

ÚLTIMAS TENDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Director de la Revista

EXTRACTO

Palabras clave: Jurisprudencia comunitaria, tendencias, impacto en España

El estudio pretende destacar la trascendencia que tradicionalmente ha tenido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como institución dinamizadora en el proceso aplicativo del acervo normativo comunitario en materia laboral. Sin perjuicio de lo anterior, también se llama la atención sobre la emergencia en los últimos tiempos de ciertos factores exógenos al propio funcionamiento del Tribunal que provocan un cierto debilitamiento de su protagonismo. En todo caso, el trabajo lleva a cabo un rápido recorrido descriptivo y valorativo de las sentencias más destacadas dictadas en el último período, que muestran la riqueza de materias tratadas en aspectos complejos de interpretación de las Directivas laborales, que muestran el significativo impacto que tiene la jurisprudencia comunitaria sobre el control de la transposición de las mismas y, en particular, su incidencia sobre la legislación laboral en España.

ABSTRAC

Key words: Community jurisprudence, trends, impact on Spain

The study aims to highlight the importance that traditionally had the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union as a dynamic institution in the application process of the normative *acquis* on labour matters. Without limiting the foregoing, emergency attention is also called in recent times of certain exogenous factors to the proper functioning of the Court, causing a certain weakening of its role. In any case, the work carried out a quick descriptive and evaluative tour of the most important judgments handed down in the last period, showing the wealth of subjects treated in complex aspects of interpretation of labour policies, showing the significant impact that has the case law on the control of the transposition of the community, and in particular , its impact on labour legislation in Spain.

ÍNDICE

1. EL PROCESO CONSTRUCTIVO DE LA NORMATIVA SOCIAL EUROPEA
2. EL PAPEL DINAMIZADOR DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA
3. ELEMENTOS DE DEBILITAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA
4. PANORÁMICA GENERAL DEL ÚLTIMO PERÍODO
5. LIBERTAD DE EMPRESA Y RELACIONES LABORALES
6. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NORMATIVA LABORAL: CONCEPTO DE TRABAJADOR
7. LA TUTELA FRENTE A CONDUCTAS ANTIDISCRIMINATORIAS
8. LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL
9. REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

1. EL PROCESO CONSTRUCTIVO DE LA NORMATIVA SOCIAL EUROPEA

El proceso de construcción de la política social europea y, en particular, de su incidencia sobre los modelos laborales nacionales, encuentra su referente principal en la progresiva elaboración y aprobación de un importante acervo normativo por parte de las instituciones europeas¹. En unos casos se trata de disposiciones de carácter general o de referente esencialmente económico que presentan un perfil de indiscutible impacto sobre las relaciones laborales, mientras que en otros casos se identifican como normas en sentido estricto de carácter laboral. En todo caso, como no podía ser de otro modo, es la emergencia de un conjunto de reglas en los Tratados Constitutivos, desarrollados sucesivamente por una importante relación de Reglamentos y Directivas las que de manera progresiva va conformando lo que con el tiempo se convertirá en todo un amplio e influyente conjunto de normas de rango europeo en materia laboral; conjunto normativo que, con el paso del tiempo, acabará adquiriendo un decisivo impacto sobre la evolución de los ordenamientos laborales de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

Sin entrar en mayores detalles, dos vertientes cardinales ha venido teniendo

¹ Amplia atención se le ha dedicado al fenómeno desde la doctrina española. Por todos, M. Nogueira Guastavino, O. Fotinoulou Basurko y J. M. Miranda Boto, *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2012. F. Navarro Nieto, M. C. Rodríguez-Piñero Royo y J. M. Gómez Muñoz (dir.), *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, ed. Tecnos, Madrid 2011. J. Aparicio Tovar, *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*, ed. Bomarzo, Albacete 2005. También en los estudios publicados a través de las revistas; por todos, número monográfico de *Temas Laborales* nº 59 (2001), número monográfico sobre *Derechos Fundamentales en la Unión Europea*.

casi desde sus orígenes ese conjunto normativo, que merece la pena destacar y diferenciar desde esta aproximación básica.

