origen de los alumnos, sus costumbres sociales, etc.

En el ámbito del empleo, un resultado a destacar fue el catálogo de cualificaciones para enriquecer el conocimiento de las cualificaciones de los trabajadores del sector de los sistemas de energía solar y geotermal en Alemania, Employment, con la colaboración de Francia, Alemania y Grecia. El catálogo sería utilizado como instrumento formativo por las instituciones de formación y educación, contribuyendo a reducir la tasa de desempleo y estimular la competitividad de la economía.

Una buena práctica en materia de condiciones de trabajo ha sido un proyecto desarrollado en los países bálticos, destinado a reforzar la implementación de la Directiva sobre la postura de los trabajadores, con la aportación de materias informativas y multimedia en los que participaron los agentes sociales.

2.1.2. *El Fondo Europeo de Ajuste a la Globalización (EGF)*

Proporciona apoyo a la gente que pierde sus empleos como consecuencia de los cambios estructurales derivados del comercio interna-

cional y la globalización, por ejemplo, cuando una gran empresa pone fin a sus actividades y se mueve fuera de la Unión, o como resultado de una crisis económica o financiera.

El EGF cuenta con un presupuesto anual de 150 millones € para el período 2014-2020. Puede cofinanciar hasta el 60% del coste de los proyectos diseñados para ayudar a los trabajadores excedentes a encontrar un nuevo empleo o crear sus propias empresas.

Como regla general, el EGF solo puede ser utilizado allí donde 500 trabajadores o más queden excedentes para una determinada empresa (incluyendo su cadena de proveedores) o si un gran número de trabajadores son despedidos en un sector concreto en una o más regiones vecinas. Los proyectos del EGF se gestionan e implementan por las autoridades nacionales y regionales, extendiéndose por un período de 2 años.

Los proyectos del EGF van destinados a cofinanciar medidas como, la ayuda en la búsqueda de empleo, asesoramiento profesional, educación, formación y recualificación, acciones de mentoring y coaching, promoción de emprendedores y creación de empresas, entre otras. También puede aportar ayudas a la formación, financiar los gastos de relocalización, ayudas a la subsistencia o similares. Sin embargo, no financia medidas de protección social como las pensiones o el seguro de desempleo. Tampoco sus recursos se pueden utilizar por las empresas para modernizar sus estructuras.

Los beneficiarios del EGF son trabajadores individuales excedentes en sus puestos, y entre 2014 y 2020 también se incluirán los autónomos, los trabajadores temporales y los que tienen contrato fijo. Además, hasta finales de 2017, los jóvenes que no tienen un empleo ni realizan educación o formación en regiones con alto desempleo también se pueden beneficiar del apoyo del EGF.

El EGF difiere de otros fondos estructurales, en particular del FSE, en que adopta una posición estratégica, de largo plazo, para anticipar y gestionar el impacto social del cambio

industrial por medio de actividades concretas como el aprendizaje a lo largo de la vida. En ese sentido, su utilización en la Agenda parece muy adecuada.

2.2. La revisión del Marco Europeo de Cualificaciones (EQF)

Esta actuación de la Agenda se plantea como objetivo conseguir una mejor comprensión de las cualificaciones y un mejor uso de las mismas en el mercado de trabajo europeo.

Las cualificaciones transmiten a los empresarios señales claras de lo que son capaces de hacer los trabajadores, pero rara vez capturan las competencias adquiridas fuera de las instituciones educativas, bajo el supuesto de que tienen un valor inferior. Las personas que tienen un bajo nivel de cualificación observan que para ellas es muy importante conseguir una correcta identificación y validación de las capacidades que poseen, al igual que los desempleados o quienes están en riesgo de exclusión, los profesionales que necesitan cambiar su trayectoria profesional y los inmigrantes. De ese modo, se ayuda a la gente a realizar una mejor demostración de su experiencia y talento, identificando necesidades ulteriores de formación y oportunidades de recualificación.

Las diferencias entre los sistemas de educación y formación en la Unión Europea hacen difícil para los empresarios evaluar el conocimiento y las competencias de la gente que poseen cualificaciones de un país a otro distinto del suyo propio. La movilidad a través de las fronteras puede ayudar a los mercados laborales a funcionar mejor y aumentar las oportunidades de vida de la gente. Pero un bajo conocimiento y comprensión de las cualificaciones significa que los trabajadores de la Unión y los del resto de países que se trasladan a Europa tienen que afrontar más obstáculos para encontrar un empleo o son remunerados por un salario inferior al de trabajadores con cualificaciones comparables ganadas en el país anfitrión.

A nivel europeo, la Directiva 2005/36/EC facilita el reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales y ayuda a acceder a profesiones reguladas desde enero de 2016, proporciona el primer procedimiento electrónico de ámbito europeo para el reconocimiento de las cualificaciones profesionales (también denominado Carnet Profesional Europeo, para un conjunto de diez profesiones⁴. El Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje a lo largo de la vida (EQF) fue establecido para hacer más fácil, entender y comparar lo que la gente ha aprendido (resultados del aprendizaje) mientras obtienen su cualificación.

El EQF animó a los actores de los distintos sectores educativos nacionales a trabajar conjuntamente en el diseño de modelos coherentes de cualificaciones nacionales basados en «resultados de aprendizaje». En ese sentido, la Agenda requiere un nuevo impulso para que el EQF alcance a los individuos y organizaciones plenamente y sirva como una base, día a día, del proceso de adopción de decisiones de reclutamiento laboral o el acceso a la formación, incluyendo una reflexión sobre las distintas formas que se produce el proceso de aprendizaje.

Diversos países no europeos han expresado su interés en el EQF para referir sus cualificaciones al mismo, y de ese modo, facilitar la comparación con las europeas. Esto podría servir para atraer a investigadores y profesionales de alto nivel de cualificación de países no europeos y asegurar las cualificaciones necesarias para la economía, haciendo más fácil para estas personas instalarse y prestar sus servicios en Europa y fuera del continente. Esto se encuentra en línea con la ambición de conseguir una política de inmigración legal y mejor gestionada⁵. La revisión de la Directiva de la tarjeta

azul es particularmente importante a este respecto. Un EQF revisado podría mejorar la comprensión de las cualificaciones adquiridas en el extranjero y facilitar la integración de los inmigrantes, tanto de los recién llegados como de aquellos que ya residen en la Unión Europea.

Para facilitar la comprensión de las cualificaciones y contribuir a su mejor utilización en el mercado laboral de la Unión, la Comisión ha puesto en marcha la propuesta de revisión del EQF⁶, cuyos objetivos son, entre otros, apoyar una actualización regular de los sistemas de cualificaciones, asegurar que las cualificaciones de un mismo nivel del EQF se establecen con los mismos principios de aseguramiento de la calidad, asegurar que los principios comunes de los sistemas de créditos se utilizan cuando las cualificaciones de un nivel del EQF se construyen sobre créditos, garantizar el uso del EQF por los agentes sociales, servicios de empleo públicos, proveedores de educación y autoridades públicas con el ánimo de apoyar la transparencia en la comparación de las cualificaciones. Por último, promover la comparabilidad de cualificaciones entre los países cubiertos en el EQF y otros países, en particular los países vecinos y otros con sistemas de cualificaciones maduros, que estén de acuerdo con los acuerdos internacionales en la materia. Una tarea ciertamente importante y de gran alcance que permitirá un funcionamiento más eficiente del mercado laboral.

2.3. La coalición a favor de «Capacidades y empleos digitales»

Esta actuación de la Agenda pretende acercar en los estados miembros los ámbitos de educación, empleo y empresas para desarrollar un modelo a gran escala de talento digital y asegurar que las personas y el mercado

⁴ Regulación de la Comisión (EU) 2015/983 de 24 junio 2015 sobre el procedimiento de emisión del Carnet profesional europeo y la aplicación del mecanismo de alerta previsto en la Directiva 2005/36/EC.

⁵ *European Agenda on Migration, COM(2015) 240 y Towards a reform of the common European asylum system and enhancing legal avenues to Europe, COM (2016) 197.*

⁶ *Recommendation European Qualifications Framework for lifelong learning, OJ 2008/C111/01.*

de trabajo en Europa estén equipados con las competencias digitales adecuadas.

Las economías se encuentran experimentando una rápida transformación digital, lo que supone que la mayor parte de los nuevos empleos requiere competencias digitales. Por otra parte, la economía colaborativa está cambiando los modelos de negocio, abriendo oportunidades de trabajo, demandando distintos conjuntos de competencias y estableciendo nuevos retos. La robotización y la inteligencia artificial reemplazan los empleos rutinarios, no solo en las fábricas, sino también en las oficinas. El acceso a los servicios online cambia los modelos de comportamiento de los consumidores, usuarios, y de las administraciones públicas.

La demanda de profesionales digitales especializados ha crecido a un 4% de media anual en los últimos diez años. Sin embargo, las competencias digitales escasean en Europa a todos los niveles. A pesar del crecimiento continuo del empleo, las vacantes no cubiertas de tecnologías de la información y comunicación se doblarán hacia 2020. Ello agravado por el hecho de que casi la mitad de la población laboral europea carece de competencias digitales básicas, y hasta un 20% no posee competencia alguna.

Europa precisa gente competente en el uso y aplicación al trabajo de las nuevas tecnologías, si ello no ocurre será imposible acceder a la transformación digital. La adquisición de nuevas competencias es vital para que la industria pueda mantener su desarrollo innovador y ello exigirá la adopción de nuevos métodos de formación.

La Agenda de la Comisión promueve el lanzamiento de la Coalición a favor de «Cualificaciones y empleos digitales» con el objetivo de desarrollar un modelo a gran escala de talento digital y asegurar que las personas y el mercado de trabajo en Europa estén equipados con las competencias digitales adecuadas.

Esta Coalición se apoya en los resultados positivos obtenidos por la Gran Coalición por los Empleo Digitales y la estrategia de E-cualificaciones de Europa, en coordinación con Educación y Formación 2020. Los beneficiarios de esta iniciativa son los estados miembros, que serán invitados a desarrollar estrategias nacionales comprensivas a mediados de 2017 sobre la base de los objetivos establecidos a finales de 2016, y ello incluye: establecimiento de coaliciones digitales nacionales que conecten las autoridades públicas, las empresas, los centros de educación y formación y los stakeholders del mercado laboral así como el desarrollo de medidas concretas para traer competencias digitales a todos los niveles del sistema educativo y formativo, apoyando a los profesores y formadores en su participación activa en el proceso.

La Comisión reunirá a los estados miembros y los stakeholders, incluyendo los agentes sociales, en una acción conjunta para identificar y compartir las mejores prácticas, de modo que se puedan replicar y expandir. También apoyará la disseminación de la información sobre programas europeos disponibles para la financiación, básicamente fondos estructurales, fondos de inversión, la Iniciativa de Empleo Joven y Erasmus+, y explorará otras oportunidades de financiación por medio de mecanismos de bonos. Además, la Comisión realizará un seguimiento anual de estas actuaciones por medio de su Informe sobre Progreso Digital en Europa.

2.4. El Plan para la Cooperación sectorial en materia de capacidades

Esta actuación de la Agenda tiene como principal objetivo la mejora de la información disponible sobre capacidades y la corrección de los déficits que existen en determinados sectores.

Las necesidades actuales y futuras de capacidades varían entre los distintos sectores de la economía. Nuevos sectores emergen o

se transforman de manera radical, principalmente como consecuencia del cambio tecnológico, aunque no siempre. La transición dirigida por la innovación hacia una economía de bajo carbono y circular, así como a las nuevas tecnologías innovadoras (KETs), la nanotecnología, la inteligencia artificial y la robótica, está transformando un gran número de sectores. La oferta de competencias adecuadas al mismo tiempo es clave para el desarrollo de la competitividad y la innovación. La disponibilidad de cualificaciones de alto nivel es clave para las decisiones de inversión. Con el ritmo de cambio tecnológico, un reto principal de las industrias, en particular de las empresas pequeñas y medianas, es anticipar y gestionar el cambio transformador relacionado con los requerimientos de cualificaciones.

Muchas iniciativas regionales y sectoriales de promoción de las cualificaciones se han impulsado, incorporando a las administraciones y organizaciones públicas. Pero estos proyectos permanecen fragmentados y tienen un impacto limitado sobre los sistemas educativos y formativos. Por ello, la movilización de la industria, incluyendo a los agentes sociales, es indispensable para el diseño de las soluciones que se tienen que implementar. Se necesita, por tanto, una aproximación estratégica que permita atender las necesidades de los mercados y sectores.

Para asegurar resultados de impacto real a largo plazo, se pretende vincular la cooperación sectorial en materia de capacidades a las estrategias de crecimiento de los sectores involucrados, apoyadas por el compromiso político y la participación de los stakeholders de la UE a nivel local, regional y nacional.

Con el objetivo de aumentar la información en materia de capacidades en los sectores económicos, la Comisión lanzará un Plan para la Cooperación sectorial en materia de cualificaciones, que ayudará a movilizar y coordinar la actuación de los actores clave, animar la inversión privada y promover un uso más

relevante de los programas financieros de la UE y de los estados.

La cooperación en cualificaciones sectoriales, en la industria y servicios, se establecerá a nivel europeo y será desarrollada a nivel nacional y regional, trasladando estrategias sectoriales de identificación de necesidades de cualificaciones y las soluciones concretas a las mismas para los próximos 5 a 10 años y por otra parte, dando apoyo relevante allí donde existan acuerdos significativos en materia de cualificaciones y certificaciones sectoriales.

El Manual será financiado por financiación de la UE y será pilotado inicialmente para un conjunto de seis sectores a partir de 2016, automoción, tecnología marítima, espacio, defensa, textiles y turismo. Áreas adicionales, como la construcción, la sanidad, el acero, las tecnologías verdes y las energías renovables será implementadas a partir de 2017. La selección de sectores toma como referencia las tecnologías, el aseguramiento de la competitividad a largo plazo así como la capacidad de los sectores tradicionales para afrontar los retos a corto y medio plazo.

2.5. La herramienta para definir el perfil de capacidades de los nacionales de terceros países

Entre las actuaciones de la Agenda, está se encuentra orientada a apoyar una rápida identificación y medición de cualificaciones para los demandantes de asilo, refugiados y otros inmigrantes.

Un número reducido de nacionales procedentes de países no UE residentes en la Unión poseen niveles de cualificación superior a la secundaria. Los niveles de cualificación suelen ser inferiores a los que alcanzan los ciudadanos nativos de la UE. Por otra parte, alrededor del 25% de los nacionales de países no UE poseen alto nivel de cualificación. Sin embargo, dentro de este grupo, alrededor de las dos terceras partes son inactivos, desempleados

o sobre cualificados en sus empleos. Además, algunos inmigrantes que ya residen en la UE, así como los que han llegado recientemente, incluyendo los refugiados, pueden tener un conocimiento limitado del idioma del país anfitrión.

Entender las cualificaciones, competencias y experiencias profesionales de los inmigrantes recién llegados es un reto para muchos países de la UE. Los instrumentos que se han desarrollado por el Europass, el EQF y el intercambio de aprendizaje entre los estados miembros puede apoyar la definición de los perfiles de capacidades de los inmigrantes y facilitar su integración. Identificar de forma temprana las capacidades de los inmigrantes puede ayudar a determinar los primeros pasos necesarios para integrarlos en la sociedad anfitriona y su mercado laboral. Esto implica su remisión a unos adecuados procesos formativos que incluyen el idioma, los negocios y las prácticas disponibles en la Alianza Europea de los Aprendizajes, o en los servicios de empleo.

Para conseguir la más rápida integración de los inmigrantes, la Comisión lanzará la denominada Herramienta para definir el perfil de cualificaciones de los nacionales de terceros países, que ayudará a los servicios de acogida de los países receptores a identificar y documentar las capacidades, competencias y experiencia de los recién llegados. También se pretende colaborar con las autoridades nacionales para dar apoyo al reconocimiento de las capacidades de los inmigrantes, incluyendo los refugiados, apoyar la formación de los profesionales de los servicios de acogida para que aceleren los procedimientos de reconocimiento y promover el intercambio de información y las mejores prácticas para entender y reconocer las competencias y cualificaciones. Por último, poner a disposición de los recién llegados cursos online de idiomas, por medio de Erasmus + (100.000 licencias para cursos de formación online de idiomas serán puestas a disposición de los refugiados en los próximos tres años).

2.6. La revisión del marco Europass

Esta actuación de la Agenda pretende ofrecer mejores y más fáciles instrumentos para presentar las capacidades de la población y conseguir información útil en tiempo real sobre las necesidades de cualificación y las tendencias que pueden ayudar en sus carreras y opciones de aprendizaje.

Sin una evidencia de las cualificaciones que van a ser demandadas en el futuro, los responsables políticos y los proveedores de formación y educación no pueden tomar decisiones adecuadas sobre las políticas públicas y reformas, el currículo educativo y las inversiones, entre otras. Sin embargo, como ya se ha señalado, el acelerado ritmo de cambio afecta el mercado laboral y hace muy difícil obtener información adecuada para sustentar las decisiones. Por otra parte, no hay una solución única: los mercados laborales locales y regionales tratan de equilibrar las necesidades de cualificaciones con las tendencias globales, lo que resulta en variaciones de las cualificaciones específicas relativas a las ocupaciones que son más demandadas en distintos sectores y regiones.

Tanto si se está buscando un empleo o decidiendo qué estudiar y aprender, la población necesita tener acceso a la información sobre capacidades. También se necesitan los medios apropiados de autoevaluación de competencias y la posibilidad de presentar las cualificaciones de manera efectiva. Del mismo modo, los empresarios y otras organizaciones podrían beneficiarse de formas más efectivas de identificar y reclutar al personal que posea las capacidades adecuadas.

La efectividad de la información sobre las cualificaciones varía entre los países de la UE. En algunos, los acuerdos entre los agentes sociales, gobiernos y proveedores de educación son suficientes para identificar las necesidades de cualificaciones y adaptar los currícula de manera adecuada. En otros países estos acuerdos no suelen ser la norma.

La cooperación es más efectiva cuando se construye sobre esfuerzos regionales y locales así como especialidades. Una mejor interacción local entre educación y formación por un lado, y el mercado laboral por el otro, apoyado por objetivos de inversión, puede limitar la fuga de cerebros y ayudar a desarrollar, retener y atraer talento necesario para las regiones e industrias.

Para ayudar a la población a elegir mejor sus carreras y aprendizajes, la Comisión propondrá una revisión del marco Europass para establecer una plataforma de servicios intuitiva y online. Proporcionará instrumentos basados en la web para documentar y compartir información sobre cualificaciones y competencias, así como instrumentos gratuitos de autoevaluación. La información sobre las necesidades de cualificaciones y sus tendencias serán mejoradas en su calidad por medio del uso del *big data* y la experiencia de los sectores, de forma que se pueda aportar información de calidad y en tiempo real en la plataforma denominada «Skills Panorama».

2.7. Conseguir que la FP sea la primera opción elegida por los estudiantes

Y para ello la Agenda pretende aumentar sus oportunidades para los estudiantes, al tiempo que se desarrolla la experiencia en el puesto de trabajo y se promueve una mayor visibilidad de los resultados de la FP en el mercado laboral.

La FP se valora positivamente por su potencial para insertar en el mercado laboral a los alumnos, desarrollar competencias transversales y el mantenimiento posterior de competencias, de acuerdo con las necesidades sectoriales, regionales y locales del tejido productivo. Aunque cada año la FP en Europa cuenta con unos 13 millones de alumnos, las previsiones de los estados miembros apuntan a que pueden producirse falta de profesionales especializados de FP en el futuro.

La realidad es que para muchas familias, la FP continúa siendo una segunda opción en los estudios y desarrollo profesional. La coordinación entre los empresarios y los centros de formación no siempre resulta fácil. La FP necesita aumentar su atractivo por medio de una provisión de calidad y organización más flexible, que permita la progresión a aprendizajes de mayor nivel de cualificación y con una relación más estrecha con el mundo laboral.

La provisión de una FP de alto nivel de calidad está en continuo aumento y se valora de forma positiva por los estudiantes y los empresarios por cuanto aporta las cualificaciones que se demandan en el mercado laboral. Las empresas y los agentes sociales deberían participar de forma más activa en el diseño y ejecución de los niveles de la FP, como se demuestra en el sistema de la FP dual de aprendices. La FP debería incorporar una dimensión de trabajo real siempre que sea posible.

La Comisión, en cooperación con los estados miembros, agentes sociales y proveedores de formación y educación, dará apoyo a la implementación de las Conclusiones de Riga⁷ para la calidad y las competencias relevantes del mercado de trabajo por medio del apoyo a las oportunidades de los estudiantes de adquirir una formación en el puesto de trabajo durante sus estudios. También por medio del incremento las oportunidades de los estudiantes de FP de combinar experiencias de aprendizaje adquiridas en distintos contextos, construidas sobre los instrumentos de aseguramiento de la calidad⁸ que existen y créditos, en línea con la Recomendación del Marco Europeo de las Cualificaciones.

De igual modo, se promoverá el apoyo a la visibilidad de la FP superior por medio

⁷ Sobre las Conclusiones de Riga, <http://www.cedefop.europa.eu/es/news-and-press/news/european-ministers-endorse-riga-conclusions-vet>.

⁸ *European Quality Assurance Framework for VET*, OJ 2009/C/155/01.

de patrocinios y cooperación entre proveedores de formación, empresas y centros de investigación con especial atención a las necesidades sectoriales. Se pretende mejorar la disponibilidad de datos del mercado laboral y su relación con la FP. Se propone la exploración de vías para la mejora de la gobernanza de los sistemas de FP en Europa, en concreto del Comité Asesor de FP. Finalmente, se propondrá el lanzamiento de la «Primera Semana Europea de Cualificaciones de FP» y un aumento de la cooperación con la Organización Mundial de Cualificaciones.

2.8. Revisión de la Recomendación de las competencias clave⁹

La Agenda se propone ayudar a más gente a conseguir el conjunto de capacidades básicas necesarias para trabajar y vivir en el siglo XXI, con un énfasis especial en las cualificaciones empresariales y orientadas al mundo de los negocios y la innovación.

La Unión Europea pretende que la educación y formación proporcionen a todas las personas un amplio conjunto de capacidades que abran puertas al desarrollo profesional, la inclusión social, la ciudadanía activa y el empleo. Entre estas capacidades se encuentran la competencia lectora, aritmética, escritura, científica, idiomas extranjeros, así como las transversales y clave como las digitales, emprendedurismo, pensamiento crítico, resolución de problemas, aprender a aprender y competencia financiera, entre otras.

Se considera que la adquisición temprana de estas capacidades es fundamental para el desarrollo de competencias de alto nivel que conducen a la innovación y creatividad. Estas competencias se tienen que mantener y reforzar a lo largo de la vida. Mientras que algunas de estas capacidades ya se han incorporado a

los sistemas educativos, este proceso no se ha realizado de forma consistente. Por ello, la Comisión pretende que los stakeholders, estados miembros, regiones, instituciones de educación y formación, desarrollen proyectos para evaluar y validar estas competencias, mejorando así el potencial de los servicios de orientación. Esta iniciativa por tanto se concretará en el apoyo a proyectos dirigidos a mejorar la orientación, los servicios de formación y mentoring para jóvenes, demandantes de empleo en general. En todo caso, la Comisión quiere que las competencias emprendedoras se hagan realidad dentro del marco de programas como Erasmus +, COSME y el FSE por medio de la concesión de apoyo financiero.

En ese sentido, la revisión del Marco de competencias clave para 2017 pretende estimular el desarrollo de los procesos de evaluación de estas competencias, con especial atención a las competencias emprendedoras y las orientadas a la innovación, propiciando su integración en los currícula educativos y formativos, al tiempo que se consigue una mejor evaluación de esas capacidades

2.9. Iniciativa para realizar un seguimiento del progreso de los graduados universitarios en el mundo laboral y proporcionar información adecuada sobre el mismo

Las universidades y los centros de FP preparan a la gente joven para la vida laboral. Por tanto, necesitan estar al corriente de las tendencias del mercado laboral y asegurarse que los alumnos encuentran empleo, adaptando los programas para tal fin. Los estudiantes y sus familias necesitan adoptar decisiones informadas sobre lo que quieren estudiar. Sin embargo, ajustar los currícula requiere tiempo a la vez que es un proceso realmente complejo.

Mejor información del mercado laboral o de la progresión del aprendizaje en la educación superior y la FP de nivel superior debe-

⁹ Recomendación Competencias clave para el aprendizaje a lo largo de la vida: OJ 2006/962/EC.

ría estar disponible para todos los alumnos y además ser comparable. También debería contar con los indicadores del aseguramiento de la calidad, datos administrativos y aproximaciones basadas en encuestas y plataformas sociales.

Los mecanismos de seguimiento de las trayectorias de los graduados universitarios se han desarrollado en varios estados miembros, algunos como el de graduados de FP han recibido una atención especial. Es evidente que existe un incentivo para apoyar los procesos de mejora de la información por parte de los estados miembros.

Esta iniciativa entrará en funcionamiento en 2017.

2.10. Una propuesta para un análisis posterior e intercambio de buenas prácticas sobre la manera efectiva de gestionar la fuga de cerebros

La Comisión entiende que el intercambio de buenas prácticas es fundamental en este ámbito y para ello analizará igualmente la problemática relacionada con la fuga de cerebros promoviendo las mejores prácticas para atender a este problema.