De un lado, nos encontramos con todo el entramado normativo conforme al cual se va conformando el Mercado Común Europeo, que implica el establecimiento de reglas básicas de carácter eminentemente económico que implican las típicas libertades económicas propias de una economía de mercado y que, en particular, alcanzan un intenso desarrollo en lo que afecta a la implantación de las libertades de circulación. En su origen, por ese carácter eminentemente económico, son reglas que se sitúan formalmente extramuros la normativa laboral. Sin embargo, estas disposiciones del ordenamiento europeo acaban teniendo un decisivo impacto sobre el diseño general de los modelos nacionales laborales. Indiscutiblemente lo tendrá la vertiente más directamente implicada por el funcionamiento del mercado europeo unificado, en lo que afecta al mercado de trabajo, como será todo el acervo comunitario relativo a la libre circulación de trabajadores, con sus elementos complementarios en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes así como los derivados de las acciones acometidas a través del Fondo Social Europeo. Pero, más allá de la precedente normativa específica de evidente conexión directa con lo laboral, con el paso del tiempo irá adquiriendo especial relevancia el reconocimiento de la libertad de empresa como un principio basilar de todo el proyecto europeo, con importantes implicaciones sobre la concepción de la Europa comunitaria sobre su actuación en el ámbito de las relaciones laborales.

De otro lado, bien es conocido cómo a partir de unas muy escasas previsiones en los Tratados Constitutivos en materia laboral, los llamados oasis de socialidad, se ha ido conformando con el paso del tiempo todo un aparato normativo de directa toma en consideración de las instituciones centrales del ordenamiento laboral. Se trata de una intervención que, sobre todo, se ha articulado en torno a la política de armonización de la legislación laboral de los diferentes Estados miembros, que ha llegado a alcanzar a múltiples vertientes de la normativa laboral: reestructuraciones empresariales (despidos colectivos, transmisión de empresa e insolvencia empresarial); seguridad y salud en el trabajo, incluyendo por vía indirecta lo relacionado con la ordenación del tiempo de trabajo; información y consulta de los representantes de los trabajadores en la empresa, con particular atención a las empresas de dimensión comunitaria; tutela de las formas atípicas de contratación laboral (contratación temporal, a tiempo parcial, teletrabajo, así como empresas de trabajo temporal); tutela frente a conductas discriminatorias por muy diversas causas (género, nacionalidad, edad, discapacidad, orientación sexual, creencias religiosas). Se trata de una normativa que por la vía de los hechos incluso ha llegado a incidir sobre materias para las

cuales expresamente no se contemplaba la intervención armonizadora de parte de las instituciones comunitarias (negociación colectiva), o bien donde incluso formalmente se encuentra vedada la intervención armonizadora directa, pero que no ha impedido hacerla por vía indirecta (retribuciones, libertad sindical). El resultado final va a ser que la práctica totalidad de las instituciones centrales propias de los ordenamientos nacionales laborales van a encontrar una Directiva de referencia en clave de armonización de los mismos; por mucho que se trate de una política meramente de armonización, por tanto, con intenso respeto a la identidad jurídica, cultural e histórica en lo laboral de cada uno de los Estados miembros, su influencia ha venido resultando decisiva sobre la evolución normativa de las legislaciones nacionales.

De este modo, a partir de estos dos canales básicos de actuación normativa, cuando menos por lo que afecta al Derecho del Trabajo en España, éste resulta hoy en día imposible de comprender en su alcance y significación sin tomar en consideración el acervo normativo comunitario y su singular impacto sobre la legislación nacional.

Estas pinceladas de mera aproximación introductoria a la materia no pueden cerrarse sin apuntar que todo ese entramado normativo de la actual Unión Europea se va diseñando sobre la base de una doble alma siempre presente en el proyecto europeo. De un lado, los impulsos de actuación derivan de la voluntad de conformar un modelo social europeo como seña de identidad propia de la cultura europea, orientada hacia la instauración de un modelo clásico de tutela de los derechos de los trabajadores en clave de protección del contratante débil en las relaciones laborales. De otro lado, los condicionantes provienen de la defensa de un modelo de libertad de empresa y de promoción de la competitividad empresarial que progresivamente se va desarrollando con mayor centralidad dentro de un escenario de economía globalizada. Se trata de una doble alma, que pretenden complementarse, conciliarse o compensarse (según se mire y según actúen), pero que tampoco puede negarse juegan también tradicionalmente en clave de tensión mutua y, por tanto, de relación conflictiva.

2. EL PAPEL DINAMIZADOR DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Las precedentes consideraciones sobre el papel general de la intervención normativa de la Unión Europea sobre las relaciones laborales sirven exclusivamente para poder captar la posible incidencia, a su vez, de la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este concreto ámbito. Aunque sea una obviedad, dado que la actividad jurisdiccional consiste necesariamente,

dentro de un sistema basado en la división de poderes, en la aplicación de disposiciones de carácter general al caso concreto, la mayor o menor importancia de la jurisprudencia europea depende de la correlativa mayor o menor relevancia del aparato normativo comunitario, en nuestro caso en lo que afecta a la legislación laboral. Naturalmente en ello influyen multitud de circunstancias, dependiendo, por tanto, de otros muchos factores, como puedan ser los relativos a los procedimientos de acceso al Tribunal de Justicia, las competencias y funciones atribuidas al Tribunal, el grado de precisión técnica o de dificultad interpretativa de la normativa objeto de tratamiento, la actitud más positiva o más reticente de los diferentes Estados miembros a la transposición o adaptación de sus legislaciones nacionales a las reglas provenientes en la materia de las instituciones europeas. Sin embargo, en todo caso, premisa de todo ello es la presencia de un acervo normativo que es el que determina la eventual intervención sucesiva del Tribunal Europeo. De este modo, la intervención del Tribunal discurre necesariamente en paralelo a la evolución del acervo normativo comunitario, reducido en una primera fase de establecimiento de las Comunidades Europeas, pero que va *in crescendo* conforme va progresando la construcción del proyecto europeo, singularmente por lo que afecta a la política social de la Unión Europea.

En esta materia, donde lo que se producen son resoluciones judiciales concretas del Tribunal de Justicia, por medio de las cuales se falla respecto de asuntos muy específicos, siempre resulta aventurado efectuar valoraciones de carácter general, pretendiendo deducir de actos resolutivos individualizados un balance de diagnóstico de las líneas de tendencia de la actuación del Tribunal. A pesar de ello, con todas las cautelas precisas derivadas de los riesgos propios de las generalizaciones y abstracciones, sí que es posible ofrecer algunas pautas orientativas, a la vista del dilatado tiempo transcurrido de actuación del Tribunal de Justicia y del resultado práctico que la misma ha tenido sobre la evolución aplicativa de los ordenamientos nacionales.

A estos efectos, resulta de común aceptación que el Tribunal ha tenido un palpable efecto dinamizador en el proceso de influencia del acervo normativo comunitario. Posiblemente se trate de una circunstancia que ha pasado más inadvertida, salvo respecto de ciertas sentencias que han tenido una repercusión pública de mayor proyección, a la vista de haber actuado de ordinario en un segundo plano y con lecturas por parte de los juristas laborales en las más de las ocasiones atentos exclusivamente a aquellas resoluciones de directa resolución de asuntos relativos al Estado miembro directamente involucrado; y, en paralelo, también en las más de las ocasiones, con comentarios enfocados al concreto aspecto de la específica norma nacional objeto de toma en consideración. Sin embargo, en una visión más de conjunto, por suma acumulada del impacto de la