3. ASPECTOS FINALES

Las diez actuaciones presentadas anteriormente forman parte de una estrategia de largo plazo que pretende conseguir que la gente adquiera las capacidades necesarias para tener éxito en el mercado laboral. Las acciones a desarrollar a nivel europeo y de los estados miembros para alcanzar los objetivos establecidos en esta Agenda, tanto por los estados miembros, como por los proveedores de formación y los agentes sociales, pretenden cerrar la brecha entre educación, formación y mercado laboral, apostando por la modernización de la FP y la educación superior, a la vez que se explotan al máximo

los elementos que sostienen el desarrollo regional.

El aprendizaje en el puesto de trabajo, las prácticas laborales han mostrado su validez para conseguir buenos empleos al tiempo que se desarrollan cualificaciones relevantes para el mercado laboral, incluyendo las competencias transversales, en las que los agentes sociales desempeñan un papel fundamental. Pero es necesario que más gente se beneficie del aprendizaje práctico. Actualmente, solo la cuarta parte de los estudiantes de secundaria superior se forman con este proceso de aprendizaje, mientras que los programas de educación universitaria rara vez incluyen la experiencia en el puesto de trabajo. Los patrocinios entre empresas y centros en todos los sectores pueden ayudar a desarrollar este potencial.

Iniciativas como la «Alianza Europea por el Aprendizaje» muestran el camino a seguir. Hasta la fecha, la Alianza ha movilizado 250.000 oportunidades de prácticas en empresas para jóvenes. Por medio del «Pacto Europeo por la Juventud», un millón de jóvenes europeos serán formados en competencias digitales por medio de un programa que alcanzará a 100.000 alumnos. A través de la «Gran Coalición por los empleos digitales las empresas y otras organizaciones» se han ofrecido millones de oportunidades adicionales. En educación superior, el Instituto Europeo para la Innovación y la Tecnología es un ejemplo de cómo la cooperación entre empresas e institutos de investigación puede desarrollar el currículum laboral y la movilidad de los trabajadores.

Los agentes sociales en diversos sectores, incluyendo el comercio, la construcción y telecomunicaciones, han alcanzado posiciones comunes sobre cualificaciones, incluyendo iniciativas específicas sobre prácticas. Varios agentes sociales europeos de distintos sectores han formulado solicitudes conjuntas a la «Alianza por el Aprendizaje» para ofrecer más y mejores prácticas. Esta es una prioridad para los agentes sociales en su programa de

trabajo 2015-2017. La Comisión está interesada en dar apoyo al mismo.

Además, se pretende que un mayor número de alumnos se beneficie del aprendizaje en el extranjero. Los estudios confirman que la formación internacional aumenta las oportunidades de empleo de los jóvenes sin experiencia porque muestran una capacidad de adaptación más rápida a las nuevas situaciones y una mayor capacidad de solución de problemas. La movilidad de estudiantes de enseñanza superior tiene una larga tradición en Europa en el programa Erasmus, mientras que en el ámbito de la FP la opción de movilidad viene del Erasmus +. No obstante, las oportunidades siguen siendo escasas y por ello existe una demanda de aumentar las plazas para el aprendizaje internacional.

Como ocurre con la formación, las prácticas internacionales también ejercen una influencia notable sobre las oportunidades de empleo y a tal fin, la Comisión está realizando un estudio piloto para evaluar los beneficios de una movilidad de mayor tiempo (6-12 meses) para los aprendices. La Comisión reconoce que el apoyo económico de la UE no será suficiente para este objetivo. Se necesita la cooperación de los estados miembros, tanto financiera como en el control de la calidad de las prácticas. En ese sentido, en 2016 un Panel de Movilidad de la FP será impulsado para que sirva de orientación de las prácticas a nivel europeo y como base para identificar las áreas en que se necesita hacer más cosas.

La mayor parte de la población laboral europea en las próximas dos décadas ya son adultos en la actualidad y necesitan actualizar sus cualificaciones para explorar nuevas oportunidades profesionales. Por el contrario, solo 1 de cada 10 adultos participa en aprendizajes organizados, muchas veces los más cualificados que trabajan en grandes empresas. Mucho se puede hacer para aumentar el aprendizaje en el puesto de trabajo, sobre todo entre las pequeñas y medianas empresas, facilitando el acceso a los recursos e infraestructuras para una formación compartida. En ese sentido, los

recursos del Fondo Europeo de Inversiones están disponibles para conseguir este objetivo.

Las cualificaciones adquiridas por la población deben ser validadas, por medio de identificación y documentación, evaluación y certificación, con la opción de proceder a un reconocimiento parcial o total. Sin embargo, en muchos países existe un bajo nivel de atención a las posibilidades de validación y una baja aceptación del concepto. En otros, la validación solo es posible en el contexto de proyectos específicos, en otros, el coste administrativo suele ser prohibitivo.

Para ayudar a los responsables políticos a establecer acuerdos para la validación en 2018, la Comisión y CEDEFOP publican guías sobre validación desde 2016, que actualizarán regularmente. Una actualización del inventario europeo de validación del aprendizaje no formal e informal, que proporciona un estado de la cuestión en Europa sobre este asunto, ofrece ejemplos de buenas prácticas y será publicado a finales de 2016.

La Comisión destaca que los estudiantes de todos los niveles necesitan educadores excelentes para desarrollar sus cualificaciones y actitudes para la vida y el mundo laboral. La variación de los resultados alcanzados por los estudiantes en educación y formación depende principalmente de las características individuales de las familias. No obstante, en las instituciones educativas los educadores desempeñan un papel fundamental en los resultados del aprendizaje. El envejecimiento de los profesores es alarmante en muchos países, conforme se retiran aparece un riesgo creciente de pérdida de experiencia. Se requiere un reclutamiento más innovador, condiciones de trabajo más atractivas y políticas de retención si se pretende conseguir una nueva generación de educadores.

La Comisión dará apoyo a las mejores prácticas en esta área y su cooperación entre los estados miembros, otorgando particular importancia a la innovación en pedagogía, lo que incluye curriculum flexible, la promoción de aproximaciones interdisciplinarias y el apoyo al desarrollo profesional.

Alrededor de 2025 la mitad de las ofertas de empleo en la UE requerirán altas cualificaciones, generalmente otorgadas por instituciones de nivel terciario. Las cualificaciones obtenidas en estos programas se consideran motores de la productividad e innovación, asegurando mejores oportunidades de empleo a los graduados. Sin embargo, la reciente «Agenda for the modernisation of Europe's higher education systems» muestra que alrededor de las dos terceras partes de los recién graduados percibe un desajuste entre las cualificaciones que ofrecen y las que demandan los puestos de trabajo. Los centros educativos superiores tienen que hacer un mayor esfuerzo en la promoción de la innovación.

La Comisión ha expuesto su interés de trabajar con los stakeholders en el apoyo a la modernización de la educación superior, a partir de los resultados obtenidos en el estudio de la «Agenda» antes citado. Una de las iniciativas más destacadas será el desarrollo de mecanismos de evaluación de competencias para diferentes disciplinas de educación superior, que permitan una evaluación comparativa de las cualificaciones de los estudiantes y los graduados.

Uno de los objetivos fundamentales de la nueva *Agenda de las Capacidades para Europa* es el aumento de la conciencia política ha-

cia la importancia de las cualificaciones en los empleos de Europa y las perspectivas de crecimiento, a la vez que se atiende este asunto al más alto nivel político.

La Comisión lanzará un diálogo en profundidad con los estados miembros sobre las mejores oportunidades ofrecidas por los distintos programas financieros para alcanzar los objetivos de la Agenda. Los principales instrumentos son el Fondo Social Europeo (ESF), el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (ERDF), el Fondo Europeo Agrícola para el Desarrollo Rural (EAFRD), el Fondo Europeo Marítimo y Pesquero (EMFF), el Fondo para Asilo, Migración Integración (AMIF), Horizon 2020 y Erasmus +. El potencial del EIB y de otras instituciones y organizaciones financieras, incluyendo el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, debería ser tenido en cuenta para promover las inversiones privadas en el desarrollo de las cualificaciones.

Con motivo de la evaluación de medio término del marco financiero plurianual 2014-2020, la Comisión examinará el ajuste potencial necesario para alcanzar los objetivos de la Agenda, promoviendo un debate sobre los diferentes instrumentos financieros que pueden dar apoyo a las cualificaciones.

CALENDARIO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA AGENDA

Acción		Plazo temporal
Mejora de la calidad y relevancia de la formación de las cualificaciones		
Refuerzo de los fundamentos: competencias básicas	Propuesta de la Comisión para una Recomendación del Consejo sobre el establecimiento de la Garantía de las Capacidades COM(2016) 382	Junio 2016
Construyendo resiliencia: competencias clave y altas, competencias más complejas	Propuesta de la Comisión para una revisión de las competencias clave para el aprendizaje a lo largo de la vida con un focus especial en la promoción del espíritu empresarial acompañando a los Marcos europeos de referencia	4º trimestre 2017
Hacer que la FP sea una primera opción	Propuestas de la Comisión apoyando la modernización de la FP, tales como la revisión del Sistema europeo de aseguramiento de la calidad y el sistema europeo de créditos en FP	2º trimestre 2017
Estar conectados: focus en las competencias digitales	Lanzamiento de la Coalición a favor de las Capacidades y empleos digitales	Finales 2016
Hacer que las cualificaciones y las competencias sean más visibles y comparables		
Mejorar la transparencia y comparabilidad de las cualificaciones	Propuesta de la Comisión para la revisión del Marco Europeo de Cualificaciones COM(2016) 383	Junio 2016
Determinación temprana del perfil de cualificaciones de los inmigrantes	Lanzamiento de la herramienta para establecer el perfil de las capacidades de los nacionales de terceros países	Junio 2016
Avanzar en la inteligencia de las cualificaciones, elección informada y documentada de carreras		
Mejor inteligencia e información para mejores elecciones	Propuesta de la Comisión para una revisión del Modelo Europass para la provisión de mejores servicios para competencias y cualificaciones	3º trimestre 2016
Mejor inteligencia e información para mejores elecciones	Análisis ulterior y comunicación de buenas prácticas para evitar la fuga de cerebros	Finales 2016
Promover la inteligencia de cualificaciones en sectores económicos	Lanzamiento de un Plan para la cooperación sectorial en materia de cualificaciones	Junio 2016
Mejor comprensión de los resultados de los graduados	Propuesta de la Comisión para una iniciativa sobre evaluación de los graduados	2º trimestre 2017

Fuentes:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=2556&furtherNews=yes>http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2039_en.htmhttp://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8848

MARÍA PROUS LORA**

Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un organismo que agrupa a 35 países alrededor de todo el mundo y cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas; midiendo la productividad y los flujos globales del comercio e inversión, analizando y comparando datos para realizar pronósticos de tendencias y fijando estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas.

Bajo el título *Panorama de la sociedad 2016*, la Secretaría General OCDE presenta la octava edición del informe bianual en el que se reflejan los indicadores sociales de los países miembros de la organización.

Al igual que sus predecesores, el documento responde a la creciente demanda de datos cuantitativos sobre el bienestar social y sus tendencias en todos los países miembros.

La preparación del informe ha sido llevada a cabo por Stéphane Carcillo, Pauline Fron, Rphaela Hye, Claire Keane, Sebastian Königs y

Máxime Ladaique con la contribución de Nelly Biondi, Chris Clarke, Rodrigo Fernández, Michael Förster, Gaétan Lafortune, Marlène Mozier y la supervisión de Monika Queisser, Jefe de la División de Política Social de la OCDE.

Esta octava edición se centra en retratar el riesgo respecto al desempleo ante el que se encuentran los jóvenes hoy en día (los denominados NINIS) y las numerosas políticas diseñadas para promover una transición más sencilla entre el colegio y la universidad y el mundo laboral. Además, también analiza el resto de indicadores sociales que se relacionan con la juventud (salud, voto, apoyo social...).

El primer capítulo del informe, «EL DESAFÍO DE LOS NINI: ¿QUÉ SE PUEDE HACER CON LOS JÓVENES DESEMPLEADOS Y DESVINCULADOS?» presenta y estudia los datos más recientes sobre la situación de la juventud en los países de la OCDE. Además, examina la educación, la capacitación, el empleo y las políticas sociales que pueden apoyar a los jóvenes que en la actualidad ni estudian ni trabajan.

A modo de introducción, se hace hincapié en la lucha que mantienen los jóvenes hoy en día para encontrar un empleo a pesar de ser la generación con más estudios de la historia y cómo, además, aquellos que trabajan tienden

* Society at a glance 2016.

** Abogada. Roca Junyent.

a tener empleos de peor calidad, con contratos temporales y salarios más bajos, que las generaciones pasadas.

En primer lugar, el capítulo estudia el empleo juvenil tras la denominada «Gran Recesión» (la crisis mundial acaecida a partir de 2008).

Partiendo de los primeros datos que ofrece la OCDE y, como análisis genérico, debe tenerse en cuenta que el empleo juvenil es un factor importante para la cohesión social. Desde una perspectiva macroeconómica, tasas persistentemente altas de desempleo o inactividad suponen una pérdida sustancial de oportunidades económicas y de ingresos, que además socavan la confianza en las instituciones públicas y en la política. Desde un punto de vista individual, la carencia de empleo puede infligir una serie de cicatrices en los jóvenes que llegan a persistir muchos años. Así, los jóvenes que experimentan periodos de desempleo/inactividad a edades tempranas son más propensos al desempleo a lo largo de todas sus carreras profesionales e incluso se ha demostrado que ganarán menos.

El documento examina hasta qué punto la situación del mercado de trabajo de los jóvenes difiere de un país a otro y cómo ha evolucionado desde el inicio de la denominada «Gran Recesión».

Para hacerlo, se adopta una definición amplia de juventud, que incluye a jóvenes entre 15 y 29 años.

Según los datos de la OCDE, el número de jóvenes entre 15 y 29 años sin empleo, educación o formación (NINIS) sigue siendo mayor en la actualidad que antes del inicio de la crisis en casi todos los países miembros de la organización (unos 40 millones en 2015). Además, los más vulnerables, con problemas de salud o problemas sociales y/o de origen migrante, tienen más probabilidades de encontrarse sin trabajo, educación de calidad u oportunidades de capacitación. Por último, más de dos tercios de todos los NINIS (28 millones de jóvenes de la OCDE) están inactivos, es decir, ni siquiera buscan trabajo.

Pero es que además, esta situación tiene importantes consecuencias sociales, políticas y económicas. Por un lado, la disminución de los ingresos de los hogares aumenta el riesgo de pobreza, lo que puede obligar a los jóvenes y a sus familias a reducir los gastos esenciales en alimentación, vivienda o atención sanitaria (lo que daña su bienestar y su salud). Por otro, se ha demostrado que los períodos de inactividad y desempleo durante los primeros años como adultos tienen efectos negativos duraderos sobre las perspectivas de empleo y sobre los ingresos futuros. La creciente incertidumbre con la que los jóvenes se enfrentan al comienzo de sus carreras también puede evitar que lleguen a los marcadores tradicionales de la edad adulta (asegurar un empleo estable a menudo se asocia con la decisión de abandonar el hogar paternal y es típicamente un requisito previo para fundar una familia).

A largo plazo, la inactividad y el desempleo pueden generar aislamiento y desvinculación de la sociedad, con consecuencias negativas para los resultados sociales como la salud, la fecundidad y la confianza, y eventualmente conducir al crimen.

Por consiguiente, la integración social y laboral de los jóvenes es una prioridad política para los gobiernos de la OCDE.

A lo largo del capítulo se hace un balance de la situación actual del mercado de trabajo de los jóvenes, se describe a los que no están trabajando o formándose y se examinan los enfoques y las políticas adoptadas por los países de la OCDE para mejorar el empleo juvenil y los resultados educativos.

Los datos, tablas y diagramas del capítulo se agrupan como se detalla a continuación:

1. El empleo de los jóvenes tras la «Gran Recesión»

Esta sección examina hasta qué punto la situación del mercado de trabajo de los jóvenes difiere de un país a otro y cómo ha evolucionado desde el inicio de la crisis.

En primer lugar, las amplias pérdidas de puestos de trabajo a raíz de la crisis financiera de 2007-2008 afectaron a los jóvenes de manera desproporcionada. Hoy, aquellos que trabajan lo hacen, en una gran mayoría, a través de contratos temporales.

Además, la lenta recuperación en muchos países no ha podido revertir las tendencias de empleo de los jóvenes y restaurarla a niveles previos a la crisis. En el conjunto de la OCDE, el número de jóvenes empleados, de 15 a 29 años, disminuyó un 8% entre 2007 y 2015, mientras que el empleo general aumentó. Las pérdidas más catastróficas de puestos de trabajo durante el período se produjeron en los países más afectados por la recesión: España, Irlanda y Grecia que redujeron el empleo de los jóvenes a la mitad. Sin embargo, en otros países, como Francia y Estados Unidos, el empleo juvenil cayó más moderadamente y en un tercer grupo no sólo se

evitó la pérdida de empleo de los jóvenes, sino que incluso las tasas de empleo juvenil aumentaron tal y como ha sucedido especialmente en Luxemburgo (+ 38%) y Chile (+ 20%).

Si bien muchos países han experimentado episodios de recuperación, en general han sido demasiado débiles para impulsar significativamente las tasas de empleo juvenil. De hecho, los países del sur de Europa que se han visto gravemente afectados por la crisis -como España, Italia y Grecia- experimentaron una segunda recesión en 2011-12, y la proporción de jóvenes empleados sólo ahora comienza a estabilizarse. Otros países, como Estonia, Hungría e Islandia, ya han recuperado o están recuperando sus niveles de empleo juvenil de antes de la crisis. Debido a estos datos se aprecia como la participación media de los jóvenes en el empleo en toda la OCDE se ha estancado desde 2010.

FIGURA 1. ALMOST ONE IN TEN JOBS HELD BY YOUNG PEOPLE WERE DESTROYED SINCE THE BEGINING OF THE CRISIS



1. Data relate to 2011.

Source: OECD Employment Database, www.oecd.org/employment/database.

<http://dx.doi.org/10.1787/88893304800>

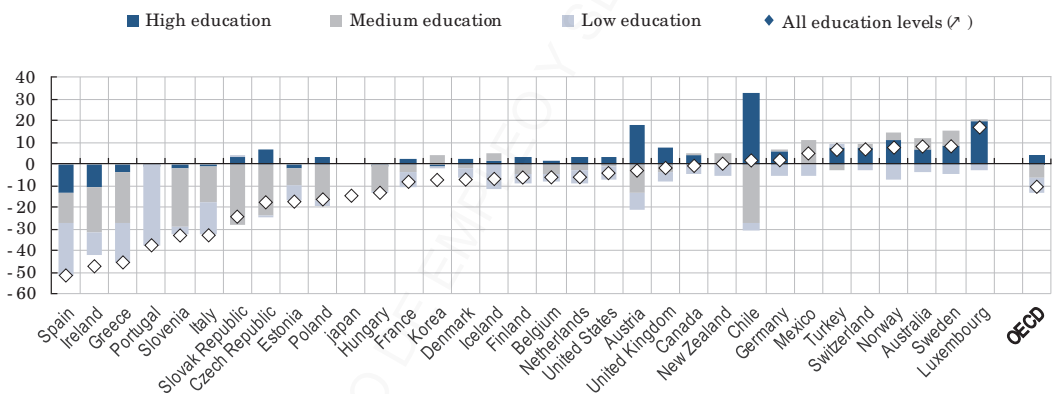
Por otro lado, los jóvenes con bajos niveles de educación (por debajo de la secundaria) han sido los más vulnerables durante la crisis económica. Entre 2007 y 2014 el número de jóvenes ocupados que no habían superado la educación secundaria (ESO) disminuyó en casi todos los países, incluso en aquellos donde el empleo de los jóvenes creció durante este período, como México, Australia y Noruega. De hecho, en esos siete años los jóvenes que sufrieron la mayor parte de las pérdidas de puestos de trabajo en la OCDE fueron los que solo contaban con una educación primaria o media. Por el contrario, el empleo entre los graduados universitarios aumentó en toda la OCDE, salvo en los países más

afectados por la crisis. En la República Checa, por ejemplo, el empleo total de jóvenes disminuyó en un 17%, mientras que entre los jóvenes con educación superior aumentó un 7%.

En este sentido, el marcado contraste entre los jóvenes cualificados y los no cualificados refleja que los jóvenes están ahora mejor educados que en 2007 pero también indica una creciente demanda de habilidades profesionales que no se exigían con anterioridad. Como muchos de los trabajos destruidos durante la crisis no van a poder reemplazarse, es esencial garantizar que todos los jóvenes que ingresan al mercado laboral estén bien cualificados.

FIGURA 2. POORLY EDUCATED YOUNG PEOPLE WERE HIT HARDEST BY THE RECESSION

Percentage change in numbers of employed 15 - to - 29 year-olds, between 2007 and 2014, by level of education



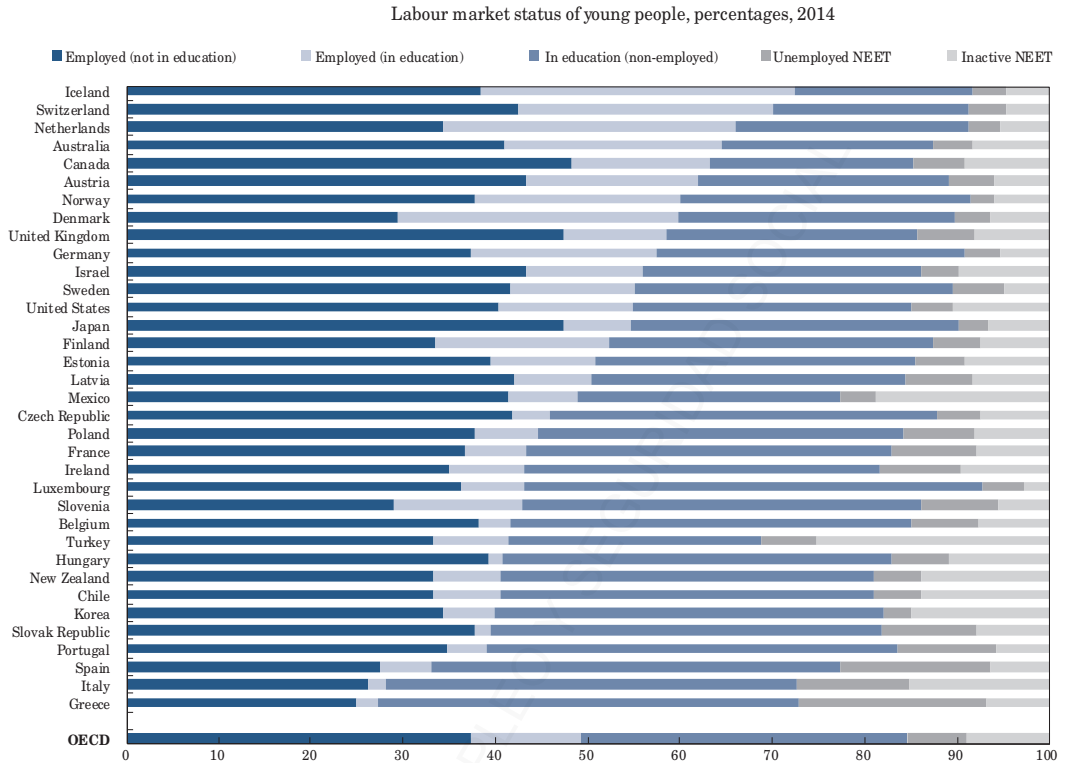
Los datos analizados por la OCDE también reflejan cómo el empleo juvenil tiende a ser mayor en los casos en los que los jóvenes combinan empleo y estudio.

La proporción de jóvenes que combinan estudios y trabajo en países como Islandia, Suiza y los Países Bajos, donde más de la mitad de todos los estudiantes también están empleados, es muy superior a la de países como Grecia, Italia, Hungría, Portugal, España o la República Eslovaca, donde sólo estudia y trabaja uno de cada veinte.

Los datos también muestran que trabajar un número moderado de horas (por

debajo de 15 a la semana) reduce el riesgo de abandono escolar temprano, posiblemente porque fomenta importantes habilidades para la vida como la conciencia y la motivación, y puede guiar a los estudiantes hacia una carrera. También hay beneficios para los estudiantes universitarios cuando trabajan a la vez que estudian en un trabajo relacionado con su campo de estudio. En consecuencia, algunos países han fomentado el empleo de estudiantes introduciendo o intensificando los componentes basados en el trabajo de los cursos escolares y universitarios.

FIGURA 3. IN THE BEST-PERFORMING COUNTRIES, MANY YOUNG PEOPLE COMBINE WORK WITH EDUCATION



Por último, en esta primera sección queda reflejado como muchos de los NINIS ni siquiera buscan empleo.

Como ya se ha indicado, el número de NINIS aumentó en la mayoría de los países de la OCDE como resultado de las grandes pérdidas de empleo a raíz de la crisis económica. En 2015, el número de NINIS en la escala de la OCDE ascendía a 40 millones, de los cuales dos tercios no buscaban activamente trabajo, los llamados «NINIS inactivos». De media, de los países de la OCDE, el 14,6% de todos los jóvenes eran NINIS en 2015. Esta proporción resulta sorprendentemente alta en los países más afectados por la recesión: entre un cuarto y un quinto de los jóvenes de Grecia, Italia y España han estado en los últimos años sin empleo y sin estudiar.