actuación del Tribunal, cabe detectar ese efecto dinamizador de su jurisprudencia. Especialmente influyente en esta línea fue la actuación del Tribunal en una primera fase, aquella coincidente con el proceso más intenso de elaboración de los Reglamentos y las Directivas en materia laboral, por cuanto que a estos efectos el Tribunal llegó a convertirse en impulsor del desarrollo de las prescripciones de los Tratados Constitutivos a través de la aprobación de las Directivas de derecho derivado. El Tribunal en esos momentos se convirtió en un modo de espoleta, que llamaba a la intervención normativa de las instituciones comunitarias, a los efectos de implementar vía Reglamentos y Directivas el programa normativo encomendado por tales Tratados Constitutivos. Eso sí, ese papel de impulsor con el paso del tiempo ha venido a menos, en la medida en que el mencionado programa normativo se ha implementado en muchos de sus aspectos, mientras que lo que resta responde a materias cuyas Directivas requerirían de la unanimidad, aparte de que el escenario general ha cambiado en los últimos tiempos y, por ello, no es el mejor caldo de cultivo para culminar el mencionado programa normativo de armonización contemplado en los Tratados Constitutivos.

Ahora bien, esto último no ha comportado la pérdida del citado papel dinamizador del Tribunal, sino que éste ha ido adquiriendo un perfil diferente, puede que menos llamativo, pero no por ello menos influyente.

En efecto, el rol complementario de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia laboral ha sido decisivo, por cuanto que ha realizado una labor clave de integración normativa, en el marco de una técnica legislativa como es la europea ciertamente novedosa y de no fácil traslación a la lógica jurídica de las legislaciones de los diversos Estados miembros. A tenor de ello, su labor ha ido más allá de la simple función hermenéutica clarificadora de la voluntad del legislador, pues, sobre todo, cuando ha aplicado las Directivas de armonización ha tenido que actuar como intermediario entre las prescripciones contenidas en tales Directivas y la debida corrección en la transposición por parte del ordenamiento nacional interno de cada Estado miembro. En muchas ocasiones se trata de dos concepciones jurídicas diferenciadas, que han requerido de sus necesarios puentes de conexión jurídicos entre ordenamiento europeo y legislación nacional, a cuyo efecto la labor del Tribunal de Justicia ha tenido que ir mucho más allá de la tradicional actividad jurisdiccional.

A estos efectos su labor no ha sido nada fácil, por cuanto que se ha tenido que situar en el terreno preciso que le ha de corresponder a la política de armonización legislativa nacional: de un lado, respetuosa con cada uno de los modelos nacionales de relaciones laborales, no siendo su misión la de lograr un

sistema laboral unitario común a toda la Unión europea; al mismo tiempo que, de otro lado, ha tenido que ser exigente en el cumplimiento de los mandatos contenidos en la normativa europea, vinculante para su obligada transposición por parte de los correspondientes Estados miembros, sin provocar, por tanto, un resultado inane, de aceptación de la conformidad de cualquier legislación nacional con los imperativos derivados de la política social armonizadora proveniente de las instituciones europeas.

Más aún, esa actuación del Tribunal de Justicia se ha acometido por vía de una actuación que ha ido más allá de la lectura singularizada del texto de las Directivas laborales objeto de aplicación. Ha ido más allá, desde el instante en que una de las grandes virtudes de dicha jurisprudencia ha sido la de efectuar una interpretación contextualizada de tales Directivas, en el sentido de analizadas a través de un diálogo constante con lo que constituyen los principios generales orientadores de la política de armonización y, más ampliamente, de los principios informadores del ordenamiento europeo. Sin llegar a efectuar una aplicación directa de los Tratados Constitutivos y de las reglas contenidas en los mismos por lo que afecta a lo laboral, la lectura de las Directivas laborales se ha realizado a partir de su funcionalidad de ser derecho derivado respecto de los Tratados Constitutivos y, por ende, con recurrente toma en consideración de la finalidad que tales Directivas cumplen dentro del entramado general de fines y principios que inspiran el proyecto europeo.

Así, en particular, el Tribunal de Justicia de manera reiterada ha sido plenamente consciente del doble alma ya aludida, conforme a la cual se ha venido construyendo el Derecho Social Europeo a los largo de las últimas décadas. Y, por tanto, la propia jurisprudencia del Tribunal ha interiorizado esa doble alma del Derecho europeo en materia laboral, intentando lograr el necesario equilibrio en el juego de las dos fuerzas que lo impulsan en esta materia: el desarrollo de la tradicional orientación tuitiva propia del ordenamiento laboral de los Estados miembros, especialmente de los continentales, junto al imprescindible respeto al modelo de libertad de empresa y de promoción de la concurrencia mercantil a nivel europeo. Necesario equilibrio de las dos fuerzas, que, en ocasiones, ha tenido resultados ciertamente exitosos, mientras que, en otros casos, sus derivas han provocado mayor polémica y tendencias hacia el escoramiento excesivo hacia posiciones estrictamente liberales, refractarias respecto de la lógica tuitiva propia del ordenamiento laboral continental.

3. ELEMENTOS DE DEBILITAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

En el marco de estas consideraciones de carácter general del balance de las líneas de tendencia de la actuación del Tribunal de Justicia, obligado resulta llamar la atención sobre ciertas nuevas realidades que, como efecto reflejo, provocan una cierta pérdida del protagonismo de la jurisprudencia europea, que deriva en una tendencia a la mayor debilidad de la misma. Se trata, en esencia de ciertos factores exógenos a la formal regulación de funcionamiento del Tribunal, pero que resulta imprescindible traerlos a colación, por cuanto que presentan un impacto de primer orden, por mucho que a primera vista puedan pasar inadvertidos, en la medida en que se desarrollan en ámbitos inicialmente ajenos a los espacios jurídicos en los que se desenvuelve el Tribunal².

En términos esquemáticos, los elementos que a nuestro juicio mayor impacto están teniendo sobre la pérdida relativa de protagonismo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia laboral se cifrarían en lo siguiente.

Ante todo en una cierta paralización de la actividad de elaboración, aprobación o modificación de Directivas de armonización como desarrollo de la política social europea. Desde hace ya unos cuantos años se aprecia un cierto agotamiento en las iniciativas legislativas por parte de la Unión Europea. Es cierto que la conformación de ese acervo comunitario era ya bastante extensa e influyente, pero desde luego no ha llegado a cerrar toda la temática posible de contenidos sobre los que se puede desplegar la política de armonización legislativa, a lo que habría que añadir la posibilidad siempre abierta de revisión y actualización de las materias sobre las que ya se ha actuado en el pasado. En todo caso, al margen de cuáles sean las causas determinantes de todo ello, el dato objetivo incontestable es que prácticamente no se aprecian innovaciones legislativas en la política de armonización europea, lo que necesariamente repercute sobre las posibles novedades de actuación por parte del Tribunal de Justicia. Al no presentarse nuevo material normativo, necesariamente viene a menos la capacidad de intervención interpretativa y aplicativa por parte de la jurisprudencia comunitaria.

Es cierto que como elemento de contraste, sí que se ha producido una intensa actividad de reformas legislativas en lo que afecta a lo laboral en algunos

² J. Cruz Villalón, El impacto de la nueva gobernanza europea sobre las reformas nacionales de la legislación y políticas laborales, en Gaceta Sindical nº 18 (2012), pgs. 225 ss.