Pero es que además, si se desglosa el número de NINIS entre aquellos que buscan

activamente un empleo –los NINIS desempleados– y los que no buscan –los NINIS inactivos– se demuestra que en la mayoría de los países, un gran número de NINIS ni siquiera buscan trabajo. La proporción de NINIS inactivos es más alta en Turquía y México, pero también es significativa en países como Italia, Corea y Chile.

Además, también se examina cómo el problema NINI es estructural, aunque se ha visto exacerbado por la crisis. Los datos sugieren que, si bien los jóvenes sufrieron graves pérdidas de empleo durante la crisis, es probable que la tasa media de NINIS en la OCDE no disminuya más de 2 o 3 puntos porcentuales a medida que la economía se recupere. Por lo tanto, el componente estructural de los NINIS requiere políticas específicas que ayuden a los jóvenes a superar las barreras en cuanto a la búsqueda de empleo a la que se que enfrentan.

Y todo ello porque el elevado número de NINIS también representa un coste significativo para las economías de la OCDE.

En relación con lo anterior, el elevado número de NINIS genera importantes costes de oportunidad para las economías de la OCDE, ya que el tiempo y las habilidades de los jóvenes no se utilizan. El hecho de que el problema NINI sea en parte estructural y, por tanto, poco probable que desaparezca después de que las economías de la OCDE se hayan recuperado totalmente de la crisis, aumenta aún más la importancia de este coste recurrente.

Los «costes de los NINIS» se definen como el ingreso bruto de trabajo que los NINIS podrían tener si estuvieran empleados, medido como el coste bruto de mano de obra (incluyendo las contribuciones a la seguridad social). Por ejemplo, los «costes de los NINIS» para el año 2014, esto es, lo que se ha dejado de producir, son de una estimación de 560.000 millones de dólares lo que corresponde a entre 0,9 y 1,5% del PIB de la OCDE.

Los costes totales de los NINIS se calculan en función de las tasas de NINIS y los niveles de salarios. Los países con los índices más altos de NINIS sufren los costes más altos, como Turquía con un 3,4% del PIB y Grecia con un 2%. Sin embargo, los niveles de salarios relativamente altos también causan costes significativos para los países con tasas de NINIS moderadas.

2. ¿Quiénes son los NINIS? Un perfil de jóvenes desempleados

En esta sección se examina como los NINIS son un grupo diverso. Algunos jóvenes luchan por conseguir empleo porque abandonaron el colegio a una edad temprana mientras que otros, y en particular las mujeres, muestran que las obligaciones de cuidado las han impedido acceder al mercado laboral. Las personas afectadas por una enfermedad o discapacidad también pueden enfrentarse a dificultades prácticas para participar en la educación o el

empleo, mientras que los migrantes pueden enfrentarse a barreras lingüísticas.

El análisis de los NINIS de la OCDE refleja los siguientes datos respecto al perfil de los mismos:

1. *Un nivel de educación bajo aumenta el riesgo de convertirse en NINI*

Las tasas de NINIS en la OCDE son tres veces más altas entre los jóvenes con estudios de nivel secundario inferior (ESO) y 1,5 veces mayores en el nivel medio (Bachillerato) que entre sus iguales de alto nivel educativo con títulos universitarios (o terciarios). Debido a que muchos jóvenes no completan la escuela secundaria superior una gran parte de NINIS no está completamente educado y sólo una cuarta parte de los NINIS tienen títulos de educación superior.

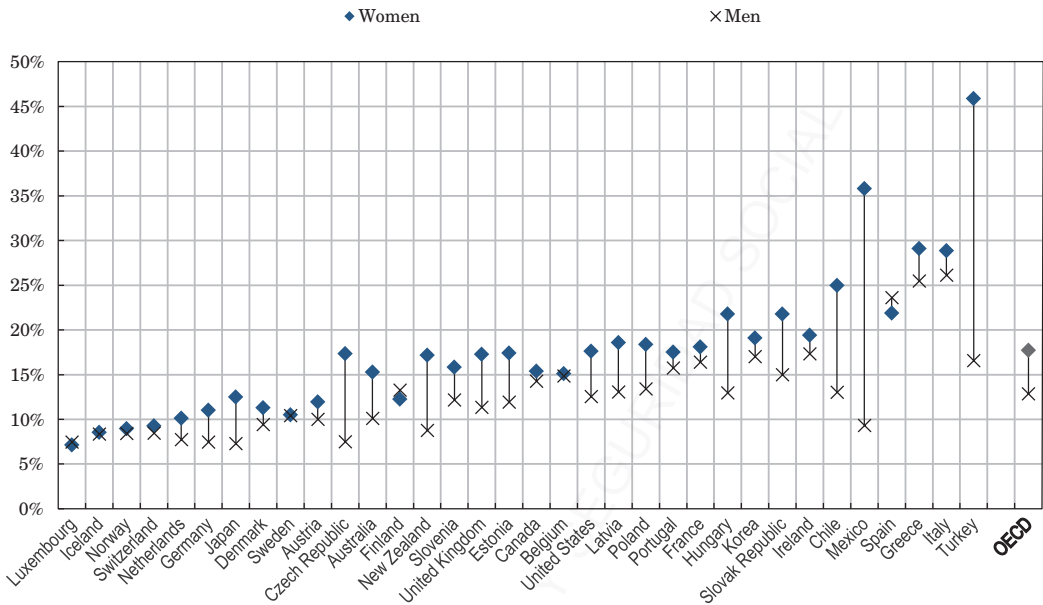
Además, las habilidades básicas son también un determinante importante del estado de los NINIS. El Programa para la Evaluación Internacional de Estudiantes (PISA) de la OCDE ha encontrado un fuerte vínculo entre la asistencia a la educación preescolar y un mejor desempeño en lectura, escritura y matemáticas a lo largo de toda la vida. También se ha demostrado que las habilidades no cognitivas son altamente predictivas de los resultados educativos y del mercado de trabajo. Rasgos tales como la conciencia, la estabilidad emocional o la apertura a nuevas experiencias son factores que pueden ser tan importantes como el coeficiente intelectual para completar la escuela y la educación superior, encontrar un empleo y ganar dinero.

2. *Las tasas de NINIS son más altas entre las mujeres, debido principalmente a las responsabilidades familiares*

Mientras que la falta de educación es el principal factor que conduce a la falta de empleo entre los jóvenes, ser mujer empeora el riesgo. Es más probable que las mujeres sean NINIS que los hombres 1,4 veces más en toda la OCDE.

FIGURA 4. YOUNG WOMEN ARE MORE LIKELY TO BE NEET THAN YOUNG MEN

NEET rates for women and men as percentages of the 15 to 29 year-old population, 2014



Detrás de esa cifra media, hay variaciones de un país a otro. En algunos países, especialmente los nórdicos, la brecha es insignificante. Por el contrario, en México o Turquía, por ejemplo, las mujeres tienen un riesgo tres o cuatro veces mayor de convertirse en NINIS que los hombres. Una de las razones puede ser la asignación tradicional de funciones relacionadas con el género, ya que las mujeres realizan la mayor parte del trabajo doméstico no remunerado y el cuidado de los niños. Sin embargo, algunos países de ingresos más altos como Nueva Zelanda y la República Checa también se muestran brechas de género en sus tasas de NINIS siendo estos el doble de mujeres que de hombres.

Además de las diferencias culturales, la razón principal de la inactividad entre las mujeres se relaciona más a menudo con las responsabilidades de cuidado de los niños, mientras que la mala salud es la causa más común entre los varones. Más de la mitad de las mujeres atribuyen su inactividad a la atención y las responsabilidades familiares,

lo que probablemente significa cuidar a los niños pequeños, ya que las tasas de empleo son generalmente bajas entre las madres de niños muy pequeños. Sólo un número mínimo de mujeres inactivas atribuyen no trabajar a mala salud u «otras» razones.

Sin embargo, las tasas NINIS masculinas y femeninas son las mismas en el grupo de jóvenes de 15 a 19 años, cuando la mayoría de los jóvenes están todavía en el colegio. Más tarde, en cambio, existe una brecha de 3 puntos porcentuales (entre los 20-24 años de edad). En cuanto al grupo de edad de 25 a 29 años, las tasas femeninas de NINIS se sitúan en 26%, 11 puntos porcentuales más que en los hombres. Y dentro de ese porcentaje, la proporción de NINIS inactivos es más de tres veces mayor que entre los hombres.

3. *Los jóvenes con mala salud son cuatro veces más propensos a ser NINIS*

Una proporción relativamente pequeña de NINIS, el 7% de media en la OCDE, muestran

un mal estado de salud, mientras que una proporción mayor, un poco más de un quinto, han mostrado limitaciones por padecer algún trastorno de salud. En este sentido, a nivel individual, la enfermedad o la discapacidad son factores claves para ser NINIS especialmente entre los hombres. Los problemas físicos o psicológicos a menudo representan serios obstáculos para encontrar empleo y adquirir experiencia laboral. Los jóvenes NINIS son cinco veces más propensos de media a quejarse de mala salud. De hecho, una proporción sustancial de NINIS inactivos masculinos y, en menor medida, femeninos, indican que la mala salud o la discapacidad es la principal razón para no trabajar.

Algunos NINIS pueden estar permanentemente incapacitados para trabajar, otros solo son capaces de hacer ciertos tipos de trabajos o cierto número de horas, mientras que un último grupo requiere ajustes especiales en el lugar de trabajo. También pueden tener que lidiar con dificultades prácticas tales como restricciones físicas o falta de disposiciones de trabajo flexibles. La enfermedad y la discapacidad también pueden hacer más difícil el ir a la escuela o la universidad y afectan a la asistencia y el rendimiento.

En cuanto a los trastornos mentales, están muy extendidos entre los jóvenes, alrededor de uno de cada cuatro de 15 a 24 años de edad están afectados. El inicio de la enfermedad suele ocurrir mucho antes de cualquier transición en el mercado de trabajo, antes de los 14 años de edad en la mitad de todas las enfermedades mentales. Dado el vínculo que se ha señalado anteriormente entre el abandono escolar prematuro y la derivación hacia el desempleo o la inactividad, es esencial que las medidas políticas apoyen el bienestar mental de los jóvenes y los mantengan plenamente comprometidos con la educación.

4. *Los jóvenes migrantes tienen un riesgo mayor de ser NINIS*

Del mismo modo, una proporción relativamente pequeña de NINIS, el 13% de media en

la OCDE, son jóvenes nacidos en el extranjero. Individualmente, los jóvenes nacidos en el extranjero están significativamente más expuestos al riesgo de ser NINIS que los nativos. En la mayoría de los países de la OCDE, los jóvenes nacidos fuera de su país de residencia tienen 1,5 veces más probabilidades de ser NINIS que los jóvenes nativos. Los jóvenes nacidos en el extranjero tienen más riesgo de convertirse en NINIS porque pueden no ser suficientemente competentes en el idioma del país anfitrión, tener niveles educativos más bajos o sufrir discriminación. De hecho, un mal dominio del lenguaje puede conducir a un bajo nivel educativo y, por lo tanto, alimentar un círculo vicioso de desventajas.

El riesgo relativo de convertirse en NINIS es relativamente mayor en los países con bajas tasas de NINIS como Alemania, Austria, Holanda y Noruega, donde los jóvenes nacidos en el extranjero son alrededor 2-2,5 veces más propensos a ser NINIS que sus nativos. En países como Polonia o el Reino Unido, apenas hay una brecha, mientras que en Israel, Irlanda y Chile, los jóvenes nacidos en el extranjero son menos propensos a ser NINIS. Esta disparidad dependerá probablemente del país de origen y de la razón de la migración. Los jóvenes que se dirigen al extranjero a buscar oportunidades de educación o de empleo son claramente menos propensos a ser NINIS que los que llegan como refugiados.

5. *Los jóvenes con padres poco instruidos o desempleados también tienen más riesgo de convertirse en NINIS*

Muchas de las desventajas que conducen al desempleo o a la inactividad revisadas hasta el momento, como un nivel bajo de educación, malas aptitudes, problemas de salud como los trastornos mentales o el embarazo precoz, son a menudo transferidos de los padres a los hijos. La situación socioeconómica de los padres es, por tanto, un forma de predecir la situación de sus hijos. La falta de educación o de formación de los padres conlleva hasta un 80% más de probabilidades de convertirse en NINI.

De ahí que una proporción significativa de jóvenes desempleados o inactivos vengan de un entorno desfavorecido. Alrededor de un tercio de los NINIS tienen padres con educación secundaria inferior o padres desempleados (el doble de los jóvenes que no son NINIS).

El bajo nivel educativo de los padres podría afectar directamente al nivel de escolaridad de sus hijos, por ejemplo, si son menos propensos a alentar su educación superior o menos capaces de ayudarlos con el trabajo escolar. Del mismo modo, los padres desempleados podrían no tener las conexiones profesionales (u otras) que ayudarían a las oportunidades de carrera de sus hijos, lo que podría aumentar el riesgo de que se conviertan en NINIS.

6. *Los jóvenes NINIS son menos propensos a vivir con sus padres*

Más allá de los factores de riesgo revisados hasta ahora, las formas de vida también son importantes para entender la situación de los NINIS jóvenes. Vivir con sus padres puede ayudar a aliviar a los jóvenes de posibles tensiones financieras, pero también podría aliviarlos de la necesidad de trabajar. El estado NINI en sí mismo puede, por supuesto, influir en la formación de los hogares, ya que los bajos ingresos hacen que sea más difícil mudarse. Por otro lado, en países donde una alta proporción de NINIS no viven con sus padres, pueden estar en mayor riesgo de pobreza, particularmente si viven solos o en un hogar donde nadie genera ingresos.

De media, sin embargo, los NINIS jóvenes, desempleados e inactivos, tienen menos probabilidades de vivir con sus padres que los no NINIS. Casi la mitad de los NINIS viven con sus padres, mientras que la cifra para los jóvenes que no son NINIS es casi de dos tercios. Estos últimos incluyen a los estudiantes, sin embargo, que pueden ser más propensos a vivir en el hogar de los padres. Una proporción sustancial de NINIS, el 26%, viven con un compañero y al menos un niño mientras que sólo el 9% de los no NINIS viven así.

En relación con lo anterior, algunos jóvenes que viven solos y tienen niños no pueden tener otra opción que la inactividad. La paternidad solitaria entre los NINIS es cinco veces más alta que para los jóvenes que no son NINIS.

7. *La mayoría de las personas no son NINIS en su juventud, aunque el 20% de los jóvenes son NINIS a largo plazo*

Hasta ahora, este capítulo ha tratado el perfil NINI de los jóvenes y sus atributos sin tener en cuenta el tiempo que los jóvenes en realidad podrían ser NINIS. Ser NINI durante un corto periodo de tiempo no es en sí mismo un resultado negativo en absoluto, un joven puede decidir tomarse un tiempo para cuidar a los hijos o viajar. Por otra parte, muchos jóvenes pasan por breves episodios de inactividad o desempleo después de terminar su educación, ya que tardan en encontrar trabajo o los trabajos que consiguen son más inestables al inicio de la carrera profesional. Sin embargo, períodos prolongados de desempleo o de falta de educación son más problemáticos e incluso pueden tener efectos de cicatrización, lo que afecta negativamente a las oportunidades de empleo y a los ingresos futuros.

El problema de los NINIS es que muchos permanecen sin empleo, educación o capacitación durante largos periodos de tiempo. Alrededor de un tercio (31%) de todos los NINIS de los países de la OCDE están desempleados o inactivos durante un máximo de seis meses durante un período de cuatro años. Casi la mitad (47%) permanece sin educación o trabajo durante más de un año. Esto corresponde a un quinto de todos los jóvenes. La juventud de los países más afectados por la crisis corren un mayor riesgo, ya que más del 30% de los jóvenes en Grecia, Italia y España pasan un año o más como NINIS.

Las mujeres jóvenes son especialmente vulnerables ya que son más propensas al estatus de NINI a largo plazo cuando tienen hijos por las pocas oportunidades de reanudar o comenzar a trabajar con posterioridad a este hecho. Los jóvenes con bajos niveles de

educación (que no completaron la escuela secundaria superior) también tienen más probabilidades de ser NINIS a largo plazo. Los poco educados representan el 17% de la población juvenil, pero el 30% de los que pasan más de 12 meses como NINIS. Los jóvenes con mala salud también están sobreexpuestos a esta situación de larga duración.

8. *Los NINIS tienen niveles más bajos de felicidad y confianza y están menos interesados en la política*

Aunque se les priva del empleo, los NINIS valoran el trabajo tanto como el resto de jóvenes. Además, son menos propensos que los jóvenes que no son NINIS a pensar que el tiempo de ocio es muy importante, probablemente debido a que los jóvenes con empleo o educación tienen menos tiempo disponible para actividades de ocio ya que bien estudian bien trabajan. Por lo tanto, la falta de un trabajo es probable que tenga un impacto en la satisfacción de la vida. Esto sugiere que para una mayoría de jóvenes el desempleo o la inactividad no es una opción y que estarían dispuestos a integrarse en el mercado laboral si pudieran.

Los largos períodos de inactividad involuntaria o desempleo no sólo tienen consecuencias individuales sino que también crean un reto para la cohesión social. Con el tiempo, ser un NINI puede conducir al aislamiento, a la falta de interés en la sociedad y a un sentimiento de desconfianza. Los jóvenes NINIS también tienen menos probabilidades de mostrar interés en la política, con apenas menos de un tercio de encuestados que indiquen que están algo o muy interesados en política en comparación con el 40% de los jóvenes que no son NINIS. A pesar de este menor interés por la política, los jóvenes NINIS son más propensos a pensar que es responsabilidad del gobierno proporcionar a todos un empleo. Es probable que esta diferencia de opinión esté influenciada por la mayor dependencia de los NINIS al sistema de prestaciones de apoyo financiero en comparación con los jóvenes que estudian o trabajan.

3. Redes de seguridad para jóvenes de bajos ingresos

La tercera sección de este primer capítulo analiza, por un lado, los principales tipos de subsidios disponibles para los jóvenes en los países de la OCDE y, por otro, cómo la proporción de jóvenes que reciben beneficios sociales ha evolucionado desde el inicio de la crisis.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que las prestaciones por desempleo pueden ser menos accesibles para los jóvenes ya que sólo unos pocos países de la OCDE ofrecen prestaciones de apoyo a los ingresos que se dirigen exclusivamente a este grupo social.

Directamente relacionado con lo anterior, debe tenerse en cuenta que los jóvenes que buscan trabajo habiendo trabajado y cotizado previamente suelen tener derecho a las prestaciones de desempleo, ya que existe una red de seguridad primaria para los desempleados que buscan empleo. Sin embargo, el acceso a estos beneficios sociales suele estar ligado a unos períodos mínimos de cotización (en muchos casos un mínimo de 12 meses).

Por otro lado, los jóvenes desempleados que carecen de antecedentes laborales suficientes, los que han agotado sus prestaciones por desempleo de duración limitada y los que viven en hogares de bajos ingresos suelen tener derecho a asistencia social o beneficios de vivienda. Tales beneficios suelen ser aprobados en función de los recursos a nivel del hogar, por lo que se tienen en cuenta los ingresos de los padres del joven y/o de su cónyuge o pareja. La asistencia social y los beneficios de vivienda tienden a ser menos cuantiosos que los beneficios de desempleo, pero están disponibles por períodos ilimitados en la mayoría de los países. En ocho de los países de la OCDE, los jóvenes sin antecedentes laborales también pueden recibir prestaciones por desempleo.

Además, los jóvenes que viven con sus padres a menudo reciben prestaciones familiares pagadas hasta la edad de 16 años. En la mayoría de los países, las prestaciones fami-

liares duran más si el joven está estudiando. Los jóvenes con hijos también pueden tener derecho a prestaciones por hijos y prestaciones por maternidad o paternidad.

Por último los jóvenes con capacidad de trabajo permanentemente reducida (incapacidad de algún tipo) suelen tener beneficios por incapacidad. Sin embargo, en una serie de países, como Austria, Canadá y Suecia, las pensiones de invalidez requieren un período mínimo de cotización: los jóvenes con una capacidad de trabajo limitada que no cumplen ese requisito solo pueden recibir asistencia para discapacitados sometida a los recursos.

El problema de las subvenciones y prestaciones que se facilitan a los jóvenes es que la recaudación que los países deben realizar para soportar estos gastos es alta.

Los subsidios de desempleo desempeñaron un papel esencial para amortiguar a los jóvenes del golpe de la crisis. En respuesta a los crecientes índices de NINIS, la proporción de jóvenes que reciben prestaciones de desempleo aumentó en un 60% entre 2008 y 2010 en la OCDE, reflejando aumentos en las tasas de recepción en prácticamente todos los países. Además, como consecuencia de la debilidad de la recuperación, especialmente en muchos países europeos, las tasas de recepción han disminuido sólo ligeramente de su pico más alto durante la crisis y parecen haberse estabilizado a un nivel más alto desde 2012.

Pese a lo indicado, y tal y como se desglosa a continuación, la proporción de jóvenes que reciben prestaciones por desempleo y discapacidad es relativamente baja en la mayoría de los países de la OCDE:

- Menos de uno de cada diez jóvenes recibió beneficios de desempleo o discapacidad en 2013 en la OCDE. La proporción fue 33% inferior a la observada en la población general en edad de trabajar (de 15 a 64 años), y el patrón fue consistente en todos los países.

- La mayoría de los beneficiarios reciben prestaciones por desempleo. Las tasas de recepción son más altas en los países donde los jóvenes fueron los más afectados por la crisis, como Italia, Irlanda y España. Sin embargo, también han aumentado en Finlandia, donde el empleo de los jóvenes se ha deteriorado más recientemente, y en Austria y Francia, donde los bajos requisitos de cotización hacen que los beneficios sean más accesibles.

- Pocos jóvenes reciben prestaciones por incapacidad. Sin embargo, las altas tasas de recepción en algunos países del norte de Europa (como Estonia, Finlandia y Noruega) y en Irlanda pueden ser motivo de preocupación.

- Las tasas de recaudación de los beneficios de asistencia social aumentaron durante la crisis, pero han disminuido desde sus niveles previos a la crisis.

- La proporción de jóvenes que viven en hogares que reciben prestaciones de vivienda ha ido en aumento, pero se redujo sustancialmente en 2014. Esto refleja principalmente una notable disminución de la proporción de jóvenes beneficiarios en Islandia, Irlanda y España, donde muchos jóvenes viven en hogares que reciben beneficios de vivienda.

Finalmente, relativo a las prestaciones y subsidios que se perciben en los países miembros de la OCDE debe destacarse que el 22% de los adultos en edad laboral menores de 30 años y el 18% de los mayores de 30 años serían pobres si no recibiesen beneficios sociales.

4. Políticas para promover la autosuficiencia entre los jóvenes

La última sección de este primer capítulo analiza las políticas que buscan abordar el problema de los NINIS y promover la autosuficiencia entre los jóvenes. Este apartado presenta estrategias para evitar el abandono escolar prematuro y facilitar la transición entre la escuela y el trabajo a través de una formación profesional de alta calidad.

Además, se examinan los programas de divulgación para los jóvenes desvinculados y los planes para que los NINIS vuelvan a emplearse o a recibir educación.

En primer lugar se refleja cómo la lucha contra el abandono escolar prematuro es esencial para abordar el desafío NINI. Siendo así, los gobiernos deben garantizar que todos los jóvenes obtengan por lo menos un título de enseñanza secundaria superior que les permita cursar sus estudios o les dé las aptitudes profesionales necesarias para tener éxito en el mercado laboral. Los países de la OCDE han logrado progresos considerables durante la última década en la reducción de las tasas de abandono escolar prematuro, es decir, la proporción de jóvenes que no terminaron la educación secundaria superior. Sin embargo, alrededor de uno de cada seis jóvenes de 25 a 34 años todavía no tiene una cualificación de secundaria superior, y la tasa es considerablemente más alta en países del sur de Europa como Italia, Portugal, España y Turquía.

Para reducir aún más el número de jóvenes que abandonan la escuela sin una titulación de enseñanza secundaria superior, las políticas deben garantizar que se detecten tempranamente signos de desconexión y que los jóvenes en riesgo de abandonar la escuela reciban el apoyo necesario para completar su educación.

Las estrategias para mantener a los estudiantes en los colegios ofrecen mejores resultados cuando se abordan en etapas tempranas. El abandono no es generalmente un acontecimiento repentino e inesperado, sino más bien la consecuencia de un proceso más largo de desconexión gradual que puede ser impulsado por una serie de factores diferentes como dificultades de aprendizaje, problemas de salud mental, problemas familiares, actitudes de los padres hacia la educación o la experiencia escolar. Para evitar que un joven abandone sus estudios, estos desafíos deben abordarse tan pronto como se presentan.

Para ello las escuelas deben examinar sistemáticamente la asistencia de los estudiantes y mantener informados a los principales interesados –especialmente a los padres y los servicios sociales– para asegurar que los alumnos con problemas sean detectados y reciban la atención que necesitan. En Letonia, por ejemplo, la mayoría de las escuelas secundarias utilizan plataformas basadas en la Web, y proporcionadas por el sector privado, para recopilar información sobre los horarios de los estudiantes, la asistencia a clase, el rendimiento y cualquier tarea que deban cursar. Otra buena práctica se puede encontrar en Suecia, donde las escuelas secundarias superiores están legalmente obligadas a informar de los jóvenes que abandonan prematuramente la escuela menores de 20 años y de los estudiantes con alto absentismo a las autoridades locales como parte de su denominada “responsabilidad de la actividad”. Los municipios tratan entonces de establecer contacto con el alumno, conocer su situación y ofrecerles actividades para ayudarle a regresar a la educación secundaria superior.

En segundo término, la sección refleja como los estudiantes en situación de riesgo y sus familias necesitan apoyo integral dado que si el mal desempeño escolar y el absentismo son causados, o agravados, por factores no educativos –como problemas en la familia, problemas de salud o abuso de sustancias– es necesario abordarlos si se quieren mejorar sustancialmente los resultados educativos.

Un personal de apoyo especializado en las escuelas es clave para identificar rápidamente y abordar los desafíos que un joven con problemas puede enfrentar. Los psicólogos o trabajadores sociales capacitados pueden ser un primer punto de contacto importante para los estudiantes, padres y maestros cuando surgen problemas. Cuando las escuelas carecen de los recursos para ese personal especializado, el personal docente designado que ha recibido la formación ade-

cuada puede proporcionar un apoyo importante.

Pero también resultan fundamentales las redes de apoyo fuera de las escuelas como los servicios sociales y de salud, los servicios públicos de empleo y, posiblemente, las ONG que desempeñan un papel importante en la solución de problemas más graves o duraderos que las escuelas son incapaces de afrontar por sí solas. Dependiendo de las necesidades de los jóvenes, los trabajadores sociales u otro personal de apoyo pueden ayudar a resolver los problemas familiares, resolver una situación de vivienda difícil, poner al joven en contacto con los servicios de salud o actuar como mediador entre el joven y la policía o los tribunales. Los servicios sociales a veces tienen relaciones de trabajo anteriores con la familia de un joven, por ejemplo porque sus padres son beneficiarios. En Portugal, el programa TEIP (Territorios Educativos de Intervención Prioritaria) crea vínculos entre escuelas «prioritarias» en determinadas zonas desfavorecidas y entidades públicas y privadas como centros de salud, asociaciones de voluntariado y diferentes agencias de apoyo. El objetivo es proporcionar a los alumnos en riesgo de abandono concursos vocacionales y alternativas a la escolarización tradicional. El Ministerio de Educación examina regularmente los resultados principales, tales como mejoras en el rendimiento académico, la asistencia, el comportamiento y el riesgo de abandono escolar.

El apoyo de expertos externos es especialmente importante para ayudar a los estudiantes con problemas de salud mental. Una proporción significativa de los jóvenes de los países de la OCDE afirman sentirse estresados de manera regular y la prevalencia de afecciones como trastornos alimentarios, ansiedad o depresión es alta y aumenta, especialmente entre las mujeres jóvenes. Sin embargo, identificar problemas de salud mental no es sencillo, ya que los padres y los profesores a menudo no están suficientemente familiarizados con los síntomas. Los

jóvenes mismos, por otra parte, pueden ser reacios a buscar la ayuda en una persona que conocen por un sentimiento de vergüenza. Los servicios psicológicos en las escuelas tienen un papel vital en el reconocimiento de los problemas de salud mental cuando surgen y en la provisión de información y apoyo a los profesores, estudiantes y padres. Los centros de salud externos, como los administrados por la Fundación Nacional de Salud Mental de la Juventud de Australia, son un enfoque innovador para detectar y tratar problemas de salud mental entre los jóvenes. En los centros de cabecera, los jóvenes pueden buscar confidencialmente ayuda fuera de su entorno social y educativo inmediato.

Otras de las políticas examinadas en este apartado cuarto son las que se deben aplicar a los jóvenes con alguna discapacidad o con cualquier problema de aprendizaje.

En este sentido, las políticas deben, en la medida de lo posible, fomentar un entorno de aprendizaje que sea lo suficientemente flexible como para atender a los estudiantes en situación de riesgo en las escuelas normales y mantener al mínimo la proporción de jóvenes en programas separados de educación especial. Pero crear un ambiente de aprendizaje tan integrador es difícil y costoso, y las escuelas regulares a menudo no tienen los recursos para prestar a los estudiantes desfavorecidos el apoyo que necesitan.

Por ello, se han explorado una serie de vías para mejorar el apoyo a los estudiantes «en desventaja» en los entornos de enseñanza ordinaria:

- Clases más pequeñas pueden ayudar a los estudiantes en desventaja, aunque los niños más pequeños tienden a beneficiarse más que los adolescentes.
- Adaptar los métodos de enseñanza y los contenidos del programa a las necesidades de los estudiantes en desventaja también puede ayudar a mejorar el rendimiento.

- Buenos programas extraescolares pueden contribuir considerablemente al desarrollo educativo y social de los jóvenes. Las oportunidades atractivas para que los jóvenes se involucren en deportes, aprendan un instrumento musical o se involucren en la artesanía y otras actividades prácticas pueden ayudar a construir habilidades sociales y profesionales, mientras contrarrestan el riesgo de aislamiento. La evidencia empírica confirma los efectos positivos de las actividades extracurriculares sobre los resultados de la escolarización y las perspectivas de carrera, y estos efectos tienden a ser mayores en los jóvenes de escasos recursos. Sin embargo, como la participación en los programas privados después de la escuela suele ser por iniciativa de los padres, los jóvenes que participan en esas actividades tienden a provenir en gran medida de núcleos acomodados.

Sin embargo, y pese a las políticas implantadas, el apoyo a los jóvenes más desfavorecidos es, a menudo, muy difícil de coordinar. Para conseguirlo todas las partes involucradas deben compartir sus conocimientos y experiencia. Para ello, los servicios sociales deben coordinarse con los padres y la escuela del joven y, en su caso, con la policía, con los representantes del sistema judicial e incluso con los proveedores de actividades extracurriculares.

Unas estructuras institucionales eficaces pueden contribuir en gran medida a un rápido intercambio de información y a una estrecha cooperación entre los actores. Como ejemplo, en Noruega, se integró una gama de servicios sociales y de empleo diferentes bajo el paraguas de la Administración de Trabajo y Bienestar de Noruega (NAV) es-

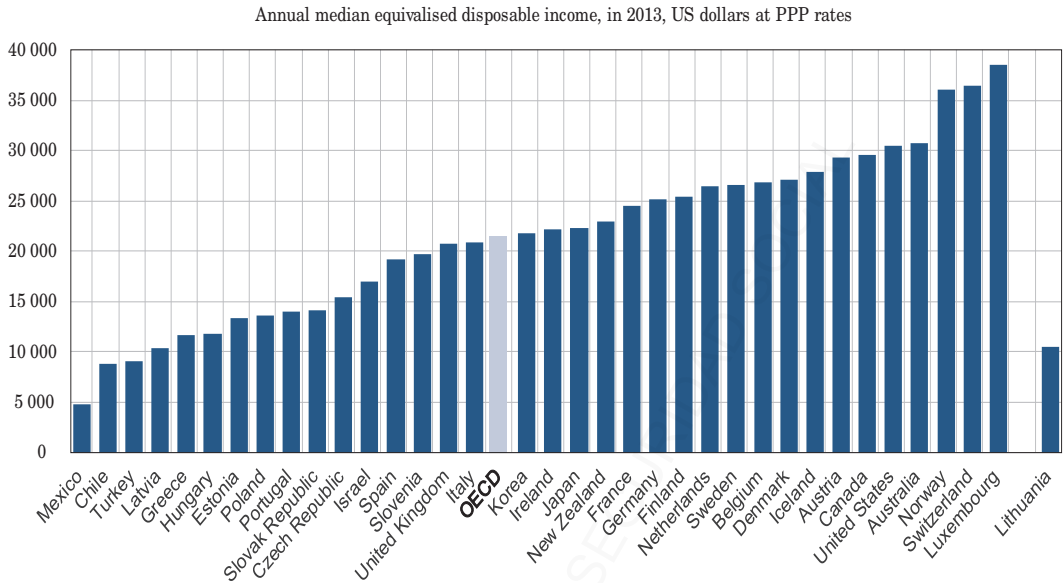
tablecida por la denominada «Reforma de NAV», que se desarrolló entre 2006 y 2010. El brazo estatal de NAV, ofrece servicios de empleo a los solicitantes de empleo registrados, incluidas las políticas activas del mercado laboral (PAMT) para los jóvenes desempleados. El brazo municipal de NAV paga prestaciones de asistencia social con comprobación de recursos y presta servicios sociales a personas mayores de 18 años.

Por último, la sección hace hincapié en la importancia de aplicar otras medidas que fomenten un futuro prometedor para los jóvenes como pueden ser prácticas profesionales durante los estudios, una formación profesional de calidad para aquellos estudiantes no universitarios, cursos de aprendizaje y una orientación profesional de calidad.

El segundo capítulo del Informe «INTERPRETACIÓN DE LOS INDICADORES SOCIALES DE LA OCDE» explica, tal y como se indica en su título, cómo analizar la información facilitada en el documento, así como el propósito del informe que no es otro que facilitar a los países miembros y a los ciudadanos los datos obtenidos de los análisis realizados por la organización a lo largo del año 2016.

El tercer capítulo, «INDICADORES DEL CONTEXTO GENERAL» muestra los indicadores sociales más generales relacionados con los jóvenes. Son los que se analizan a continuación:

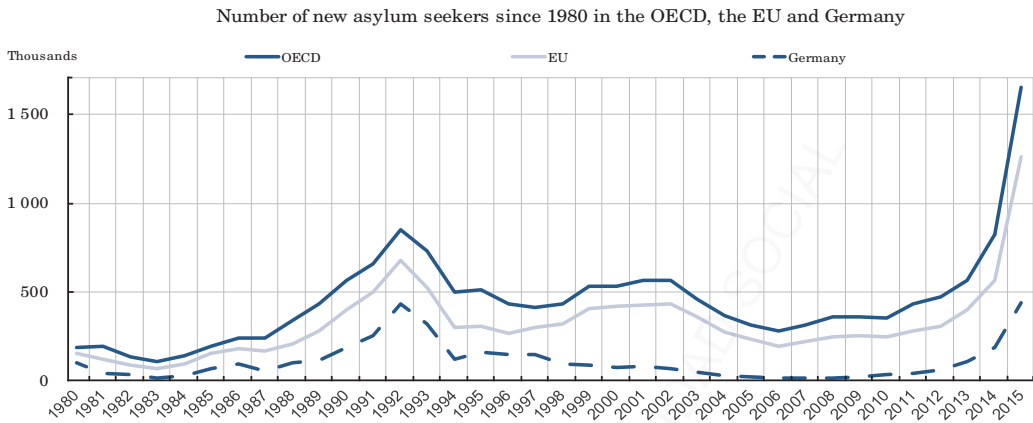
1. Ingresos familiares: El ingreso disponible de los hogares proporciona una indicación de los bienes y servicios que las familias pueden comprar en el mercado. Por lo tanto, es una indicación objetiva de la calidad material de vida, y se utiliza para medir la pobreza y la desigualdad.

FIGURA 5. MEDIAN INCOME VARIES BY A FACTOR OF 8 FROM USD 4 800 AND USD 38 500

2. Fecundidad: En las últimas décadas, la fecundidad disminuyó drásticamente en los países de la OCDE, disminuyendo de media de 2,7 hijos por mujer en edad fértil en 1970 a 1,7 en 2014. Las caídas fueron especialmente pronunciadas –por lo menos cuatro hijos por mujer de media– en Corea, México y Turquía. Antes de la reciente crisis, hubo una moderada recuperación de las tasas de fecundidad media entre 2000 y 2008. Este repunte se estancó en muchos países de la OCDE en 2009, probablemente como consecuencia de la crisis. El aumento de la educación y el empleo de las mujeres, la necesidad de asegurar un empleo y unos ingresos, un aumento de los problemas de vivienda y, en algunos casos, un apoyo insuficiente para las familias que hacen malabares con el trabajo y los niños, han contribuido a disminuir la fertilidad. El aplazamiento de la formación de la familia se refleja en las tendencias recientes de las tasas de fecundidad

por edades de la OCDE (nacimientos por cada 1000 mujeres). Desde el año 2000 las tasas de fertilidad han estado disminuyendo en los menores de 30 años, mientras que al mismo tiempo han aumentado en los adultos de más de 30 años. En los últimos años, la tasa media de fertilidad de la OCDE de 30 a 34 años superó la tasa de fecundidad de 25 a 29, y también la tasa de 35 a 39 en comparación con la de 20 a 24 años. También la tasa de fertilidad 40-44 está a punto de superar la tasa de fertilidad de los adolescentes. En Dinamarca, Japón, Corea, Eslovenia y Suiza, la tasa de fecundidad de los adolescentes ha descendido a niveles inferiores a los cinco nacimientos por cada 1.000 adolescentes, pero sigue siendo superior a los 50 en Chile y México.

3. Migración: Europa registró en 2015 un número sin precedentes de solicitantes de asilo y refugiados con hasta 1,2 millones de solicitudes de asilo.

FIGURA 6. UNPRECEDENTED NUMBER OF ASYLUM SEEKERS RECORDED IN EUROPE

Source: United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR).

Un número estimado de 250.000 a 350.000 personas podría obtener el estatuto de refugiado o similar, más que en cualquier crisis anterior de refugiados europeos desde la Segunda Guerra Mundial. Como en anteriores crisis de refugiados de los años noventa, el impacto se concentra en unos pocos países. En la OCDE, Turquía es la más afectada, ya que actualmente alberga a 1,9 millones de sirios, así como a un gran número de personas de Irak. En la Unión Europea, Italia, Grecia y Hungría están en primera línea, pero los principales países de destino son Alemania, en términos absolutos, y Suecia y Austria, en relación con su población.

En Australia, Canadá, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda y Suiza, la proporción de personas nacidas en el extranjero es la más alta en la OCDE, donde el 13% de la población nació en el extranjero, al menos una de cada cinco personas. Casi dos tercios de los países de la OCDE tenían una población inmigrante superior a uno de cada diez habitantes, mientras que la proporción de inmigrantes es inferior al 5% en siete países. Esta proporción aumentó en la mayoría de los países de la OCDE en la última década, donde

de media la población inmigrante constituyó alrededor del 9,5% de la población.

Los hijos inmigrantes representan más de 1 de cada 4 en la población de 15 a 34 años de edad, una proporción considerable de los jóvenes de los países de la OCDE.

4. Familia: La cohabitación, el matrimonio, tener hijos o vivir con los padres influye en la vida de los jóvenes.

Los que viven con sus padres pueden tener un menor riesgo de pobreza, ya que pueden depender más de sus padres financieramente y pueden enfrentar pocos o ningún coste por vivienda, comida u otros gastos diarios.

Existe una gran variación en las condiciones de vida de los jóvenes en toda la OCDE. En países como Italia, Eslovenia y Grecia más de tres cuartas partes de los jóvenes de 15 a 29 años viven con sus padres. En otros, en particular Canadá y los países nórdicos, una pequeña proporción vive con sus padres y los jóvenes tienen muchas más probabilidades de vivir independientemente, sobre todo por cuenta propia. De media, alrededor de una cuarta parte de los jóvenes viven con un

compañero, esto oscila entre el 11% en Italia y el 41% en Finlandia.

La recesión parece haber tenido un pequeño impacto general en las condiciones de vida de los jóvenes en la OCDE, pero el cambio medio enmascara cambios mayores en algunos países. Por ejemplo, en Francia hubo un aumento de 12,5 puntos porcentuales en la proporción de jóvenes que viven con sus padres. En general, en la OCDE hubo un aumento de 0,7 puntos porcentuales en la proporción de jóvenes que viven con sus padres y una disminución de 1 punto porcentual en la proporción de jóvenes que viven con parejas o cónyuges. Esto parece sugerir que la recesión puede haber alargado el tiempo que los jóvenes viven en casa y retrasaron su transición a formar sus propias familias.

En la OCDE, la edad media de los que se casan ha aumentado significativamente. A comienzos de los años noventa, la edad media de los primeros matrimonios en los países de la OCDE era de 24,9 para las mujeres y de 27,4 para los hombres. Para el año 2014, esta edad media había aumentado de 28 años a 31 años para las mujeres y de 31 a 34 años para los hombres. A pesar de las corrientes comunes en declive en el aumento de las edades en el primer matrimonio, siguen existiendo diferencias notables entre los países. La edad media es muy alta en los países nórdicos, en cambio, en Israel y en Turquía, la edad media de las mujeres en el primer matrimonio es inferior a 25 y la de los hombres es inferior a 28.

El incremento en la edad de casarse ha ido acompañada por la disminución del número de matrimonios y la estabilización de las tasas de divorcio.

5. Tendencias demográficas: Las relaciones de dependencia de la edad son una medida que indica la estructura por edades de la población. Proporcionan información sobre los cambios demográficos que han caracterizado a los países de la OCDE en el pasado y que se esperan en el futuro.

Las poblaciones de la OCDE crecieron y seguirán envejeciendo. En el año 2015 había, de media, en todos los países de la OCDE 28 personas de 65 años y más por cada 100 personas de 20 a 64 años. Las diferencias entre países son grandes, variando en 2015 de menos del 15% en México y Turquía, a más del 35% en Finlandia, Italia y Grecia y en más del 45% en Japón. Para 2060, se proyecta que esta proporción media casi se duplique en el área de la OCDE (al 57%) y se cuadruple en Corea. Para 2060, la tasa de dependencia de la vejez alcanzará casi el 80% en Corea y Japón, mientras que permanecerá por debajo del 45% en Israel, México y Turquía. Este aumento contribuirá a aumentar el gasto público en salud, atención a largo plazo y pensiones.

Por el contrario, la tasa de dependencia de los jóvenes ha disminuido entre 1970 y 2015. En el año 2015, hubo de media en todos los países de la OCDE 38 personas menores de 20 años por cada 100 personas de 20 a 64 años. En 2015, el índice de dependencia de los jóvenes oscilaba entre el 29% en Alemania y el 65% o más en Israel y México. En la mayoría de los países de la OCDE, esta proporción dejará de disminuir, alcanzando un nivel medio del 40% en 2060, excepto en Israel, México y Turquía. Una menor dependencia de los jóvenes significa un menor gasto público en educación y hacia las familias. Pero en general, los descensos no son lo suficientemente grandes como para compensar el mayor gasto hacia los ancianos.

En las economías emergentes, las tasas de dependencia de la vejez son en general más bajas que en los países de la OCDE, en particular en la India, Indonesia y Sudáfrica. Por el contrario, las tasas de dependencia juvenil son más altas.

El capítulo cuarto del informe «INDICADORES DE AUTOSUFICIENCIA» expone los resultados de indicadores tales como el empleo, el desempleo, la entrada al mercado

laboral, el gasto en educación o las habilidades:

1. Empleo: El empleo es un factor clave en la autosuficiencia. De media, dos de cada tres adultos en edad de trabajar en el área de la OCDE están empleados. En Islandia y Suiza, más de ocho de cada diez trabajan, frente a uno de cada dos en Grecia y Turquía.

Ocho años después del inicio de la crisis financiera, las tasas de empleo en la OCDE están repuntando lentamente. De media, la tasa de empleo alcanzó su nivel previo a la crisis en 2015, y el empleo ha estado aumentando por encima de su nivel anterior a la crisis en la mitad de todos los países. Al igual que la crisis misma, sin embargo, la recuperación ha sido muy desigual entre los países. De los países más afectados por la recesión, algunos ya han alcanzado, o incluso superado, su nivel de empleo antes de la crisis. Estonia y Letonia han experimentado un crecimiento impresionante y constante del empleo desde 2010, y también Islandia ha vuelto a su nivel de empleo de 2007. España, Irlanda y Portugal están a mitad de camino hacia la recuperación total, mientras que el crecimiento del empleo en Grecia sólo empezó a recuperarse en los dos últimos años.

Varios países con tasas de empleo comparativamente bajas al comienzo de la crisis experimentaron aumentos sustanciales en los últimos años: el empleo en Hungría creció en 10 puntos porcentuales, en Turquía en 7 y

en Chile y en la República Checa en 6. Estos aumentos han sido en gran parte impulsados por el aumento de las tasas de empleo de las mujeres.

Las tasas de empleo de los jóvenes siguieron estas grandes tendencias, aunque las pérdidas de empleo de la juventud fueron generalmente más pronunciadas durante la crisis. Como resultado, en el conjunto de la OCDE, el número de jóvenes empleados, de 15 a 29 años, disminuyó un 8% entre 2007 y 2015.

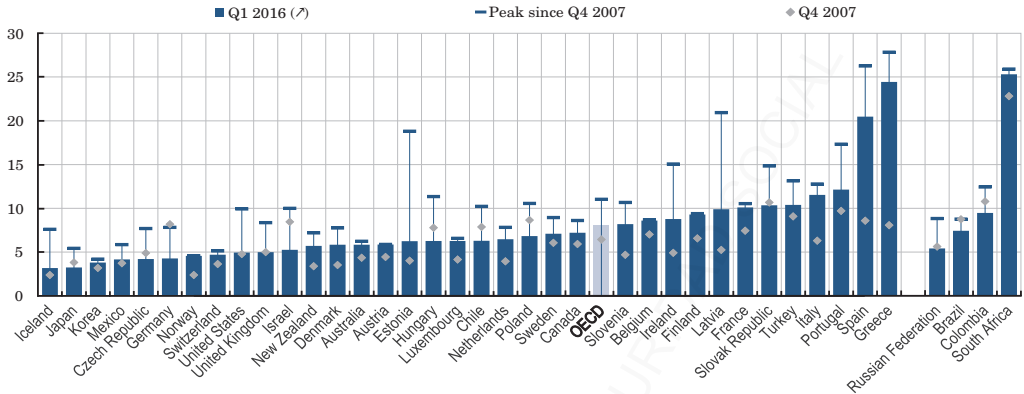
Aunque el empleo ha aumentado en general, muchas personas aún no han encontrado el empleo a tiempo completo que buscan. En Italia, España e Irlanda, uno de cada diez empleados es un trabajador a tiempo parcial involuntario. Para los jóvenes, estas tasas son dos veces más altas.

En el promedio de la OCDE, los inmigrantes tienen casi la misma probabilidad de ser empleados que sus homólogos nativos: en 2014, la tasa de empleo de la población nacida en el extranjero en edad laboral era del 66%, en comparación con el 67% de los nativos.

2. Desempleo: La gran recesión condujo a tasas récord de desempleo en la OCDE. A pesar de que la situación ha mejorado desde el pico de la crisis, todavía en la OCDE el 8% de la población activa estaba desempleada a principios de 2016 y la tasa de desempleo medio seguirá estando por encima de los niveles anteriores a la crisis a finales de 2017.

FIGURA 7. UNEMPLOYMENT IS ON THE DECLINE, ALBEIT SLOWLY IN SOME COUNTRIES

Unemployment rate, percentage of the labour force (aged 15+), in Q4 2007, peak since Q4 2007 and Q1 2016 (or Q4 2015)



Los países presentan una imagen diversa. Islandia y Japón mantienen índices de un 3%, mientras que muchos países, incluyendo Estados Unidos, Reino Unido y Alemania, se agrupan alrededor del 5%. Por otro lado, el desempleo sigue siendo sorprendentemente alto en los países del sur de Europa más afectados por la crisis, como Grecia (24%), España (20%) y Portugal e Italia (12%).

Algunos países han visto caídas impresionantes en el desempleo desde la crisis, especialmente Estonia y Letonia, donde la tasa de desempleo se ha reducido a la mitad. La caída también ha sido significativa en España, Portugal y Hungría, con descensos de alrededor de 5 puntos porcentuales, como en Estados Unidos.

La tasa de desempleo de los jóvenes (de 15 a 24 años) es el doble que el desempleo de adultos (25 años +) en la mayoría de los países. Es casi 4 veces más alta en Italia, Nueva Zelanda, Suecia y el Reino Unido. Los jóvenes se vieron más gravemente afectados por las grandes pérdidas de empleos durante la gran recesión, ya que eran más propensos a tener empleos temporales, o entraron en el merca-

do de trabajo cuando las empresas no estaban contratando. La falta de experiencia laboral también hace que los jóvenes sean vulnerables en épocas de alto desempleo.

El desempleo es un fenómeno transitorio para la mayoría de los desempleados, pero en algunos países es persistente, especialmente para los trabajadores de edad avanzada. En la OCDE, de media, alrededor del 40% de todos los desempleados de 55 años o más habían estado desempleados durante al menos un año o más.

3. Habilidades: Las habilidades desempeñan un papel central en asegurar que la gente encuentre y mantenga el empleo. Son particularmente importantes para los jóvenes, ya que en los últimos decenios los niveles de educación general han aumentado en la mayoría de los países de la OCDE. A los jóvenes que carecen de conocimientos básicos de alfabetización y aritmética les resultará especialmente difícil la transición de la escuela al lugar de trabajo y pueden quedarse atrás cuando las demandas de competencias de los países continúen aumentando. Los niveles de habilidad se relacionan ampliamente con el

nivel educativo. Aquellos que abandonan la escuela antes de terminar la secundaria superior tienen el doble de probabilidades de tener un bajo nivel de aritmética. Los niveles de destreza, sin embargo, pueden variar considerablemente entre individuos con calificaciones educativas similares.