de los Estados miembros, especialmente intensa en aquellos Estados periféricos más afectados por la crisis económica que arranca en la primera década del presente siglo. Eso sí, no deja de resultar significativo que todo el debate político, doctrinal y jurídico que se ha producido en torno a dichas reformas laborales en los diferentes países prácticamente no ha tenido repercusión sobre la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ejemplo, sin ir más lejos, mientras que las últimas reformas laborales en España han dado lugar a un incremento de la actividad judicial en la fase aplicativa de tales normas, incluso a importantes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional, tan solo ha dado lugar a que se dicte una sentencia por parte del Tribunal europeo, que a mayor abundamiento acaba por declarar que este Tribunal carece de competencia para responder a las cuestiones planteadas³. Dos razones básicas pueden intuirse que explican este resultado de ausencia de participación del Tribunal europeo en el amplio debate sobre las profundas reformas laborales acometidas a resultas de la última de las crisis económicas. De un lado, que algunas de las materias claves sobre las que se han centrado dichas reformas laborales han afectado a instituciones casualmente no armonizadas hasta el momento presente por parte de las Directivas en materia laboral: negociación colectiva, despidos individuales, contratación por tiempo indefinido, así como mecanismos de flexibilidad interna. De otro lado, que si bien respecto de otras materias sí que se identifica la correspondiente intervención armonizadora, su contenido se ha realizado sin afectación alguna a los estándares mínimos propios del ordenamiento laboral, a la vista de la amplitud de márgenes que ofrece a estos efectos la normativa europea: despidos colectivos, contratación temporal, trabajo a tiempo parcial. Sea debido a una u otra circunstancia, el resultado ha sido que el Tribunal europeo prácticamente ha estado ausente de protagonismo en el devenir de todas estas reformas legales en los Estados miembros de más intensa alteración de su sistema laboral.

Asimismo, correlativa y complementariamente al, cuando menos temporal, agotamiento del proceso de elaboración normativa comunitaria, se detecta la emergencia con fuerza de nuevas técnicas de actuación por parte de las instituciones comunitarias, a través de instrumentos de actuación cuya implementación e interpretación no le corresponde al Tribunal europeo. Aunque se llegue a tratar de instrumentos jurídicos, en el sentido amplio del término, su confección no es idónea para dar pie a la sucesiva intervención del Tribunal europeo.

³ STJUE 5 de febrero de 2015, asunto C-117/14, Nittahuz y Ariza.

Así, es relevante destacar la notable expansión de los instrumentos denominados de *soft law*, que al no contener prescripciones estrictas clásicas de regulación de derechos o deberes clásicos, del régimen jurídico de lo laboral de manera directa, no son reglas de Derecho propicias para la intervención del Tribunal europeo. Ello no implica que las mismas dejen de ser parte del acervo comunitario, pero o bien no se trata de normas tradicionales idóneas para ser controladas en su cumplimiento por parte de los Tribunales de justicia, incluidos entre ellos al europeo, o bien los mecanismos de exigencia de cumplimiento de sus mandatos no se articulan por la vía del control judicial del Tribunal de Justicia. En suma, en la misma medida en que la actuación de las instituciones comunitarias se orientan en mayor medida hacia mecanismos de *soft law*, en correspondencia se reduce la capacidad de protagonismo del Tribunal europeo.

Todo lo anterior no está reñido, en modo alguno, con la capacidad de influencia y de imposición política desde las instituciones comunitarias sobre el devenir de las reformas laborales de los diferentes Estados miembros. Sin embargo, lo que sucede es que los instrumentos compulsivos, de indudable capacidad impositiva, sobre los poderes estatales son de diversa naturaleza y, por tanto, ajenos a los tradicionales mecanismos judiciales. En unas ocasiones, se trata de instrumentos de incentivo económico de notable impacto, mientras que, en otras ocasiones, a la inversa, se trata de la amenaza de adopción de sanciones, igualmente económicas, de decisivo calado, como para tener un poder político indiscutible de imposición sobre los Gobiernos nacionales, que no requieren en modo alguno de instrumentos tradicionales como son los propios del poder judicial.

Complementario de todo lo anterior emerge el modo como se ha gestionado la gobernanza europea durante las fases de actuación de la crisis económica, a través de canales que han discurrido en paralelo a las instituciones europeas propiamente dichas, tal como las mismas son contempladas en los Tratados Constitutivos. En unas ocasiones se trata de una intervención directa de los Gobiernos de los Estados miembros claves en el diseño de la política económica europea los que actúan directamente sobre las concretas decisiones de los Estados periféricos, condicionando su actuación por la indiscutible influencia que tienen sobre la marcha de las propias instituciones europeas. En sentido negativo, pierden capacidad de gobernanza directa la Comisión Europea y el Presidente del Consejo, por cuanto que se produce un cierto *by pass* de los mismos, con actuación directa de los Gobiernos fuertes sobre los Estados miembros en situación más periférica y de debilidad económica en estos momentos. En otras ocasiones, se producen actuaciones de otras instituciones europeas ajenas a la Comisión, que no ostentan competencias formales de diseño de las