De media, en toda la OCDE, una persona de entre 30 y 54 años de edad entre cada seis tiene un nivel de alfabetización bajo, un bajo nivel de aritmética o una baja capacidad para resolver problemas. Los niveles de habilidad difieren sustancialmente entre los países de la OCDE. En países como Japón y Finlandia, sólo una pequeña proporción de individuos tiene bajos niveles de alfabetización, aritmética y conocimientos tecnológicos. España, Italia y Francia tienen las proporciones más altas de personas entre 30 y 54 años de edad con un bajo nivel de alfabetización, y España, Italia y los Estados Unidos tienen la mayor proporción de este grupo con un bajo nivel de aritmética. Estos países, al igual que el Reino Unido, también tienden a mostrar una proporción relativamente alta de escasa capacidad de cálculo y alfabetización entre los jóvenes, mientras que Japón, Finlandia y Corea tienen las proporciones más bajas.

En las últimas décadas, los niveles de cualificación han mejorado en la mayoría de los países de la OCDE para las generaciones más jóvenes, en línea con aumentos más generales en el nivel educativo de los jóvenes en comparación con sus homólogos más mayores.

4. Gasto en educación: De media, los países de la OCDE gastaron 10.000 dólares americanos por niño por año desde la educación primaria hasta la educación terciaria en 2012. El gasto fue más alto en Luxemburgo, con poco más de 22.000 dólares por niño, seguido por Suiza, Noruega y los Estados Unidos. En el extremo opuesto, el gasto fue de alrededor de 3.500 dólares en México y Turquía.

Todas las economías emergentes para las que se dispone de datos tienen un gasto en educación comparable al de los países de la

OCDE de bajo gasto, con la excepción de Indonesia en el nivel más bajo, 1.400 dólares.

La crisis ha detenido la tendencia a largo plazo de aumentar el gasto en educación. Si bien el gasto público como porcentaje del PIB para todos los niveles de educación aumentó en un 6% entre 2008 y 2010 en promedio en los países de la OCDE, se redujo un 3% entre 2010 y 2012. El gasto público en instituciones educativas como porcentaje del PIB disminuyó en tres cuartas partes de los países de la OCDE para los cuales se dispone de datos, muy probablemente como consecuencia de las políticas de consolidación fiscal. En Australia, Estonia, Hungría, Noruega, Portugal y España se observaron descensos de más del 8%.

5. Acceso al mercado laboral: Encontrar un trabajo estable después de dejar la escuela o la universidad puede ser un proceso largo que implica golpes y comienzos falsos. Los jóvenes que han terminado sus estudios recientemente tienen dificultades especiales para encontrar trabajo en países donde el desempleo de la juventud sigue siendo elevado después de la crisis. En Italia y Grecia, más del 60% de los candidatos al mercado de trabajo están en búsqueda activa de empleo.

Comenzar una carrera profesional es especialmente duro durante las recesiones, cuando hay menos trabajos disponibles y la competencia es intensa. Los jóvenes que pasaron de la educación al mercado laboral en 2009 tuvieron tasas de empleo sustancialmente más bajas durante los siguientes cuatro años que aquellos que comenzaron en el mercado laboral antes de la crisis en 2004. Incluso cuatro años después de su carrera –en 2008 y 2013, respectivamente– los jóvenes con estudios finalizados durante la crisis tenían tasas de empleo sustancialmente inferiores a las de sus coetáneos de antes de la crisis– la diferencia era de 5 puntos porcentuales para los hombres jóvenes y de 10 puntos porcentuales para las mujeres jóvenes.

La experiencia de recesiones anteriores demuestra, además, que incluso aquellos que consiguen un empleo tienen menos oportunidades de promoción y capacitación y por lo tanto tienden a sufrir ingresos persistentemente deprimidos. Para las mujeres, los ingresos aumentaron un modesto 3% anual en los primeros cuatro años. Para los hombres, las ganancias cayeron un 11% en el año después de la entrada en el mercado de trabajo y apenas se recuperaron en los tres años siguientes. Por el contrario, la cohorte previa a la crisis experimentó un sólido crecimiento de los ingresos de alrededor de 6-7% anual para mujeres y hombres durante los primeros años posteriores a la entrada en el mercado de trabajo.

El quinto capítulo del informe «INDICADORES DE EQUIDAD» analiza la desigualdad en los ingresos, la pobreza, las ayudas sociales, el gasto social y a los beneficiarios de prestaciones por desempleo:

1. Desigualdad en los ingresos: La desigualdad de ingresos es un indicador de cómo se distribuyen los recursos en la sociedad. Más allá de su impacto en la cohesión social, la desigualdad también es perjudicial para el crecimiento y las oportunidades.

La desigualdad en los ingresos ha variado mucho en los países pertenecientes a la OCDE desde el año 2014. Los países nórdicos y centrales europeos mantienen niveles de desigualdad relativamente bajos respecto a renta disponible mientras que esta es mucho más alta en Chile, Israel, México, Turquía o Estados Unidos.

La brecha entre los ingresos medios de los más ricos y los más pobres es de media de 9.4 puntos porcentuales.

2. Pobreza: Los índices de pobreza miden la proporción de población que se sitúa en el extremo inferior de las distribuciones de ingresos. En este sentido, los Estados deben aplicar medidas que presten más atención a la desigualdad de ingresos centrándose en los grupos sociales

(ancianos o niños) que tienen más dificultades para salir de la pobreza.

La tasa media de pobreza en los países de la OCDE se sitúa en el 11% llegando al 18% en países como Israel o Estados Unidos. De 2007 a 2014 la pobreza aumentó hasta en dos puntos porcentuales en algunos países como Estonia o Hungría mientras que en otros países como Australia, Islandia, Letonia o Reino Unido disminuyó en el mismo porcentaje.

Atendiendo al perfil de los grupos más pobres, en los últimos años ha habido un cambio gradual: los jóvenes han remplazado a los ancianos como el grupo donde se presentan mayores índices de pobreza con una tasa media de un 14%. Esta tasa es particularmente alta en países como Dinamarca, Holanda o Noruega donde los jóvenes abandonan el hogar familiar a una edad más temprana convirtiéndose en personas económicamente independientes antes. También existen tasas de pobreza juvenil elevada en otras regiones como Grecia o España, debidas estas al desempleo juvenil.

3. Beneficios sociales: Con el fin de evitar que sus ciudadanos padezcan dificultades extremas, la mayoría de los países miembros de la OCDE disponen de multitud de beneficios sociales que proporcionan apoyo económico a las familias que tienen ingresos muy bajos para que puedan mantener un nivel de vida aceptable.

Sin embargo, los derechos a la percepción de ayudas sociales, que han sido muy utilizados durante la recesión económica, pueden agotarse, por lo que existen los denominados beneficios mínimos garantizados.

Este tipo de beneficios han sido muy importantes para los jóvenes económicamente independientes que debido a la crisis no pudieron encontrar empleo. Esto es así porque este grupo en muchas ocasiones se ve privado de la percepción de prestaciones por desempleo al no contar con una cotización suficiente para el acceso a la misma.

Otro de los grupos que necesita los beneficios mínimos garantizados son los parados de larga duración. Estos perciben ayudas «último recurso» que son menores que las prestaciones por desempleo y que a menudo resultan insuficientes por ser más bajas que los mínimos para situarse en los umbrales de la pobreza.

Sin embargo, no todos los países de la OCDE cuentan con beneficios mínimos garantizados como es el caso de Grecia, Italia o Turquía. En estos casos la población sin ingresos depende completamente de las ayudas de sus familiares.

4. Gasto social: En 2016 el gasto público se estimó en un 21% del PIB de media en los 35 países de la OCDE. El país donde el gasto social es más alto es Francia (32% del PIB), seguido de Finlandia (30%) y de Bélgica, Italia, Dinamarca, Austria y Grecia que dedican más de un cuarto de su PIB al gasto social. En el otro extremo, se encuentran países no pertenecientes a la Unión Europea como Turquía, Corea, Chile o México que gastan menos del 15% de su PIB en apoyo social.

De media en la OCDE, el gasto en pensiones y en servicios de salud supone dos tercios del total del gasto social. En la mayoría de los países de la OCDE las pensiones son el área que mayor gasto supone. Sin embargo, mientras que en los países de habla inglesa y en

Europa una gran parte del gasto se destina a la salud, en algunos países como Dinamarca o Irlanda se destina a apoyar las rentas de la población activa.

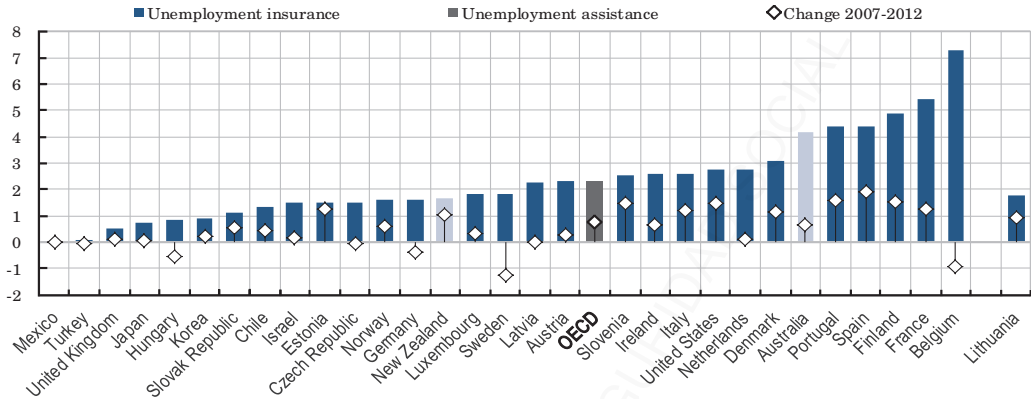
La inversión en los grupos de población más jóvenes es fundamental para el desarrollo de las generaciones futuras. El gasto social en edades tempranas se destina principalmente al cuidado de los menores y a bonificaciones fiscales mientras que el gasto a partir de la adolescencia se dedica a la inversión pública en educación.

5. Beneficiarios de prestaciones por desempleo: Las transferencias de efectivo destinadas a la población activa suponen una importante red de seguridad de ingresos en los periodos en los que se incrementa el desempleo. En la mayoría de los países pueden distinguirse dos capas diferentes de apoyo: una prestación primaria de desempleo (en general las prestaciones del seguro de desempleo); y un beneficio secundario (asistencia por desempleo o prestaciones de ingreso mínimo como asistencia social) para aquellos que ya no tienen derecho a las prestaciones del seguro.

Entre 2007 y 2012, la percepción de beneficios aumentó en España, Portugal, Finlandia, Estados Unidos y Eslovenia, todos los países donde el desempleo se disparó durante la crisis económica.

FIGURA 8. INCREASE IN RECIPIENTS OF PRIMARY OUT/OF/WORK BENEFITS IN MOST OECD COUNTRIES SINCE 2007

Recipients of primary cash transfers as a percentage of the working-age population, 2012 and percentage point change between 2007 and 2012

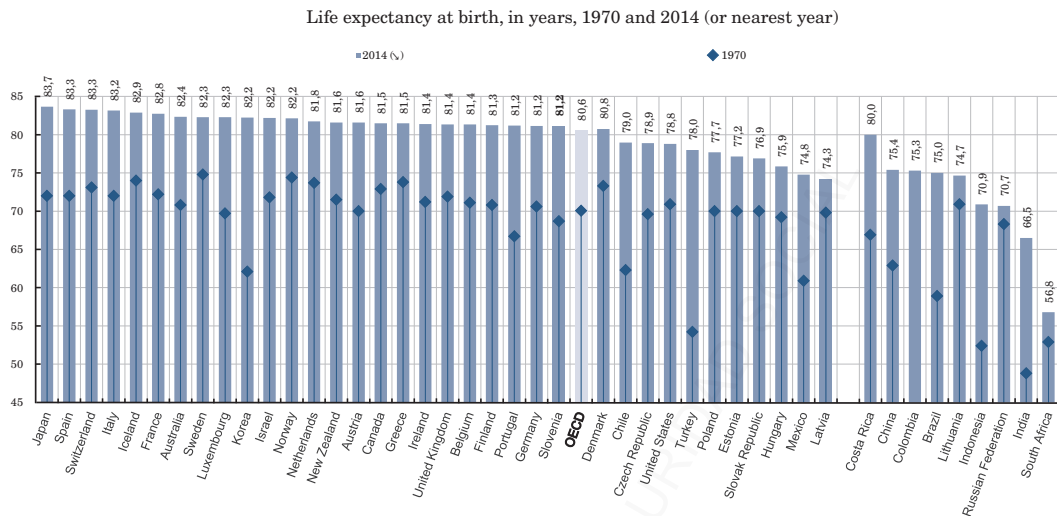


El sexto capítulo «INDICADORES DE SALUD» examina la esperanza de vida, el estado general de la salud, el suicidio, el gasto en salud y el consumo de tabaco y alcohol de los países miembros de la OCDE:

1. Esperanza de vida: La esperanza de vida se ha incrementado notablemente, de tres a cuatro meses más por año, en los países de la OCDE desde 1970 hasta 2014.

Entre los países de la OCDE, la esperanza de vida más baja se encuentra en Letonia y México, todavía ligeramente por debajo de los 75 años. Desde 2000, la esperanza de vida en México ha aumentado más lentamente que en otros países de la OCDE, con una ganancia de poco más de un año en comparación con un aumento medio de más de tres años en los países de la OCDE.

En Estados Unidos, el incremento de la esperanza de vida desde 1970 también ha sido mucho más modesto que en la mayoría de los países de la OCDE. Las posibles explicaciones a este hecho son el pobre sistema de salud del país, los comportamientos de los ciudadanos como el alto consumo de grasas y calorías, de medicamentos, los numerosos accidentes de tráfico o la gran tasa de homicidios y, condiciones socioeconómicas adversas que afectan a un gran segmento de la población de los Estados Unidos, con mayores tasas de pobreza e inequidad de ingresos que en la mayoría de los países de la OCDE, lo que puede tener efectos adversos en los comportamientos relacionados con la salud y el acceso al tratamiento.

FIGURA 9. LIFE EXPECTANCY HAS INCREASED REMARKABLY IN OECD COUNTRIES

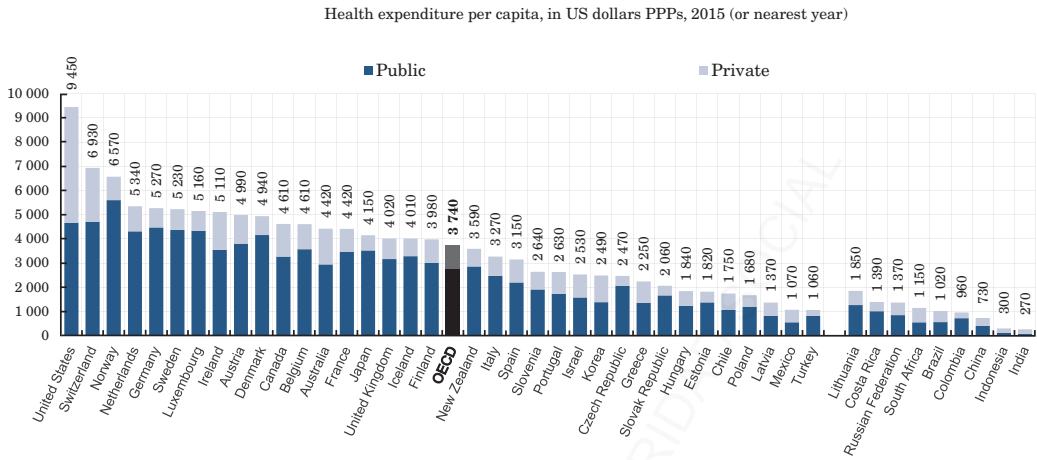
2. Estado de salud percibido: Aunque la gran mayoría de la población adulta de la OCDE indica que tiene un buen estado de salud, lo cierto es que Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos son los cuatro países líderes, con casi nueve de cada diez personas indicando contar con una buena salud. Sin embargo, las categorías de respuestas ofrecidas a los encuestados en estos países son diferentes de las utilizadas en los países europeos y en los países asiáticos de la OCDE: ofrecen una opción más en el lado positivo de la escala («excelente») y una opción menos en el lado negativo (muy pobre). Esto introduce un sesgo ascendente en los resultados. Por otra parte, menos de la mitad de los adultos en Japón, Corea y Portugal califican su salud como buena o muy buena. La proporción es también relativamente baja en Chile, Estonia, Hungría, Letonia y Polonia, donde menos del 60% de los adultos consideran que tienen una buena salud.

3. Suicidio: El suicidio es una causa importante de muerte en muchos países de la OCDE y representó más de 150.000 muertes en 2014 (12 suicidios por cada 100.000 personas). Hay un conjunto complejo de razones por

las que algunas personas optan por intentar o cometer el suicidio, con múltiples factores de riesgo que pueden predisponer a una persona para intentar acabar con su propia vida. En 2014, las tasas de suicidios más bajas se registraron en Turquía, Grecia, México, Sudáfrica y Colombia, con cinco o menos muertes por cada 100.000 habitantes. En Hungría, Eslovenia, Japón, Corea, Letonia, Lituania y la Federación de Rusia, por el contrario, se registraron 18 muertes por cada 100.000 habitantes por suicidio. Sin embargo, el número de suicidios en algunos países puede estar infra-informado debido al estigma que está asociado con el acto, o debido a problemas de datos asociados con los criterios de notificación.

De media, las personas de edad más avanzada tienen una tasa mayor de suicidios (aunque este patrón no se cumple en todos los países de la OCDE). Por género, a partir de los 75 años los hombres cuentan con una proporción de 6 a 1 respecto al suicidio en mujeres.

4. Gasto en salud: En la OCDE existen grandes diferencias en cuanto al gasto en salud que registran los distintos países.

FIGURA 10. LIFE EXPECTANCY HAS INCREASED REMARKABLY IN OECD COUNTRIES

Desde 2009, el gasto en salud se ha acelerado notablemente en varios países después de años de crecimiento continuo. Sin embargo, los patrones de gasto en salud en los 35 países de la OCDE se han visto afectados en diversos grados. De media, se calcula que el gasto sanitario per cápita durante el período 2005-2009 ha crecido en términos reales en un 3,4% anual. En cambio, durante los seis años siguientes (2009-15), el gasto medio en salud en la OCDE creció a sólo 1,1% por año a medida que los efectos de la crisis económica se hicieron sentir.

5. Consumo de alcohol y tabaco: El tabaco y el alcohol son factores de riesgo importantes para al menos dos de las principales causas de mortalidad prematura: las enfermedades cardiovasculares y el cáncer. De media, en 2014, alrededor del 19% de la población adulta fumaba diariamente, pero esta proporción varía enormemente en los distintos países de la OCDE. Las tasas fueron más bajas en México y Suecia (menos del 12%). Por otro lado, las tasas de tabaquismo siguen siendo elevadas en Letonia, con un 36%. La prevalencia del tabaquismo también es generalmente mayor entre los hombres que entre las mujeres en todos los países de la OCDE, excepto en Suecia e Is-

landia. Las tasas de tabaquismo en la mayoría de los países de la OCDE han mostrado un marcado descenso. De media, las tasas de tabaquismo han disminuido en aproximadamente una cuarta parte desde 2000, de 26% en 2000 a 19% en 2014. Las mayores reducciones se produjeron en Dinamarca, Luxemburgo y Noruega. Las tasas de tabaquismo sólo aumentaron en Letonia y la República Eslovaca.

El consumo de alcohol, medido por los datos registrados sobre las ventas anuales, se sitúa en 8,9 litros por adulto, de media, en los países de la OCDE. Austria, Estonia, Francia y la República Checa registraron el mayor consumo de alcohol con 11,5 litros o más por adulto al año. El consumo más bajo de alcohol se registró en Turquía e Israel, así como en las economías emergentes de Indonesia e India, donde las tradiciones religiosas y culturales restringen el uso del alcohol en algunos grupos de población. Aunque el consumo medio de alcohol ha ido disminuyendo gradualmente en muchos países de la OCDE desde 2000, aproximadamente dos tercios de litro por adulto, ha aumentado en un litro o más en Chile, Letonia, Polonia y Suecia, así como en los principales países socios de China, Lituania y Rusia. El análisis de la OCDE basado en datos de

nivel individual muestra que los hombres de bajo nivel socioeconómico son más propensos a beber mucho que los de un nivel socioeconómico más alto, mientras que en las mujeres se produce lo contrario.

Por último, el séptimo capítulo del informe analiza «INDICADORES DE COHESIÓN SOCIAL» tales como la satisfacción con la vida, la confianza, el voto, los delitos y los reclusos y el apoyo social:

1. Satisfacción con la vida: La satisfacción con la vida viene determinada no sólo por el desarrollo económico, sino también por las diversas experiencias y condiciones de vida de las personas. Los ciudadanos de Suiza y Dinamarca son los más satisfechos con sus vidas. El nivel medido en estos países fue 2,5 puntos más alto que en Grecia o Portugal, los países en la parte inferior de la escala en 2014/15. De hecho, la satisfacción con la vida se deterioró durante la crisis, especialmente en los países mediterráneos europeos. Los países que experimentaron el mayor deterioro de los ingresos y las perspectivas del mercado de trabajo son más propensos a tener bajos niveles de bienestar subjetivo. Cuatro de los cinco primeros países son nórdicos.

Los miembros de la OCDE de Europa Occidental, Europa Oriental y Asia están menos satisfechos con sus vidas, con las excepciones notables de Suiza y, en menor medida, de Austria y los Países Bajos. Los países predominantemente anglófonos de la OCDE están todos en la mitad superior de la lista después del grupo predominantemente nórdico superior. En cuanto a las economías emergentes, la satisfacción con la vida también varía entre ellas, de más de 6 puntos en Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia y Arabia Saudita, a menos de 5 en la India y Sudáfrica.

Los jóvenes son más felices que los grupos de más edad, ya que el nivel de satisfacción con la vida tiende a disminuir con la edad. Los jóvenes de Suiza, Israel y Noruega son los más satisfechos con sus vidas en la OCDE, mientras que Hungría, Turquía y Estonia, reportan los nive-

les más bajos. Sin embargo, la satisfacción con la vida se distribuye «en forma de u» en numerosos países, aumentando a partir de los 55 años.

2. Confianza: Una sociedad cohesionada es aquella en la que los ciudadanos confían en los demás y en las instituciones públicas. La confianza puede afectar el desempeño económico y las políticas pueden afectar a la confianza y el bienestar. La proporción de personas que expresan confianza en los demás varía mucho entre países. En los países de la OCDE, alrededor del 36% de los entrevistados expresaron confianza interpersonal. En los países nórdicos, más del 60% de los entrevistados confían unos en otros, frente a menos del 13% en Chile, México y Turquía. Entre las principales economías asociadas, los niveles de confianza suelen ser más bajos que en los países de la OCDE, desde el 4% de la población de Colombia que expresa su confianza en otros hasta el 33% en la India. La confianza en el gobierno nacional es comparable, con alrededor del 42% de las personas. Las personas de Suiza, Luxemburgo, Noruega y Nueva Zelanda expresan mayor confianza en sus gobiernos, mientras que las tasas son más bajas en Eslovenia, Portugal, Polonia y España, con grandes diferencias entre países. Entre las principales economías asociadas, la confianza en los gobiernos nacionales es más alta en la India e Indonesia y la más baja en Colombia.

De media, los niveles de confianza de los jóvenes en sí y en el gobierno nacional son similares a los de la población total. Sin embargo, en Bélgica, Estonia y los Estados Unidos, los jóvenes tienden a tener más confianza en el gobierno que la población total, mientras que en Chile, Corea y Grecia, es al contrario. Entre los jóvenes, los NINIS tienen la mitad de probabilidades de informar que sienten que se puede confiar en otros en comparación con otros jóvenes. Con el tiempo ser un NINI puede conducir al aislamiento, a la falta de interés en la sociedad y un sentimiento de desconfianza.

3. Voto: Las tasas de participación electoral varían sustancialmente en toda la OCDE.

Una alta participación electoral es una señal de que el sistema político de un país goza de un fuerte grado de participación o que la votación es obligatoria.

Las tasas de participación en las elecciones parlamentarias son superiores al 80% en Australia, Bélgica, Dinamarca y Turquía, donde es obligatoria la votación, así como en Islandia, Corea y Suecia. Están por debajo del 50% en Suiza. La baja participación no sólo refleja la participación limitada de los votantes inscritos, sino posiblemente también que muchos votantes potenciales no se registran.

Entre los países no pertenecientes a la OCDE, la participación electoral es más alta en Indonesia (83%) y menor en Colombia (52%). En general, los votantes más jóvenes tienen menos probabilidades de emitir su voto que el electorado en general: la participación electoral entre los jóvenes de 18 a 24 años es, de media, 16 puntos porcentuales menor que en los adultos de 25 a 50 años. En el Reino Unido, la República Eslovaca y Israel, los jóvenes son mucho menos propensos a votar que los individuos de mayor edad. Sólo en Corea los votantes más jóvenes tienen más probabilidades de emitir su voto que los adultos. No hay diferencias significativa en la participación de votantes entre hombres y mujeres.

El interés general por la política es un factor importante para la cohesión social. Esto constituye un desafío clave para los políticos para asegurar que la mayoría de los ciudadanos se sientan preocupados por la política y participen como actores en la vida política de la sociedad. De media, uno de cada cuatro jóvenes no está interesado en la política, en comparación con uno de cada cinco para la población total de la OCDE. Chile y Portugal reportan el mayor nivel de desinterés en la política entre la población total, mientras que Dinamarca, Alemania, Japón y Noruega reportan los niveles más bajos. Entre los jóvenes de 15 a 29 años, el desinterés en la política es alto en Chile, la República Checa y Hungría. En Brasil y Colombia, más del 40% no se interesa por la política.

4. Delitos y reclusos: En 2013, 2.100 personas de cada 100.000 se pusieron en contacto formal con la policía o el sistema de justicia penal. Los índices de delincuencia entre la población total disminuyeron ligeramente de media (casi 3%) de 2008 a 2013. Los descensos fueron más altos en Japón, Holanda y Estados Unidos en más del 20%, mientras que el aumento fue más fuerte en Luxemburgo y Turquía. Durante el mismo período, los delitos entre menores disminuyeron aún más, casi un 20%. Los descensos fueron más altos en la República Checa y los Países Bajos en más del 50%, mientras que el aumento fue más fuerte en Turquía en casi el 50%, y en Australia y entre los jóvenes. La población carcelaria se situó en 147 personas por cada 100.000 a mediados de 2010 en la OCDE. Hay grandes variaciones entre países.

5. Apoyo social: Las redes sociales consisten en un grupo de individuos que interactúan entre sí, ya sea en persona o virtualmente. Las redes sociales y la conexión han demostrado ser importantes para una variedad de resultados. Se ha demostrado que la soledad es más frecuente entre los usuarios de las redes sociales lo que es perjudicial para la salud y aumenta las tasas de mortalidad, especialmente para las personas mayores

Los jóvenes tienden a tener un mayor nivel de apoyo social que los grupos de más edad. De media, en la OCDE, el 93% de los jóvenes de 15 a 29 años indican que tienen un pariente o un amigo en el que pueden contar si tienen problemas. En la mayoría de los países de la OCDE, al menos el 90% de los jóvenes afirman tener familiares o amigos a quienes acudir, sólo Turquía y México caen por debajo de este nivel. Turquía y Corea experimentan niveles relativamente bajos de apoyo social para los grupos de más edad, con sólo el 61% de los coreanos y el 68% de los turcos mayores de 50 años que reportan tener a alguien a quien acudir en momentos de necesidad. Islandia, Irlanda y Dinamarca tienen algunas de las tasas más altas de apoyo social a través de los diferentes grupos de edad.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

V. Recensiones y Bibliografía

Recensiones

EL CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO Y LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES: LUCES Y SOMBRAS

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

Editorial Bomarzo, 2016, 147 páginas

1. La monografía que comentamos ha sido escrita por Fernando Valdés Dal-Ré, magistrado del Tribunal Constitucional y prestigioso Catedrático de Derecho del Trabajo, que centra su objeto de análisis en la protección multinivel de los derechos fundamentales dentro del marco del constitucionalismo europeo y su pluralismo.

El autor muestra en el Capítulo I o introducción, sus inquietudes y preocupación en relación a una materia, la de los derechos fundamentales del trabajador, sobre la que se ha escrito poco, y cuyo análisis se ha limitado en ocasiones al debate judicial, excluyendo otros instrumentos internacionales que protegen los derechos económicos y sociales. Siendo así, el autor realiza un análisis de esta protección multinivel de los derechos fundamentales en el ámbito de los países pertenecientes al Consejo de Europa.

La obra comienza con una explicación del marco general del constitucionalismo europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales para, posteriormente, adentrarse en el ámbito estrictamente laboral de ambos conceptos.

2. En el Capítulo II del libro bajo el título «*Constitucionalismo europeo y protección multinivel de los derechos fundamentales: el mar-*

co general», Fernando Valdés Dal-Ré hace un análisis histórico de los organismos y Tribunales a nivel europeo creados tras la II Guerra Mundial cuya finalidad era la consecución de una unión cada vez más estrecha, si bien con el paso de los años, se observaron posibles colisiones entre el propio funcionamiento interno de dichos órganos, la necesaria interpretación y protección de los derechos fundamentales y la colisión con las constituciones de los estados miembros que no podían tenerse en cuenta como criterio de interpretación del derecho comunitario.

Así, se analiza por el autor la evolución de los diversos organismos y convenios protectores de los derechos fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–, Comunidad Económica Europea –CEE–, El Tribunal de Estrasburgo y Luxemburgo y, la Comisión Europea) cuyo objetivo fue la protección de los derechos humanos y las libertades públicas desde 1945.

Asimismo, el autor dedica parte importante de su obra a analizar la importancia de la creación de la Carta Social Europea (CSE) que reconocía un catálogo de derechos fundamentales calificados de «sociales».

Tras una introducción en la que el autor analiza la evolución histórica de cada órgano, profundiza en las instituciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la Carta Social Europea (CSE). A continuación se mencionan los puntos sobre los que se pone especial atención:

- El TEDH como garante del CEDH, se configura y evoluciona con el propósito de erigirse en un órgano encargado de preservar los

intereses generales y no los individuales, mediante una estricta formulación de los requisitos de admisión de las demandas interpuestas frente al mismo. A través de la aprobación de protocolos, el autor observa que el fin perseguido ha de ser el refuerzo de la protección de los derechos fundamentales a través de los tribunales nacionales así como una resolución por parte del TEDH utilizando unos plazos más cortos, creando un nuevo procedimiento que puedan utilizar los tribunales nacionales de forma consultiva.

El autor a la luz de las reformas que analiza, se pregunta sobre el futuro del TEDH y duda sobre su continuidad como pieza clave para la conservación del orden público en Europa.

- A continuación realiza el autor un análisis muy completo del TJUE como órgano protector de los derechos fundamentales y, en varios apartados, desgrana el proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales dentro del espacio europeo.

En este sentido, considera que la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, tiene un papel relevante en el reconocimiento de los derechos fundamentales. La evolución de la Carta, que proporcionó un marco constitucional en materia de derechos fundamentales, va unida a la jurisprudencia emanada del TJUE. En este sentido, la Carta no da la espalda a los derechos proclamados por las constituciones de los estados miembros, que deben ser analizados en correspondencia con los derechos fundamentales, siendo estos tutelados por una pluralidad de fuentes normativas. A su vez, el TJUE inspirado por el TEDH a la hora de interpretar los derechos fundamentales, tiene en cuenta los derechos reconocidos en cada Estado miembro, y por lo tanto, de ambos organismos ha de resultar una misma protección.

El autor remarca que, a pesar de los temores de los Estados miembros, las competencias de la Unión son aquellas que se encuentran en los Tratados sin que la Carta suponga una

ampliación de dichos poderes. Recuerda el autor que la Carta tiene como finalidad el condicionar el desarrollo y protección de los derechos fundamentales, a su previa existencia en los tratados TUE, TFUE y Euratom, pues sin ello no resulta posible dictar acto legislativo o administrativo alguno.

Ahora bien, el autor alerta sobre contradicciones existentes en la Carta y en el TFUE, que podrían obligar a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas tendentes a evitar la discriminación por los motivos contenidos en la Carta, y sin embargo, las instituciones comunitarias sólo establecerían normas para la lucha antidiscriminatoria.

- Valdés Dal-Ré muestra en su obra como, con anterioridad a la aprobación de la Carta, si bien los Estados miembros quedaban vinculados por la protección que el ordenamiento comunitario otorgaba a los derechos fundamentales a través del TJUE, la falta de claridad a la hora de identificar dichos derechos era manifiesta, mostrando asimismo una clara dificultad a la hora de aplicarlos por su carácter expansivo.

Sin embargo y a raíz de la entrada en vigor de la Carta, el catálogo impreciso de derechos fundamentales elaborado a través de las tradiciones constitucionales de cada Estado, se convierte en un catálogo expreso sobre los derechos objeto de protección.

El autor analiza el ámbito de aplicación de la Carta y para ello, toma en consideración la sentencia *Fransson*, momento en el cual el TJUE hubo de pronunciarse acerca del ámbito de aplicación de la Carta. A pesar de la oportunidad que el TJUE tuvo en ese momento, lamenta el escritor que la sentencia no diese un criterio novedoso en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, limitándose a seguir una línea tradicional manteniendo el clima de inseguridad jurídica entre las instituciones.

No obstante, reflexiona sobre el contenido de la sentencia *Fransson* la cual, señala, reconoce

la posibilidad de reforzar el derecho de la Unión con los derechos nacionales, actuando la Carta como un garante mínimo que no impide a los estados fijar tutelas más amplias de los derechos, siempre con el límite de la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

A raíz de dicha sentencia, criticada por algunos Tribunales Constitucionales con mención por parte del autor de algunos supuestos de interés, las decisiones posteriores del TJUE perfilaron los factores e indicios que debían ser tenidos en consideración a la hora de determinar la existencia de un nexo firme entre el derecho fundamental lesionado recogido en la Carta vulnerado por el derecho nacional y el derecho de la Unión.

Sin embargo, a juicio del autor, la jurisprudencia posterior a la sentencia *Fransson*, sigue sin aclarar el concepto de situaciones jurídicas en las que entran en juego los derechos fundamentales y el derecho de la Unión, ni aclara en qué consiste el denominado «vínculo de conexión suficiente» entre la regulación comunitaria y la ley nacional.

Prosigue la obra analizando el compromiso de adhesión por parte de la Unión al CEDH, y a través del examen histórico desde que tal compromiso se adopta, observa el autor que este presenta graves dificultades en tanto que la autonomía del Derecho de la Unión y la del TJUE deben preservarse. La adhesión resulta compleja en este escenario, si bien matiza el autor, que el CEDH sigue constituyendo fuente reguladora de los derechos fundamentales de la UE, y por lo tanto, los derechos nacionales deben establecer las reglas que resuelvan los conflictos que puedan surgir entre los derechos nacionales y la aplicación del CEDH.

- Asimismo, la obra realiza un estudio sobre la evolución de la CSE y sus órganos de garantía que, si bien inicialmente, jugaron un papel poco destacado en cuanto a la protección de los derechos sociales dentro del espacio europeo, una versión revisada de la CSE proporcionó una actualización de los derechos económicos y sociales de los trabajadores. No

obstante, el autor reclama una nueva actualización que incorpore derechos de los trabajadores surgidos en los últimos tiempos tales como la aplicación de las nuevas tecnologías o los movimientos migratorios.

3. En el Capítulo III del libro bajo el título «*Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos fundamentales del trabajador*», el autor indica la unión entre el denominado pluralismo constitucional y en concreto, el constitucionalismo europeo, y la protección de los derechos fundamentales. En este nuevo capítulo, el autor parte de los conceptos de constitución laboral y lo que denomina «constitucionalismo laboral europeo», para explicar los principios y criterios que informan la protección de los derechos fundamentales, esta vez, de los trabajadores.

- Valdés Dal-Ré inicia su estudio de las diferencias entre la constitución económica y la constitución laboral. La distinción de ambos conceptos no sólo viene dado por el periodo histórico en que se fraguaron sino por su significado, pues mientras que la constitución económica pretende la limitación del poder del Estado y su convivencia con las libertades públicas y el derecho de la propiedad, la constitución laboral, pretende armonizar el desarrollo económico y el progreso de la sociedad; no obstante, sus disposiciones interactúan entre sí, siendo textos sometidos a constantes transformaciones.

- A continuación, el autor perfila el concepto de derechos fundamentales como un valor universal, que atiende no sólo a los derechos desde un punto de vista subjetivo sino también material, siendo una noción que está en constante expansión incorporando nuevos intereses que surgen y están vinculados a las reclamaciones individuales y sociales. El autor enfatiza el hecho de que la configuración de los derechos laborales como derechos fundamentales ha contribuido al cambio en las relaciones entre el Estado y la sociedad, y en consecuencia, han de ser tenidos en consideración en el ámbito político con la finalidad de conseguir la igualdad y el bienestar de la población.

El autor considera que la relación entre empresario y trabajador es el terreno donde estos derechos fundamentales encuentran su mayor ámbito de desarrollo, y considera que a fin de identificar dichos derechos, estos han de reunir tres notas: universalidad, indisponibilidad y ser reconocidos mediante reglas generales y abstractas contenidas en normas supraordenadas a las demás.

Por lo tanto el trabajador se configura como presupuesto para el nacimiento y el ejercicio del derecho fundamental.

- La obra prosigue analizando las fuentes de ordenación jurídica, señalando que para dar una definición del «constitucionalismo europeo» resulta imprescindible no sólo acudir a textos internacionales sino también al diálogo judicial.

Desde el punto de vista de su contenido sustantivo, la CSE y el Derecho de la Unión se configuran como las grandes fuentes de regulación del constitucionalismo laboral. Siendo así, la CSE y su versión revisada (CSER), contienen un catálogo de derechos fundamentales entre los que se incluyen numerosos derechos de contenido laboral. Sin embargo, el autor critica en este aspecto, la distinción que se hace tanto en la CSE como en la CSER de dos modalidades de derechos, que inevitablemente, influyen en la aceptación de los mismos por parte de los Estados.

Asimismo, establece como fuente de ordenación el derecho comunitario y, en concreto, el contenido de la Carta de Derechos Sociales que consagra derechos fundamentales laborales y que, según el autor, han de ser aplicados en términos amplios dada su vocación de convertirse en parámetros de referencia dentro de las normas comunitarias.

Igualmente, el autor desarrolla la innegable influencia que los textos internacionales tienen unos sobre otros a la hora de establecer los derechos fundamentales.

- Seguidamente, el autor dedica un apartado relativo al diálogo entre los órganos de garantía de los derechos fundamentales, analizando las vías de tutela de los mismos y los tres órganos que tienen asignada dicha tarea: TEDH, TJUE y CEDS.

La falta de homogeneidad dada su diversa naturaleza, en tanto que TEDH y TJUE son órganos jurisdiccionales no siéndolo el CEDS, no ha de ser escollo, a juicio del autor, para elaborar una doctrina del diálogo entre los mismos, siendo éste un diálogo sin exigencias procesales de ámbito supranacional, y que permita la construcción de unos criterios comunes.

La obra desarrolla separadamente las interacciones entre los distintos órganos mencionados anteriormente.

Así, la interacción entre el TEDH y el CEDS, ha sido históricamente compleja. Los derechos tutelados por la CSE y las distinciones en cuanto a la organización y funcionamiento de ambos organismos provocaron recelos que se han ido mitigando en este siglo, pasando actualmente a una fase de interrelación entre ambos organismos necesaria para la protección de los derechos.

Por su parte, la relación entre el TJUE y el CEDS es calificada por el autor como de indiferencia, a pesar de perseguir ambos organismos un único objetivo, cual es el de proteger a diversos niveles los derechos sociales. Siendo así, la obra critica la deliberada voluntad por parte del TJUE de ignorar al CEDS e incluso de prescindir de la CSE como texto de tutela de los derechos fundamentales.

El apartado finaliza con el análisis de las interacciones existentes entre los dos órganos jurisdiccionales, el TJUE y el TEDH, que si bien en sus inicios mantuvieron posturas e interpretaciones contrarias sobre supuestos sustancialmente idénticos, han evolucionado a una situación de convergencia en la que se alimenta el diálogo judicial.

- Finalmente concluye la obra con un apartado dedicado a las asimetrías existentes entre los derechos laborales y la efectividad de su protección.

- Como primer problema, el autor apunta al diseño institucional de los órganos de garantía y del ámbito de imputación normativa de los derechos fundamentales laborales, considerando que el volumen de derechos reconocidos no se encuentra amparado por la tutela necesaria que ha de provenir de las instituciones europeas.
- La creación de dos organismos para solventar las carencias existentes en la protección de los derechos contenidos en la CSE y la CSER, en concreto, la creación de un órgano jurisdiccional en el ámbito de la CSE y, de una sección especializada dentro del TEDH, se ha mostrado insuficiente. No obstante el autor enfatiza la importancia de la doctrina elaborada por el CEDS así como de la instauración de reclamaciones colectivas, asimilándose la protección que otorgan, a la tutela judicial.
- El TJUE rara vez puede pronunciarse sobre los derechos laborales, a pesar de encontrarse entre sus tareas la de tutelar dichos derechos. Plantea el autor que la escasa jurisprudencia del TJUE en esta materia tiene su origen en la necesaria conexión que debe producirse entre la controversia suscitada y la aplicación de una norma de derecho de la Unión. Y ello en base a dos razones:

(i) El escenario normativo, tras el estudio del autor, limita en gran medida la posibilidad de invocar la vulneración por la norma nacional de un derecho laboral, limitándose estos a la no discriminación, igualdad, información y consulta y, condiciones de

trabajo, pues cualquier otro derecho no activaría la actuación del TJUE.

- (ii) La distinción que realiza la carta entre «derechos» y «principios» resulta negativa pues éstos últimos no dan lugar a «derechos inmediatos de acciones positivas» y, por lo tanto no son exigibles ante los órganos jurisdiccionales. La Carta no clasifica los derechos y por ello, no clarifica cuáles considera «derechos» y cuáles considera «principios»; no obstante el autor a través del análisis tanto de la Carta como de la jurisprudencia emanada del TJUE, concluye que dentro de los derechos únicamente quedarían encuadrados, la no discriminación en el empleo y la ocupación, la igualdad entre mujeres y hombres, el empleo y la ocupación, y la limitación de la duración máxima del trabajo a los periodos de descansos diarios, semanales y vacaciones.

El libro presentado nos da una visión de los derechos fundamentales sociales y laborales y de su evolución, analizando minuciosamente las pretensiones de los organismos del espacio europeo desde su creación, la interacción entre los mismos y su evolución, tanto desde un punto de vista funcional como en el análisis y protección de los derechos fundamentales. Organismos que no acaban de dar la necesaria protección de dichos derechos, y todo ello sin olvidar el contexto económico y social en el que actualmente nos encontramos.

El autor identifica perfectamente los problemas que alejan a dichas instituciones de la efectiva protección de los derechos fundamentales, fruto de un exhaustivo estudio; problemas que, sin duda, deben ser abordados a corto plazo.

TERESA PEREA MONTES
Abogada. Roca Junyent

EL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

PILAR MELLADO PRADO

SANTIAGO SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Editorial Universitaria Ramón Areces-UNED
2016, 293 páginas

Los autores de este interesante libro que ofrece la Editorial Universitaria Ramón Areces son profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Pilar Mellado Prado como Profesora Titular y Santiago Sánchez González como Profesor Emérito. Los mayores méritos de la nueva obra son los de ofrecer, en pocas páginas, en una lograda síntesis, la exposición del complejo derecho comunitario, actualizada a la altura de 2016, dando cuenta incluso del referéndum británico del 23 de junio, el denominado *Brexit*, con un tratamiento sencillo que se asimila con suma facilidad por quien no sea especialista en la materia.

Se divide el libro en XIV capítulos, cuya realización se distribuye entre los coautores, corriendo a cargo de Pilar Mellado Prado los capítulos I, VI, VII, VIII, IX, X, XI, y de Santiago Sánchez González los capítulos II, III, III, IV, V, XII, XIII y XIV, una distribución equilibrada, que carga sobre aquella los aspectos institucionales y sobre éste los de teoría más general. Se agradece que todos y cada uno de los capítulos, sin excepción, se cierren con una breve pero selecta bibliografía, apta para ampliar convenientemente el tratamiento comprimido de las distintas materias.

1. El **Capítulo I** se titula *El progreso de integración europea*, a partir de sus antecedentes más remotos hasta la fundación de las Comunidades Europeas en la década de los cincuenta. De ahí se pasa a recordar el proceso de construcción de la Unión Europea, con las etapas del Acta Única Europea (Luxemburgo, 28 de febrero de 1986) y el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 de febrero de

1992), atribuyendo a dicha Unión el carácter de organización política superior al de las Comunidades originarias. La secuencia posterior obliga a mencionar el Tratado de Ámsterdam (2 de octubre de 1997), el Tratado de Niza (26 de febrero de 2001), el polémico Proyecto de Constitución Europea (Roma, 29 de octubre de 2004) y, finalmente, el Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), cuya principal novedad de alcance fue la de admitir, por vez primera desde la fundación de las Comunidades Europeas, el derecho de todo Estado miembro de abandonar la Unión Europea, lo que ha dado lugar a la separación del Reino Unido mediante el referéndum celebrado el 23 de junio de 2016, produciendo el célebre *Brexit* de consecuencias políticas todavía imprevisibles no solo para el Estado disidente sino para el conjunto de la Unión.

No se exagera por tanto al afirmar que el mayor interés de este capítulo I de la obra se centra en las especulaciones sobre el futuro, de la mano de distinguidos políticos y analistas, por ejemplo el catedrático de Oxford Timothy Garton Ash, quien ya en el año 2012 se arriesgó a predecir la muerte de la Unión Europea, aunque no se tratara de un muerte dramática, sino a cámara lenta, en una decadencia que arrumba un proyecto que se tenía por consolidado. La opinión de los autores de esta obra que se reseña es clara _ el hundimiento del proyecto europeo ... «*sería lo peor que le podría pasar al mundo, al menos desde el punto de vista de la democracia, de la libertad individual, de todos esos valores que hasta ahora eran genuinamente europeos*» (pág. 16).

2. El **Capítulo II** se dedica a la *Unión Europea*, en general, esforzándose en clarificar su naturaleza jurídica, nada fácil de definir desde luego, al reunir características propias de una unión de Estados soberanos, una comunidad interestatal organizada bajo criterios supranacionales, una comunidad de Estados, una confederación de Estados y hasta una federación de Estados. El Tratado

de Maastricht no le reconoció expresamente personalidad jurídica, lo que ha tenido lugar por el Tratado de Lisboa (art. 45), pero algunos autores observaron con acierto (E. Linde, 2011) que existiendo una organización, el dato de la personalidad jurídica debía entenderse como una exigencia del tráfico internacional y una garantía jurídica para los Estados miembros y personas concernidas en sus relaciones con la Unión.

A partir de esta afirmación razonable, el capítulo II estudia la evolución histórica de los considerados valores y principios y los objetivos de la UE. Los primeros no son otros que el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y la garantía de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías. Valores comunes a los propios de los Estados miembros, en sociedades nacionales caracterizadas por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad, particularmente entre mujeres y hombres. Importantes al respecto son los arts. 6.1, 6.3, 7.2, 7.3, 9 y 49, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y los arts. 10, 18 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Respecto de los objetivos, se diferencian los de índole económica (art. 3 TUE) y los de naturaleza política en su más amplio sentido (arts. 8 y 21 TUE).

Finalmente, el capítulo de referencia se refiere a la estructura de la UE, en torno al art. 13 TUE, conforme al cual la Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses –de los ciudadanos y de los Estados miembros– y garantizar la coherencia, la eficacia y la continuidad de sus políticas y acciones. Aun cuando esa estructura se desmenuza en diversos capítulos del libro, en este capítulo II se adelanta que las instituciones básicas de la UE son el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas, afectadas todas

ellas por el principio de «cooperación leal», manifestación del cual son, por ejemplo, los arts. 289 y 295 TFUE sobre la coordinación entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión. Dentro de las estructuras de la UE, se consideran órganos auxiliares con funciones consultivas el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones.

3. El **Capítulo III** se ocupa de *La Unión Europea y los Estados miembros*, trazando la compleja evolución de los sesenta últimos años. Los primeros Estados miembros fueron seis (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos), ampliados a nueve en 1973 con la entrada de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido. La entrada de España, Portugal y Grecia culminó en 1986, ampliándose a quince en 1995 con el ingreso de Austria, Finlandia y Suecia. La ampliación simultánea más amplia se produjo en el año 2004 con la entrada de Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Chipre y Malta. En el año 2007 pasaron a formar parte de la Unión Rumanía y Bulgaria y, finalmente hasta ahora, Croacia, en el año 2013, completando así el número actual de 28 Estados miembros, a los que hay que ir restando uno, el Reino Unido, desde 2016, con el éxito del llamado Brexit. Por diversas causas de muy distinta naturaleza, no se ha consumado la entrada en la Unión de Marruecos y Turquía (intentada desde 1987), Suiza y Noruega (solicitud en 1992, posteriormente paralizada). Frente a las críticas que esta rápida expansión ha suscitado, el Consejo Europeo celebrado en Madrid, en el año 1995, concluyó que ... «la ampliación es a la vez una necesidad política y una oportunidad histórica para Europa. Asegurando la estabilidad y la seguridad del continente, ofrecerá, no solo a los Estados candidatos, sino igualmente a los actuales miembros de la Unión, nuevas perspectivas de crecimiento económico y bienestar general. La ampliación debe servir para reforzar la construcción europea dentro del respeto del acervo comunitario que incluye las políticas comunes».

A partir de ahí, el capítulo III se ocupa, sucesivamente, del procedimiento de adhesión de nuevos Estados miembros, diferenciando los requisitos, los procedimientos de adhesión y la salida de la Unión, con particular atención al caso del Reino Unido, al ser ésta la primera salida solicitada y todavía sujeta a grados enormes de incertidumbre. Para estudiar a continuación el Estatuto de los Estados miembros de la Unión, caracterizado por la igualdad, el respeto a las identidades nacionales y la llamada cláusula de seguridad (art. 4.2 TUE), conforme a la cual la Unión viene comprometida a respetar las funciones esenciales de los Estados, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional.

4. Al sistema competencial de la Unión Europea va destinado el **Capítulo IV**, que comienza insistiendo en la peculiaridad de esta organización, un *tertium genus* entre otros tipos organizativos similares pero diversos. Esa naturaleza repercute en el aspecto competencial, derivado de la coexistencia de dos órdenes normativos, el nacional-estatal y el de la Unión y se resuelve mediante los principios de atribución, de subsidiariedad y de proporcionalidad. En cuanto al primero de ellos, el art. 5 TUE dispone que la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución, en cuya virtud la Unión actúa dentro de los límites de competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados. De modo que cualquier competencia no atribuida a la Unión por esa vía corresponde a los Estados miembros, lo cual significa que la Unión no dispone de competencias propias o intrínsecas, ni puede lógicamente auto-atribuirlas. En cuanto a los tipos de competencias de ello resultantes, se diversifican éstas en competencias exclusivas de la Unión (arts. 2.1 y 3.1 TFUE), en competencias compartidas por la Unión y por los Estados miembros (art. 2.2 TFUE) y competencias de apoyo, coordinación o complementación (art. 2.5 TFUE).