políticas económicas y menos de las políticas laborales, pero que progresivamente asumen un rol de superior influencia por el impacto sobre la crisis económica europea debido a la existencia de la moneda única, así como su capacidad de actuación frente a las dificultades de ciertos Estados miembros para financiar su deuda pública en el mercado. Sin entrar en pormenores, el efecto reflejo de todo ello es, una vez más, una pérdida de la centralidad de la labor normativa en lo laboral por parte de las instituciones europeas y, como derivación de ello, la pérdida de protagonismo en igual medida por parte del Tribunal europeo en la fase aplicativa de todas estas políticas europeas.

Finalmente, resulta oportuno destacar el desenlace de un importante debate jurídico, aunque lo haya sido de manera muy embrionaria, respecto de la posible novedad derivada de la incorporación al acervo comunitario del carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A estos efectos se ha propuesto una vía interesante de posible impacto aplicativo de la Carta, con una hipótesis de posible efecto directo, que permitiera su toma en consideración por parte del Tribunal europeo a los efectos de la aplicación e interpretación del derecho derivado. El debate viene zanjado con rotundidad por parte del Tribunal de Justicia, declarando que las disposiciones de la Carta, por sí solas o en conjunción con las disposiciones de una Directiva, no pueden ser invocadas en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de una disposición nacional de transposición que pudiera considerarse incompatible con el Derecho de la Unión⁴. No se puede decir en sentido estricto que esa lectura del alcance jurídico de la vinculabilidad de la Carta haya provocado un debilitamiento de la capacidad interventora por parte del Tribunal de Justicia, pero sí, cuando menos, que ha frenado una de las pocas vías de expansión de la incidencia del Tribunal sobre el ámbito de lo laboral; expansión que, en cierto modo, podría haber compensado las tendencias de debilitamiento previamente descritas, especialmente en lo que afecta a la posible incidencia práctica en la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en materia laboral.

⁴ STJUE 15 de enero de 2015, asunto C-176/12, *Association de Médiation Sociale*. Sobre la misma, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, *Relaciones Laborales* n° 10 (2014), pgs. 1 ss. S. Sciarra, *Association de médiation sociale*. El controvertido papel de los principios fundamentales de la UE y el punto de vista de la legislación laboral, *Revista de Derecho Social* n° 68 (2014), pgs. 127 ss. B. Caruso y V. Papa, Paisajes “accidentales” de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea... Y, sin embargo el topo excava, en *Relaciones Laborales* n° 10 (2014), pgs. 125 ss.

4. PANORÁMICA GENERAL DEL ÚLTIMO PERÍODO

A pesar de todas las circunstancias precedentes, merece la pena prestar atención a los pronunciamientos dictados por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el último periodo, lo que constituye precisamente el objeto del presente número monográfico de la revista y respecto a lo cual en estos momentos nos limitamos a efectuar un primer esfuerzo de encuadramiento.

Y merece la pena efectuar este balance de análisis a la vista de que, a pesar del indiscutible proceso de debilitamiento advertido, ello no supone ni mucho menos que en los últimos tiempos la actividad del Tribunal haya resultado irrelevante. Más aún, derivado de que el foco de atención en el ámbito laboral se ha orientado hacia actuaciones de mayor relevancia política y de indiscutible impacto sobre el futuro del proyecto europeo, ha venido a menos la atención a la importante labor desplegada en este tiempo por parte del Tribunal europeo. Justamente por pasar más inadvertida su actuación, merece la pena llamar la atención respecto de la misma, pues su labor ha sido continuada y especialmente intensa en lo cuantitativo, a la vista del elevado número de sentencias dictadas en los últimos años; importante número que no ha escapado a su comentario por parte de la doctrina, si bien lo haya sido en esa labor a veces poco atendida del comentario de sentencia, pero que ahora contemplada en su totalidad advierte que su presencia es constante e influyente en el conjunto del Derecho laboral europeo y singularmente por lo que afecta a la legislación laboral española.