Los principios de subsidiariedad y complementariedad no se aplican a la determinación de las competencias sino a su ejercicio. Aquél solo rige en las competencias que no sean exclusivas de la Unión y excluye el ejercicio de las mismas por la Unión en los supuestos en los que los Estados miembros estén en condiciones de regular una materia de manera eficaz a escala nacional, regional, o local; contrariamente, autoriza la actuación de la Unión cuando los Estados miembros no puedan alcanzar esos objetivos (art 5.3, párrafo primero TFUE). A diferencia del anterior, el principio de proporcionalidad rige en todos los ámbitos competenciales y significa una limitación del exceso, lo que obligará a la Unión a actuar de manera que su actuación no supere lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Una visión de conjunto de las competencias materiales de la Unión se expresa sintéticamente en los arts. 3, 8, 21 y 23 TUE y en el art. 8TFUE.

5. Trata el **Capítulo V** de *La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea*, y comienza aclarando que no existe ni un Pueblo ni una Nación que se pueda denominar «europeo» con carácter global, porque no existe suficientemente arraigada la conciencia de identidad y de pertenencia a Europa, ni se dan las condiciones objetivas que condujeron a la formación de Naciones: lengua común, tradición e historia compartidas y homogeneidad cultural. Por ello el reconocimiento de una ciudadanía europea se inscribe en el propósito de los Estados miembros de perseguir un proceso de creación de una integración cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa. Se atribuye de ese modo la ciudadanía europea a toda persona que ostente la nacionalidad de uno de los Estados miembros, por lo que se añade o superpone a la propia nacionalidad estatal, sin sustituirla. Dicho lo cual, hay que añadir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha subrayado la importancia conferida a la ciudadanía europea, calificándola de «estatus fundamental de los nacionales de los Estados miembros», decidiendo que el art. 20 TFUE

excluye los preceptos nacionales que pudieran privar a los ciudadanos ... «del gozo genuino de la esencia de los derechos conferidos por su estatus como ciudadanos de la Unión Europea».

En lo relativo a estos derechos, se enumeran éstos en los arts. 20 a 25 TFUE y en los arts. 39 y 46 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Con carácter general, el art. 3.2 TUE afirma que la Unión ofrece a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia. Los derechos concretos se desarrollan con detalle en los citados preceptos del TFUE y en la Carta, sin que sea posible en esta reseña la referencia particularizada a cada uno de ellos. Pero si resulta imprescindible añadir que a esos derechos se adicionan otros como el derecho de acceso a los documentos, al derecho al Defensor del Pueblo, el derecho a dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión, así como el derecho a una buena administración. Todos estos derechos cuentan con respaldo judicial y extrajudicial, traducidos en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión y en las decisiones, declaraciones, resoluciones y recomendaciones que forman el entramado político de la Unión. Importancia considerable tiene, junto al contenido de la carta, la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (art. 6.2 TUE), lo que sin embargo ha creado difíciles problemas de coordinación, por ejemplo entre el art. 53 del Convenio y el art. 53 de la Carta.

6. El **Capítulo VI** se refiere a *El sistema institucional de la Unión Europea: caracteres generales. El Consejo Europeo y el Consejo de Ministros*, y destaca que el entramado institucional europeo se asienta en un modelo

basado en la colaboración entre una serie de instituciones que tienen funciones diversas y no pocas veces entremezcladas. Conforme a un principio de equilibrio institucional cada institución debe tener en cuenta, en su actuación, los poderes de las otras instituciones, no arrogándose las competencias que pertenezcan a éstas en virtud de los Tratados. No se trata de un principio de división de poderes, sino de mero respeto a las competencias ajenas. Porque el poder legislativo se distribuye entre la Comisión –que casi monopoliza la iniciativa legislativa– y el Parlamento Europeo, único de los órganos comunitarios elegido por los ciudadanos y, sin embargo, muy postergado en cuanto a su verdadera relevancia. El poder ejecutivo se reparte entre el Consejo Europeo, el Consejo y la Comisión Europea. Y, únicamente el poder judicial se reserva a un solo órgano, en verdad jurisdiccional, cual es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al principio de equilibrio institucional se añade el principio de cooperación leal interinstitucional, a partir del Tratado de Lisboa (actual art. 13.2, *in fine* TUE).

El *Consejo Europeo* se compone por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y por el Presidente de la Comisión Europea. En sus trabajos participa asimismo el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (art. 15.2 TUE). En su caso, el Consejo puede invitar al Presidente del Parlamento Europeo para mantener un «intercambio de pareceres» al comienzo de la reunión. El Presidente del Consejo Europeo se elige por mayoría cualificada de los Jefes de Estado o de Gobierno, para un mandato de dos años y medio, con solo dos requisitos: ser nacional de un Estado miembro y no ejercer mandato nacional alguno (art. 15.6, *in fine* TUE). Según el art. 15.3 TUE el Consejo Europeo se debe reunir dos veces por semestre y cuando la situación lo exija, con duración máxima de dos días cada reunión, salvo excepciones. Las reuniones se celebran a puerta cerrada y no se levantan actas. Cuando los asuntos se resuelven por votación, no parti-

cipan en ellas ni el Presidente del Consejo Europeo ni el Presidente de la Comisión Europea. En cuanto a sus competencias, solo se especifica, ambigüamente (art. 15 TUE) que el Consejo ... «dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales ... sin ejercer función legislativa alguna», o sea, dicho castizamente, el todo y la nada. Sin embargo, como resultado del Tratado de Lisboa, el Consejo Europeo ha ganado en importancia, con una profunda penetración en la conformación de las instituciones. De ese modo, el Consejo adoptará por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo, y con su aprobación, una decisión por la que se fija la composición de tal Parlamento de acuerdo con los principios establecidos por el Tratado de la Unión (art. 14.2), elegirá a su presidente por mayoría cualificada (art. 15.5 TUE), adoptará por mayoría cualificada una decisión por la que se establezca la lista de las demás formaciones del Consejo (art. 16.6 TUE), fijará el sistema de rotación igual de la Presidencia en las formaciones del Consejo, excepto la de Asuntos Exteriores (art. 16.9 TUE), propondrá al Parlamento Europeo el candidato a la presidencia de la Comisión (art. 17.7 TUE) y nombrará por mayoría cualificada, con la aprobación de este último Presidente, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, pudiendo poner fin a su mandato por el mismo procedimiento (art. 8.1 TUE). En cuanto a la forma de sus actos, el Consejo Europeo se expresa mediante *Conclusiones*, que incluyen acuerdos y tomas de posición sobre los asuntos tratados, y *Declaraciones*, esencialmente en materia de política internacional. A una y otras se unen las *Decisiones*, publicadas en el Diario Oficial de la Unión.

Bien distinto del Consejo Europeo es el llamado simplemente *Consejo*, órgano único que concentra el poder de decisión política y ejerce el poder legislativo y la función presupuestaria, junto con el Parlamento Europeo, aprobando, modificando o rechazando las propuestas de la Comisión (art. 16.1 TUE). El

Consejo está compuesto por un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho de voto (art. 16.2 TUE). La particularidad más llamativa del Consejo es la de con ciliar su naturaleza de órgano único con la diversidad de formaciones que puede adoptar en función de los asuntos que se traten en su seno, conforme a la lista que establecerá el Consejo Europeo por mayoría cualificada, aunque expresamente solo se regulan dos de esas formaciones, el Consejo de Asuntos Generales y el Consejo de Asuntos Exteriores. En la práctica, a estas dos se añaden ocho formaciones más, las de Asuntos Económicos y Financieros; Justicia y Asuntos de Interior; Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; Competitividad; Transporte, Telecomunicaciones y Energía; Agricultura y Pesca; Medio Ambiente; y Educación, Juventud, Cultura y Deporte. Conviene aclarar que las dos primeras formaciones, consideradas desde luego como las más importantes, están constituidas por los mismos miembros, a saber, los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y la única diferencia entre ellas es que el Consejo de Asuntos Exteriores queda presidido por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Importante es aclarar, también, que el conocido como *Eurogrupo* no es una undécima formación del Consejo, sino un órgano que integra a los Ministros de los Estados miembros cuya moneda es el euro. En cuanto a su funcionamiento, el Consejo tiene su sede en Bruselas, aunque durante los meses de abril, junio y octubre celebra sus reuniones en Luxemburgo, rigiéndose aquél por un reglamento interno (art. 240 TFUE). En cuanto a la Presidencia de las distintas formaciones, salvo la de Asuntos Exteriores, es desempeñada por los representantes de los Estados miembros mediante un sistema de rotación. Como órgano de apoyo, la Secretaría General se encomienda al Secretario del mismo carácter nombrado por el Consejo por mayoría cualificada (art. 240.2 TFUE). También auxilia al Consejo el Comité de

Representantes Permanentes (COREPER), que funciona a dos niveles. El Coreper I, formado por los representantes permanentes adjuntos, se ocupa de los asuntos técnicos; el Coreper II, integrado por los Embajadores nombrados por los Estados miembros ante la Unión, se encarga de los asuntos políticos, económicos, comerciales e institucionales. Verdaderamente el Consejo es un órgano todopoderoso pues ninguna instancia comunitaria lo controla.

7. El **Capítulo VII** lleva como epígrafe *La Comisión Europea*, que es el órgano que representa a la Unión Europea, promueve su interés general y vela por la aplicación, desarrollo y cumplimiento de los Tratados y del conjunto de las normas europeas. Es la institución más capacitada para asumir la función ejecutiva, por lo que los Tratados le otorgan poderes de gestión de las políticas europeas y de ejecución del presupuesto. De otro lado, y con excepción de la Política Exterior y de Seguridad Común, la Comisión asume la representación exterior de la Unión (art. 17 TUE). Cuestión polémica donde las haya, conforme a la decisión del Consejo Europeo de 22 de mayo de 2013, la Comisión está compuesta por un número de miembros (Comisarios) igual al número de Estados miembros, que incluye a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para Asuntos exteriores y Política de Seguridad, es decir, en la actualidad, por veintiocho miembros, al no haberse producido todavía la salida del Reino Unido. Es una decisión política, nacida de la necesidad de complacer a Irlanda para mantenerla en la Unión, que resta solvencia y eficacia al funcionamiento de la Comisión. Una vez designados los Comisarios, deben someterse colegiadamente al voto aprobatorio del Parlamento Europeo, tras de lo cual serán nombrados por la mayoría cualificada del Consejo Europeo.

Los principios que rigen en el funcionamiento de la Comisión son los de auto-organización y colegialidad. A tenor del primero, la Comisión dispone de un reglamento interno

propio (art. 248 TFUE), que asegura su funcionamiento y el de sus servicios, y el de los casi 40.000 funcionarios que forman la Administración adjunta, gran parte de los cuales se dedican a funciones de interpretación y traducción en las 24 lenguas oficiales de la Unión. Según el principio de colegialidad, todas las decisiones de la Comisión expresan la voluntad global del órgano, aun cuando sean resultado de una votación interna. Los acuerdos se adoptan por mayoría simple, pero todos los Comisarios responden colectivamente del conjunto de las decisiones adoptadas en su seno, puesto que la Comisión tiene una responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo (art. 17 TUE). Sin embargo, el principio de colegialidad no excluye la preminencia del Presidente de la Comisión, que ostenta una autoridad considerable. Las competencias de la Comisión son amplísimas y abarcan la iniciación de la política europea o competencias legislativas (arts. 11.4 y 17.2 TUE, arts. 225, 241, 265, 289.4, 293.2 TFUE), competencias en materia de salvaguardia del Derecho europeo (art. 17.1 TUE) y competencias ejecutivas (arts 290 y 291 TFUE).

8. Al *Parlamento Europeo* se destina el **Capítulo VIII**, caracterizado como un Parlamento multinacional y no transnacional, cuyos miembros se eligen por los ciudadanos de la Unión por sufragio universal directo. Es, por ello, la institución más democrática de la Unión, aunque no cabe hablar de unas verdaderas elecciones europeas, sino de una sucesión de 28 elecciones nacionales en las que, dentro de un periodo limitado de tiempo, se eligen a los representantes de cada Estado miembro en el Parlamento Europeo, conforme a normas estatales y no comunitarias. Los Diputados que integran el Parlamento son 751 (art. 14.2 TUE) y la representación de los ciudadanos es decrecientemente proporcional con un mínimo de 6 y un máximo de 96 diputados por Estado miembro, dando lugar a esta representación: Alemania (96), Francia (74), Reino Unido (73), Italia (73), España (54), Polonia (51), Rumanía (32), Holanda (26), Bélgica (21), Grecia (21), Hungría (21),

Portugal 821), Rep. Checa (21), Suecia (20), Austria (18), Bulgaria (17), Dinamarca (13), Eslovaquia (13), Finlandia (13), Croacia (11), Irlanda (11), Lituania (11), Eslovenia (8), Letonia (8), Chipre (6), Estonia (6), Luxemburgo (6) y Malta (6). La organización interna del Parlamento se realiza por Grupos Políticos –equivalentes a los Grupos parlamentarios en los Parlamentos nacionales– se forman por los diputados con las mismas ideas políticas, con independencia de su nacionalidad; el número mínimo de diputados para la constitución de un grupo es de 25, figurando todos los diputados no integrados en alguno de ellos como «diputados no inscritos». El Presidente del Parlamento se elige por mayoría absoluta –a partir de la cuarta votación por mayoría simple– por un periodo de dos años y medio, mediante votación secreta entre las candidaturas presentadas por Grupos Políticos o por 40 diputados como mínimo. Junto al Presidente, la Mesa del Parlamento está constituida por él y por 13 Vicepresidentes. Órganos funcionales son el Pleno, las Comisiones Permanentes y las Comisiones Especiales. Conforme al art. 229 TFUE, el Parlamento celebra cada año un periodo de sesiones, de 60 días al año, repartidos en doce periodos parciales, celebrados en Estrasburgo, que es la sede propia del Parlamento, sin perjuicio de posibles sesiones adicionales en Luxemburgo, donde por cierto tiene su sede la Secretaría General del Parlamento y sus servicios.

Las competencias del Parlamento son de control político, legislativas y presupuestarias y en materia de integración de otros órganos de la Unión. Las de control político abarcan la Moción de Censura contra la Comisión (art. 234 TFUE), las preguntas al Consejo Europeo, al Consejo y a la Comisión (art. 230 TFUE), la Comisión de Peticiones (art. 227 TFUE y art. 44 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), las Comisiones de Investigación (art. 226 TFUE) y el control político sobre la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

(art. 36 TUE y arts. 88.2 y 85.1 TFUE). Las competencias legislativas y presupuestarias sitúan al Parlamento Europeo como «colegislador real», asumiendo la competencia de decidir, junto al Consejo, todos los actos legislativos comunitarios. Finalmente, las competencias en materia de integración de otros órganos de la Unión, por medio de la competencia parlamentaria para designar al Defensor del Pueblo Europeo (art. 228 TFUE), una institución introducida entre las comunitarias a propuesta del Estado español; a su vez, el Parlamento es consultado por el Consejo para el nombramiento de los miembros del Tribunal de Cuentas y de los miembros del Comité Ejecutivo del banco Central Europeo.

9. El **Capítulo IX** va destinado al *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, y el **Capítulo X**, al *Tribunal de Cuentas Europeo, sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo*. De estos capítulos interesa, particularmente, destacar que la organización judicial de la Unión se comparte entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia está integrado por tres órganos jurisdiccionales, que son el Tribunal de Justicia propiamente dicho, el Tribunal General (creado en 1988) y el Tribunal de la Función Pública (creado en 2004). Es, sin duda, el órgano más independiente de la Unión y el que, por medio de una jurisprudencia que se ha llegado a calificarse de audaz, ha logrado convertir el derecho originario de la Unión en una «Constitución material». Sus funciones son de verdadera trascendencia constitucional, por medio del control de la adecuación del derecho derivado de los Tratados, la garantía de equilibrio institucional, la delimitación competencial entre la Unión y sus Estados miembros, y, además, el control preventivo de la «constitucionalidad» de los acuerdos de la Unión con terceros países, a través de los dictámenes del art. 218.11 TFUE. De extraordinaria importancia para los derechos nacionales es la penetración del Tribunal de Justicia en los derechos estatales por medio del planteamiento de cuestiones de

prejudicialidad por los jueces y tribunales de los Estados miembros, de modo que las sentencias del Tribunal vinculan a esos jueces a la hora de dictar las suyas, produciendo con frecuencia verdaderas «revoluciones» en la configuración de las legislaciones de los 28, como ha ocurrido recientemente –y por iniciativa de jueces y tribunales españoles– con la interpretación del Tribunal de Justicia sobre el derecho de los trabajadores temporales a ser equiparados, en cuanto a sus indemnizaciones por ceses debidos a causas objetivas, a los trabajadores fijos o indefinidos.

10. En cuanto al Tribunal de Cuentas Europeo –o «conciencia financiera de la Unión»– se compone de un nacional de cada Estado miembro, nombrados por un periodo de 6 años por el Consejo, entre personalidades que pertenezcan o hayan pertenecido en sus respectivos Estados a las instituciones de control externo o que estén especialmente calificados para esa función (art. 286.1 TFUE). Se exige a los designados que no soliciten ni acepten instrucciones de ningún gobierno ni organismo y que se abstengan de realizar cualquier acto incompatible con el carácter de sus funciones (art. 286.3 TFUE). De ahí que, desde el mes de febrero de 2012, el Tribunal de Cuentas se rija por un Código de Conducta aplicable a sus miembros. Las competencias del Tribunal son de control de la legalidad y regularidad de los ingresos y gastos y de garantizar una buena gestión financiera (art. 287.2 TFUE). Y también le corresponden funciones consultivas, de manera que el Tribunal puede presentar en cualquier momento sus observaciones sobre cuestiones particulares y puntuales en forma de informes especiales y de dictámenes a instancia de alguna de las instituciones de la Unión.

Por su lado, el Banco Central Europeo, creado en 1992, y considerado institución de la Unión Europea (art. 13.1 TUE), es el eje de la adopción de decisiones en materia monetaria en los países de la Unión que han adoptado el euro como moneda única. Con sede en Frankfurt constituye el núcleo del

Eurosistema y del sistema europeo de Bancos Centrales.

11. Entra el **Capítulo XI** en los denominados Órganos auxiliares, particularmente, el *Comité Económico y Social Europeo* y el *Comité de las Regiones*, ambos de naturaleza consultiva. El primero responde a la necesidad de posibilitar la participación de los diversos grupos de interés económico y social en la realización del Mercado Común, facilitando un instrumento para dar a conocer a la Comisión y al Consejo su opinión sobre los temas de interés comunitario, asistiendo asimismo al Parlamento Europeo (arts. 13.4 TUE y 300 TFUE). Por su parte, el comité de las Regiones tiene como función asistir al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión (art. 13.4 TUE) a través de consultas obligatorias y consultas facultativas, ninguna de ellas vinculantes (art. 307 TFUE). A su vez, el Comité puede emitir dictámenes por iniciativa propia si lo considera conveniente (art. 307 TFUE). Se reconoce al Comité legitimación para interponer recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 263 TFUE) con la finalidad de defender sus prerrogativas, lo que refuerza considerablemente el papel político del Comité en defensa de los entes regionales con competencias legislativas.

12. El **Capítulo XII** estudia *Las fuentes del Derecho de la Unión Europea*, distinguiendo, necesariamente, las principales, conocidas como originarias, a saber, los dos Tratados y, equiparada a ellos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6 TUE). La referencia a los Tratados comprende sus Protocolos, Anexos y declaraciones pero no en cambio las declaraciones, pese a su valor interpretativo (art. 51 TUE). Respecto de los Principios generales, aunque el art. 340 TFUE solo los recoge en materia de la exigencia de la responsabilidad extracontractual a la Unión, el Tribunal de Justicia ha ido elaborándolos partiendo en gran medida de los rasgos comunes de la cultura jurídica europea. Prevalece la opinión de reconocer a este Derecho origina-

rio la naturaleza de «derecho constitucional» de la Unión, en el sentido de que es el derecho fundamental que ocupa el escalón más alto en la jerarquía de todas las normas de la Unión.

Al Derecho originario se añade el Derecho derivado, que es el derecho que las instituciones de la Unión crean en el ejercicio de sus competencias. Los arts. 288 a 299 TFUE regula los denominados «actos jurídicos de la Unión, procedimientos de adopción y otras disposiciones». Distinguiendo el art. 297 entre actos legislativos que pueden adoptarse mediante el procedimiento legislativo ordinario o mediante algún procedimiento especial y actos no legislativos. La forma de estos actos normativos son los Reglamentos, las Directivas y las Decisiones, así como las Recomendaciones y Dictámenes no vinculantes (art. 288 TFUE). A los efectos de simple promoción o estímulo de los fines de la Unión, se encuentran asimismo las Resoluciones del Consejo, del Parlamento y del Consejo Europeo, las Declaraciones del Consejo y los Programas de acción elaborados por el Consejo y por la Comisión. Y, finalmente, junto a estos actos de carácter unilateral, la doctrina incluye los actos «convencionales», como los Acuerdos entre las propias instituciones de la Unión, los Acuerdos entre los Estados miembros y los Acuerdos entre la Unión y otros países u otras organizaciones internacionales. De particular entidad en el Derecho derivado son los Reglamentos y las Directivas. Los primeros tienen alcance general y son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro. Son, por tanto, el equivalente a las leyes estatales en el ámbito de los Estados miembros, es decir, disposiciones de carácter general y abstracto, aplicables a todos, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por su parte, las Directivas, asimismo publicadas en el periódico oficial, son obligatorias para los Estados miembros, pero de modo que pueden las autoridades de éstos la elección de la forma y los medios de su transposición a los derechos internos. A través de las Directivas se persigue la armonización de las distintas legislaciones nacionales.

13. El **Capítulo XIII** aborda las relaciones entre *El Derecho de la Unión Europea* y *el Derecho nacional*, basado en el principio de primacía del Derecho comunitario, fruto fundamental de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir de las sentencias recaídas a partir de la década de los sesenta. En el posterior asunto 106/77 –*Amministrazione delle Finanze dello Stato* y la *SpA Simmenthal*– el Tribunal sentenció que en virtud de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las disposiciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias. Dando a la vez un toque de atención a los órganos judiciales de los Estados miembros, encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, dejando inaplicadas, por propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias a las mismas. Puesto que si los Estados miembros han transferido a la Unión los poderes necesarios para cumplir los objetivos fijados en los Tratados, carecería de sentido que esos mismos Estados pudieran anular o suspender la eficacia del Derecho comunitario mediante leyes ulteriores u otras disposiciones.

Presupuesto de la primacía del Derecho comunitario es la eficacia directa de sus normas, aunque paulatinamente se ha operado la distinción entre efecto directo y aplicabilidad directa de las normas comunitarias. La «aplicabilidad directa» es la forma mediante la cual algunas disposiciones de la Unión adquieren fuerza de obligar en los Estados miembros, una característica de aquellas normas comunitarias que denota una incorporación automática. De ese modo, el art. 288 TFUE menciona la aplicabilidad directa de los Reglamentos, pero

también puede predicarse de los Tratados, en la medida en la que tienen validez automática en los Estados miembros nada más ser ratificados, sin requerir un acto expreso de incorporación al derecho interno de éstos. Por su lado, la expresión «efecto directo» se utiliza para aludir a la idoneidad o capacidad abstracta de algunas disposiciones normativas que no siendo directamente aplicables, pueden tener eficacia directa, es decir, que pueden producir efectos jurídicos inmediatos en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y en el tiempo de su validez. En todo caso, el incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros genera la responsabilidad de éstos, de nuevo una construcción de la jurisprudencia comunitaria, imponiéndoles la obligación de reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de la infracción del derecho comunitario, a partir de las celeberrimas sentencias Frankovich y Bonifaci contra la República italiana (asuntos acumulados 6/90 y 9/90).

El capítulo se cierra con el importante tema del control de constitucionalidad del Derecho comunitario en España. A tal efecto se recuerda que el art. 93 de la Constitución española de 1978 ha aceptado la primacía del Derecho comunitario en el ámbito que a ese derecho le es propio, desarrollándose la primacía en el orden de aplicación de las normas válidas, que no se sustenta en la jerarquía sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas en principio válidas, de las cuales, sin embargo, unas de ellas tienen la capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente. Asimismo, la jurisprudencia española ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del derecho comunitario sobre el derecho español en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución española, cuyo ejercicio ha atribuido el Estado español a las instituciones comunitarias con fundamento en el art. 93 de aquélla.

14. Finalmente, el **Capítulo XIV**, que cierra la obra, analiza *La garantía juris-*

dicional del Derecho de la Unión Europea, a cargo de Santiago Sánchez González, un tratamiento complementario del análisis institucional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que llevó a cabo Pilar Mellado Prado en el capítulo IX. Todo se resume en la doble función asignada a este Tribunal para uniformar la interpretación del Derecho comunitario y para garantizar su respeto. En cuanto a la primera función se realiza encomendando al Tribunal el conocimiento de los recursos de casación destinados a asegurar la unidad en la interpretación del Derecho comunitario (*ex art. 218 TFUE*). En cuanto a la segunda función, las competencias del Tribunal se desempeñan frente a los Estados miembros mediante el control directo (recursos por incumplimiento *ex arts. 258 y 259 TFUE*) y mediante el control indirecto (cuestión prejudicial de interpretación *ex art. 267 TFUE*). Y, además, frente a las propias instituciones y órganos de la Unión, de nuevo mediante controles directos (recurso de anulación *ex art. 263 TFUE* y recurso por omisión *ex arts. 265 y 266 TFUE*) e indirecto (cuestión prejudicial de validez *ex art. 267 TFUE* y excepción de ilegalidad, *ex art. 277 TFUE*). A todo lo cual se añade la competencia del Tribunal para entender de los recursos de responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias (*ex art. 340 TFUE*) y para verificar la conformidad de los acuerdos internacionales con el Derecho originario (*ex art. 277 TFUE*).

15. Estamos pues en presencia de un paradigmático libro destinado a quienes se acerquen al derecho comunitario por vez primera, con todas las virtudes de los manuales que tanto ayudan al buen aprendizaje de las disciplinas respectivas. Para quienes pretenden llegar algo más lejos, ya se ha dicho que los autores recomiendan, al final de cada uno de los catorce capítulos, una selecta bibliografía, sumamente útil a tal propósito.

PAULA DE LA VILLA DE LA SERNA
Abogada. Roca Junyent

Bibliografía

INDICE DE ARTÍCULOS Y ESTUDIOS SOBRE DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL Y COMUNITARIO PUBLICADOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS EN 2016*

CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M^a., «Empleados públicos con relación temporal de duración determinada. Derecho de la Unión sobre contratos de trabajo indefinidos», *Actualidad Administrativa* n°3, marzo 2016, La Ley.

El autor aborda la problemática generada por la regulación en el Derecho de la Unión Europea de las relaciones laborales de carácter temporal y la necesaria adaptación del Derecho de los Estados miembros a las pautas allí dictadas. En particular, centra su análisis en el derecho funcionarial español, señalando la necesidad de que esa concordancia entre ambos sistemas normativos pase por la estricta aplicación de las normas que establecen de forma tasada los supuestos en los que es posible la actuación y el nombramiento de esta clase de empleados públicos.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos», *Diario La Ley*, n° 8850, de 25 de octubre de 2016.

El autor analiza la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, relativa al cese de una trabajadora interina de la Administración. Expone la discriminación que

sufren estos trabajadores respecto de los fijos, que realizan idénticos cometidos. Igualmente, aborda la posibilidad de incluir en el concepto de «condiciones de trabajo» el régimen de indemnización por una extinción contractual.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Extradición y ciudadanía Europea», *Diario La Ley*, n° 8834, de 29 de septiembre de 2016.

La cuestión abordada por el autor es si la ciudadanía de la Unión da derecho al nacional de un Estado miembro desplazado a otro Estado miembro a gozar en el mismo de idéntica protección frente a la extradición solicitada por un tercer Estado, éste no miembro, que se le concede al nacional del Estado en el que se encuentra desplazado. La respuesta deriva de la reflexión que toma como punto de partida el asunto resuelto por el TJUE el 6 de septiembre de 2016 (Petruhhin, C-182/15). En su sentencia, el alto tribunal declara que cuando está en juego el ejercicio del derecho a la libre circulación y a la no discriminación por razón de la nacionalidad, en particular los arts. 18 y 21 TFUE y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es de aplicación el Derecho de la Unión. De este modo, el Tribunal de Justicia viene a establecer pautas y condiciones que afectan a todos los Estados

* Elaborado por MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

miembros en su proceder cuando reciben una solicitud de este tipo. Se impone un deber de información y colaboración para dar ocasión a que el Estado del que es nacional la persona cuya extradición se solicita pueda emitir una orden de entrega a fin de su enjuiciamiento. Igualmente, se declara aplicable el art. 19 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y, por tanto, la obligación de los órganos competentes de verificar la inexistencia en cada caso del riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el país de entrega, cuando se trata de un ciudadano de la Unión Europea.

GARCÍA MURCIA, J., «El Trabajo Temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», *La Ley Unión Europea*, n° 41, octubre 2016.

El derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como componente esencial de la protección de los trabajadores. Por su parte, los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en circunstancias determinadas. El autor reflexiona en torno a tres sentencias del TJUE que declaran que la utilización de nombramientos de duración determinada de forma sucesiva para atender a necesidades permanentes en el sector de los servicios de salud es contraria al Derecho europeo.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de sustitución: la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (De Diego Porras, C-596/2014. ¿Un paso (más) hacia el contrato único?», *La Ley Unión Europea*, n° 42, noviembre 2016.

A través de este trabajo, el autor analiza la incidencia en España de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Con carácter general, concluye que, a partir de la jurisprudencia europea y española y, en particular, desde la resolución De Diego Porras, ha de aplicarse el principio

de igualdad a los trabajadores temporales con los trabajadores indefinidos, también en relación con la indemnización por finalización del contrato de trabajo de interinidad.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Tres sentencias que estremecieron al mundo», *Trabajo y Derecho*, n° 23, noviembre 2016.

Se aborda el impacto de las tres sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016. Las tres tienen al mismo juez ponente y todas ellas se refieren a cuestiones de régimen jurídico del empleo y de la contratación laboral vigente en España. Las resoluciones han tenido un efecto de conmoción del debate político y jurídico en nuestro país. El autor subraya la necesidad y urgencia de una reforma legislativa que enfrente de una vez la ordenación racional y efectiva del régimen jurídico de la contratación laboral. El autor reivindica la necesaria iniciativa que corrija los abusos generalizados que dominan la práctica social de la temporalidad.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «El impulso de los sistemas de protección social en las iniciativas más recientes de la OIT», *Trabajo y Derecho*, Monográfico 4/2016, noviembre 2016.

En este trabajo se estudia el relevante papel que la OIT ha adoptado en los últimos años, marcados de forma definitiva por la crisis. La Organización Internacional se posiciona en materia de Seguridad Social frente a lo que el autor denomina «crisis de normatividad» de los Estados en esta materia. En una época señalada por el incremento de la desigualdad, la OIT se coloca a la vanguardia de la lucha contra sus efectos. Así, el autor se detiene en el análisis del último hito normativo de la OIT en Seguridad Social –la Recomendación sobre pisos nacionales de protección social (2012)–, abordando sus bases político-jurídicas; sus objetivos; ámbito de aplicación y principios rectores; la propia noción de piso nacional de protección social, así como las garantías y criterios de implementación. Del mismo modo, afronta el reto que supone la financiación de

este piso de protección social y las estrategias nacionales que permitirán su implantación.

DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., «Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social», Trabajo y Derecho, Monográfico 4/2016, noviembre 2016.

Los importantes interrogantes abiertos tras los recientes acontecimientos en torno a la salida del Reino Unido de la Unión Europea (BREXIT) constituyen el punto de apoyo para que la autora estudie en este trabajo la coordinación de sistemas de protección social como vía prioritaria de actuación de la Unión Europea en esta materia. Se procede a revisar la normativa aplicable, así como el ámbito de aplicación de la misma. Asimismo, se analizan los principios rectores de la coordinación de sistemas de Seguridad Social.

MORENO VIDA, M^a 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, n° 21, septiembre 2016.

La autora aborda, de forma crítica, los efectos de la declaración por parte del TJUE de la aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre relaciones de trabajo de duración determinada a los empleados públicos con contratos de duración determinada. En esta investigación se profundiza sobre las posibles interpretaciones de los tribunales españoles, identifica los conceptos de «situaciones comparables» y «razones objetivas», que justifiquen una diferencia de trato en la aplicación de las condiciones de trabajo entre empleados públicos fijos y temporales. La autora delimita las discrepancias existentes entre las distintas posiciones de los tribunales españoles y llama la atención sobre la dificultad que ello va a suponer para la aplicación de la Directiva en nuestro país.

SWING, K.D., «La Unión Europea, los Estados Unidos de América y la Asociación Transatlántica para el comercio y la inversión (TTIP): la negociación colectiva y la emer-

gente Ley Transnacional de las Relaciones Laborales», Trabajo y Derecho, n° 18, junio 2016.

Este trabajo parte de un famoso caso judicial norteamericano de la época de la Gran Depresión, para realizar un repaso histórico por el desarrollo de la negociación colectiva. Pone una atención especial en su evolución a partir de la segunda guerra mundial. Así, explica los dos modelos conceptuales de la negociación colectiva desarrollados en EEUU y en el Reino Unido. La finalidad de esta revisión histórica es llamar la atención sobre la imposición del modelo americano a través de los acuerdos de libre comercio que EEUU está firmando y, en particular, al futuro Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión con la Unión Europea, que, desde la posición del autor, no hará más que subordinar los derechos laborales a los intereses corporativos norteamericanos. Se anuncia así la conversión al modelo norteamericano del modelo europeo a través de la desregulación de este último.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española», Trabajo y Derecho, n° 15, marzo 2016.

A través de este trabajo, su autor examina la problemática duración del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores. Se analizan los pronunciamientos en este punto de nuestro TC, del TJUE, y del Comité Europeo de Derechos Sociales, que vela por el cumplimiento de la Carta Social Europea. En el trabajo se sostiene la dificultad de proceder a inaplicar aquella duración del periodo de prueba en base al derecho a un plazo razonable de precavido reconocido por el art. 4.4 de la CSE y en la prevalencia de la CSE sobre la ley interna. Ello porque el precepto de la CSE no es *self-executing* y, en todo caso, la vulneración del derecho al preaviso no conlleva la improcedencia de la extinción del contrato sino el abono de los salarios correspondientes a dicho plazo incumplido.

GÓMEZ, J., «Lo individual y lo colectivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre transmisión de unidad económica», *Trabajo y Derecho*, n° 13, enero 2016.

El autor se adentra en un estudio de las sentencias más recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de transmisión de unidad económica, para señalar los problemas que se plantean para distinguir los planos individual y colectivo de esta cuestión. A juicio del autor, todas ellas ilustran una creciente preocupación del Tribunal por la protección del cesionario, en particular, por la protección de su libertad de asociación negativa, de su libertad contractual y, con carácter general, de la libertad de empresa.

GÓMEZABELLEIRA, F.J., «Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral», *Revista de Información Laboral*, n° 11, 2016.

El autor plantea las especiales dificultades que reviste el tema de la expatriación para el jurista, tanto académico como práctico. En un contexto en el que la internacionalización de las empresas, en cualquiera de sus grados y formas, es protagonista, el autor analiza el amplio y heterogéneo concepto de movilidad transnacional de los trabajadores para pasar a proponer una taxonomía de la expatriación, introduciendo la distinción entre dos patrones de expatriación: el unitario y el plural. Además, el artículo verifica cómo ambos modelos encajan en el conjunto de circunstancias indicativas de conexión estrecha con un ordenamiento jurídico. Demuestra así la utilidad de esta herramienta en el contexto de la determinación de la ley aplicable a cada caso concreto.

GORDO GONZÁLEZ, L., «La negociación colectiva transnacional: experiencias prácticas en la implementación de los Comités de Empresa Europeos en España», *Revista de Información Laboral*, n° 11, 2016.

Las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE imponen la negociación colectiva transnacional

en empresas de dimensión comunitaria con la finalidad de constituir procedimientos de información y consulta en las mismas. Transcurridos más de veinte años desde la aprobación de la primera de estas Directivas, este trabajo examina los acuerdos alcanzados por las empresas de dimensión europea con sede en España. Sobre esta base el autor aporta la construcción teórica de un modelo típico de Comité de Empresa Europeo entre las empresas de nuestro país.

DESDENTADO BONETE, A., «¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española? Reflexión breve sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras», *Revista de Información Laboral*, n° 10, 2016.

El autor reflexiona sobre el problema de la temporalidad y de la precariedad de nuestro mercado de trabajo. Para ello parte de un análisis crítico de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, que resuelve el Asunto De Diego Porras. El autor discrepa de las conclusiones y del razonamiento de la sentencia. No considera que el establecimiento de un régimen de indemnizaciones distinto para la extinción de los contratos temporales por vencimiento del término sea discriminatorio, pues no le parece comparable, a efectos de la eventual vulneración de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco Europeo, la extinción de un contrato temporal por vencimiento del término con la extinción de un contrato –sea indefinido o temporal– por las causas objetivas legalmente procedentes. Asimismo, el autor defiende la existencia de una justificación objetiva de la diferencia de trato.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales», *Revista de Información Laboral*, n° 9, 2016.

De forma inmediata a la publicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, que resuelve el conocido Asunto De Diego Porras, la autora desgrana las incertidumbres que siembra esta resolución. Más allá, analiza de forma crítica, elementos determinantes de la misma, como es la noción de condiciones de trabajo en

el Acuerdo Marco, para pasar a valorar la sentencia en un contexto de uso abusivo y fraudulento de la contratación temporal.

ORTIZ VIDAL, M^a D., «El derecho de los pacientes de la Unión Europea a recibir asistencia sanitaria transfronteriza y la responsabilidad del personal médico», *Revista de Información Laboral*, n° 9, 2016.

La creación y el establecimiento de una auténtica libertad de circulación de pacientes en la Unión Europea se encuentra en pleno proceso de construcción. La autora examina los factores que ralentizan este proceso. Entre ellos se encuentra el hecho de que el concepto de asistencia sanitaria transfronteriza se perfile de forma distinta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la Directiva 2011/24/UE, sin perjuicio de las dificultades añadidas que supone emprender acciones legales en un Estado miembro de la UE distinto del de afiliación. Estas dificultades llevan a la autora a examinar el régimen de la responsabilidad civil de la clínica y/o del personal médico que presta asistencia sanitaria en estas situaciones.

SUÁREZ CORUJO, B., «Flujos migratorios y desempleo: la (des)protección de los trabajadores extranjeros y de los emigrantes retornados», *Revista de Información Laboral*, n° 2, 2016.

En este estudio se analizan los principales problemas e insuficiencias de protección ante el desempleo a los que se enfrentan en España dos colectivos vulnerables: los trabajadores de nacionalidad extranjera y los españoles que regresan a nuestro país después de haber emigrado. El análisis se enmarca en una reflexión más general sobre el contexto demográfico y su incidencia en la articulación de las prestaciones por desempleo y del sistema de protección social en su conjunto.

TODOLÍ SIGNES, A., «La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo», *Revista de Información Laboral*, n° 9, 2016.

La entrada en vigor de un nuevo Reglamento comunitario en materia de competen-

cia judicial internacional demuestra el interés del objeto de este estudio. El objetivo de este trabajo es conocer la nueva normativa europea y exponer de forma completa nuestro sistema de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo. Se pretende así ofrecer una solución a los Tribunales españoles para poder declarar su competencia o no ante una concreta cuestión. Junto a la normativa comunitaria el autor estudia la normativa internacional, en particular los Convenios de Lugano y con el Salvador, así como la normativa interna aplicable a la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La propuesta de reforma de la Directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del Plan de Trabajo de la Comisión Europea para el 2016», *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016.

La autora revisa el proceso de reactivación del debate sobre la dimensión social de la Unión Europea iniciado desde su nombramiento por Juncker. Entre las iniciativas adoptadas se destaca la apuesta por la creación de un «Pilar de Derechos Sociales» y la revisión de la Directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. El trabajo incorpora las revisiones críticas a los textos de la citada Directiva y de la Directiva 2014/67/UE, así como a las iniciativas de reformas fallidas. La valoración final de este análisis es positiva, si bien se mantiene una posición crítica ante el enfoque de la propuesta de la Comisión, que se juzga insuficiente.

SUÁREZ CORUJO, B., «Nuevos obstáculos a la libre circulación de trabajadores (autónomos) en el ámbito europeo», *Revista de Derecho Social*, n° 75, 2016.

La libre circulación de personas ha sido, históricamente, la más débil de las libertades sobre las que se ha construido el proyecto europeo. Entre los factores que han obstaculizado su desarrollo está el temor ante la pobreza;

temor especialmente intensificado por los años de crisis. Este miedo se manifiesta en la línea interpretativa restrictiva llevada por el TJUE en la materia, en asuntos como *Alimanovic* y *García Nieto*. De esta manera se enmarca este estudio de la cada vez más limitada libertad de circulación de las personas en la Unión Europea. Se analiza el derecho de residencia en otro estado miembro y el acceso a la asistencia social en este marco especialmente reducido para los trabajadores autónomos, que pasa por la propia reducción del concepto comunitario de trabajador.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 95/59», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2016.

El estudio aporta una valoración global y completa de las últimas decisiones del TJUE sobre el cómputo del umbral de trabajadores a los efectos de aplicar la Directiva 98/59. Con esta finalidad identifica la noción eurolaboral de trabajador y de relación de trabajo aplicada a diversas Directivas sociales, entendiendo como característica esencial el que realice «durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución».

VALDÉS DAL-RE, F., «Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2016.

En este trabajo, su autor analiza la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito europeo o, con mayor precisión, en el marco del constitucionalismo europeo. Se ofrece una explicación clara de la noción del constitucionalismo europeo, indicando sus elementos delimitadores más significativos. Asimismo, se aporta una sólida reflexión sobre la comunicación entre el TEDH, el TJUE y el CEDS, sus interacciones y sus efectos sobre la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

GÓMEZ SÁNCHEZ, V. «¿Cómo avanzar en la integración europea? Propuestas para resolver los errores de diseño del euro», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 8, 2016.

El artículo analiza los últimos acontecimientos en materia de política económica en el marco de la Unión Económica y Monetaria. De este análisis extrae una serie de conclusiones que llevan al autor a plantear un conjunto de propuestas en la perspectiva de una UEM dirigida a conseguir mayores cotas de integración. Bajo este enfoque plantea la necesidad de, entre otros aspectos, potenciar el protagonismo de un Banco Central Europeo capaz de alcanzar sus objetivos de manera flexible y con facultades que respalden el funcionamiento normal de los mercados financieros, protegiendo la eurozona posibles crisis de liquidez. Se interpreta que el euro solo puede sobrevivir si se completa la unión bancaria y se entiende necesario desarrollar un conjunto de instrumentos de coordinación de las políticas presupuestarias que funcionen efectivamente.

BALLESTER PASTOR, M^a A., «La efectividad en España de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea (la dimensión desconocida de las cláusulas horizontales)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 10, 2016.

Todas las Directivas antidiscriminatorias disponen de cláusulas horizontales que, en mayor o menor medida, especifican el modo en que los Estados miembros han de proceder a su trasposición y garantizar su cumplimiento. La autora dedica este estudio a analizar este peculiar fenómeno. Así, aborda la reciente preocupación de las instancias de la UE por asegurar la efectividad de las Directivas. En este punto, la autora advierte una cierta crisis en el principio clásico de la eficacia vertical de las mismas. De otra parte, el trabajo trata el derecho a la acción judicial para la satisfacción de la víctima a partir del análisis de la doctrina del TJUE. En este tratamiento se incluye el de los daños morales, las indemnizaciones tasadas y la aplicación de baremos o la existencia

de obstáculos procesales, en particular en los supuestos de extinción. Finalmente, se analiza el alcance de la obligación de asegurar la eficacia disuasoria de las normas en las Directivas antidiscriminatorias, con especial atención a la interpretación aportada por el TJUE a la eventual indemnización por daños punitivos.

LASAOSA IRIGOYEN, E., «Reclamación de reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 187, 2016.

La normativa comunitaria vigente ordena el derecho de los ciudadanos de un Estado miembro a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la UE. En algunos supuestos en que se recibe esta asistencia transfronteriza, el paciente debe abonar los gastos del tratamiento y solicitar, posteriormente, el reembolso a la institución competente del Estado en cuyo sistema de salud está asegurado. En este artículo se examinan los procedimientos que deben seguirse en España para obtener el reintegro por los gastos efectuados en otro Estado miembro, desde la primera solicitud a la institución competente en nuestro país, hasta la reclamación judicial y los recursos que se pueden interponer.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 191, 2016.

Con este trabajo, la autora llama la atención sobre la desigual influencia de los pronunciamientos del TJUE en materia de discriminación sobre la actividad de nuestros tribunales nacionales. Ello a pesar de que la actividad del TJUE en aplicación de la Directiva 2000/78/CE ha sido intensa, dictando en los últimos años numerosas sentencias sobre la prohibición de discriminación, en especial, por razón de edad. En contraste, son escasas las sentencias españolas que acuden a ellas para fundamentar sus decisiones. No obstante, el planteamiento de alguna cuestión pre-

judicial en este ámbito por parte de juzgados españoles, así como la actualidad del tema, permite predecir una mayor proyección de la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

PAZOS PÉREZ, A., «Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CE sobre tiempo de Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 190, 2016.

En los últimos tiempos se han tomado distintas iniciativas que han puesto en cuestión la Directiva 2003/88/CE sobre tiempo de trabajo, invitando a su modificación. Este trabajo profundiza en las vicisitudes que atraviesa el proceso de reforma de esta Directiva. Entre ellas, el impacto de las reformas laborales de España e Italia, sobre el tiempo de trabajo, su distribución flexible y sus efectos sobre el principio de igualdad.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Más razones de derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Sobre la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 44, 2016.

La ley francesa de 2015 sobre adaptación de la sociedad al envejecimiento resulta del mayor interés, desde el punto de vista de la protección social de la dependencia, pues impacta de lleno en ella. El autor analiza cómo la promulgación de esta ley fue posible por causa del previo reforzamiento de la financiación de la dependencia, a través de las cotizaciones sociales. En este estudio, incide sobre la importancia de esta ley, que, junto a la ley que regula el modelo alemán de dependencia, se convierte en el mejor referente para proceder a la reforma de nuestra Ley 39/2006.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico-social», *Trabajo y Seguridad Social*, n° 404, 2016.

El término «grupos vulnerables» se usa cada vez con mayor frecuencia en declara-

ciones políticas, documentos oficiales y textos jurídicos. En este trabajo el autor realiza un análisis de los diversos documentos internacionales, de la Unión Europea y del ordenamiento interno, con el fin de aquilatar el contenido del concepto y determinar si se está incorporando de forma efectiva en nuestro ordenamiento. Asimismo, se aporta una valoración sobre las ventajas y desventajas de este proceso y su proyección en el futuro.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «Del Derecho de libre circulación de trabajadores al BREXIT: ¿un viaje de ida y vuelta?», *Documentación Laboral*, n° 107, 2016, vol. II.

La autora se apoya en el análisis de los pronunciamientos más significativos del TJUE en relación con la solicitud de asistencia social y el ejercicio del derecho de libre circulación, para aportar una completa reflexión sobre la evolución de este pilar del modelo europeo. El tránsito desde una interpretación amplia de este derecho hasta una interpretación muy restrictiva, permite que el trabajo se cierre evaluando el impacto del BREXIT sobre el

mismo y valorar las ventajas e inconvenientes de modelos alternativos de relación entre el Reino Unido y sus ex socios, como el noruego, el suizo, el turco u otros, más generales, propios de cualquier tratado de libre comercio o bajo las normas generales de la Organización Mundial del Comercio.

Revistas Consultadas

Actualidad Administrativa

Derecho de las Relaciones Laborales

Diario La Ley

Revista de Información Laboral

Revista de Derecho Social

Trabajo y Derecho

La Ley Unión Europea

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Revista Española de Derecho del Trabajo

Trabajo y Seguridad Social

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicado y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proproeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º ...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17
Fax: 91 363 23 49
Correo electrónico: sgpublic@meyss.es
Librería Virtual
<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *Luis Enrique de la Villa Gil* • ESTUDIOS: El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial. *José María Miranda Boto* • La regulación de las obligaciones administrativas del empresario que desplace temporalmente trabajadores a España: propuestas de modificación y mejora a la luz de la Directiva 2014/67/UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Javier Gárate Castro* • La negociación colectiva profesional en el ámbito del trabajo autónomo económicamente dependiente desde la perspectiva del Derecho de la competencia. *Guillermo L. Barrios Baudor* • Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada. *Francisco Javier Hierro Hierro* • El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español. *Yolanda Maneiro Vázquez* • La adaptación del ordenamiento jurídico español a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de no discriminación. *M^a Teresa Velasco Portero* • Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria. *María José López Álvarez* • Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Dolores Carrascosa Bermejo* • El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal. *David Ordóñez Solís* • Los Comités de Empresa Europeos dos décadas después. Una evaluación crítica. *Sergio González Begega, Holm-Detlev Köhler y Mona Aranea* • LEGISLACIÓN: La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre los trabajadores domésticos. *Raquel Vela Díaz* • JURISPRUDENCIA: Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012-2015. *José María Miranda Boto* • DOCUMENTACIÓN E INFORMES: El desarrollo de la dimensión del empleo de la estrategia Europa 2020: especial referencia a la revisión intermedia, 2014-2015. *Miguel Colina Robledo* • La nueva Agenda de Capacidades para Europa: una apuesta de alcance. *Elías Amor Bravo* • Indicadores sociales de la OCDE. *María Prous Lora* • RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA: • Recensiones: El constitucionalismo europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras. Fernando Valdés Dal-Ré • El ordenamiento de la Unión Europea. Pilar Mellado Prado y Santiago Sánchez González • Bibliografía: Índice de artículos y estudios sobre Derecho social Internacional y Comunitario publicados en Revistas científicas en 2016. *Maravillas Espín Sáez*.

ISSN 2254-3295



9 177 2254 3295 031