En ese elevado número de sentencias es verdad también que no se identifica ningún cambio brusco de orientación en la jurisprudencia comunitaria, ni, salvo contadas excepciones, el abordaje de materias estrictamente novedosas, de modo que no puede afirmarse que haya grandes novedades en el último periodo de actuación por parte del Tribunal de Justicia. Pero ello no es nada sorprendente, por cuanto que viene a ser la tónica general de actuación del Tribunal desde sus inicios: una labor rigurosa y estricta de respuesta a las cuestiones concretamente planteadas, que viene a reafirmar las grandes líneas de su interpretación jurisprudencial, sin pretender provocar giros en la política laboral, que no es precisamente su cometido.

Sin embargo, a pesar de ello, no pueden minusvalorarse los fallos dictados en los últimos años. Son fallos que van progresivamente complementando los criterios que se van avanzando poco a poco, afianzándolos y, sobre todo, aplicándolos a aspectos novedosos hasta el presente no directamente abordados por el Tribunal. En estos términos, lo que de novedoso tiene toda esta doctrina del Tribunal, es que va completando su armazón jurisprudencial, sobre la base de

proceder en especial a dar respuesta a asuntos que, como tales, no se habían presentado en toda su riqueza fáctica, por mucho que dé una respuesta que continúa en la senda de criterios ya anticipados en períodos precedentes.

Procedemos a partir de aquí a destacar los que, a nuestro juicio, constituyen los pronunciamientos más relevantes a estos efectos dictados en materia laboral en los últimos años.

5. LIBERTAD DE EMPRESA Y RELACIONES LABORALES

Como hemos tenido ocasión de destacar previamente, uno de los hilos conductores de influencia del Derecho de la Unión general sobre las relaciones laborales es aquel que refiere a la centralidad del reconocimiento de la libertad de empresa dentro del ordenamiento de la Unión, con particular incidencia de lo que comporta la misma sobre la libre concurrencia mercantil⁵.

En esta materia, el Tribunal ha sido estricto en lo que constituye un pilar central del proyecto europeo, evitando formulas directas o indirectas de actuación monopolística o de restricción de la concurrencia empresarial en lo que afecta al mercado de trabajo.

Cuatro pronunciamientos cabe destacar en esta vertiente en el último año.

En primer lugar y ante todo, el relativo a la condena a España por la pervivencia de un modelo en los puertos de interés general, en la actividad de estiba y desestiba, que condiciona por partida doble a las empresas armadoras y marina mercante. La condena es doble por cuanto que se considera que el régimen jurídico en España en este ámbito resulta contrario al art. 49 del Tratado de Funcionamiento (libertad de establecimiento) al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base perma-

⁵ Con más detalle el trabajo en este mismo número monográfico, J. M. Gómez Muñoz, Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo.

nente, por otro lado⁶. Se trata de una cuestión tradicional, que ha afectado a diversos Estados miembros, muchos de ellos con regulaciones especiales que ordenan de manera limitativa el funcionamiento de los puertos comerciales desde el punto de vista empresarial, que han determinado ya precedentes pronunciamientos del Tribunal. En esta ocasión la sentencia aborda de manera directa la situación en España, con un pronunciamiento que es plenamente coherente con el principio general de libre concurrencia mercantil propio de la Unión Europea y que, por tanto, no podía ser sino condenatorio respecto del modelo español. A resultas de ello, nuestra legislación en esta materia tendrá que ser necesariamente modificada, en orden a permitir una más amplia libertad de contratación laboral y mercantil por parte de armadores y empresas de estiba y desestiba, con directa afectación a la relación laboral especial establecida entre nosotros. Eso sí, debe advertirse que la concreta modificación legal puede efectuarse con un contenido alternativo que puede ser variado, que no implica necesariamente la desaparición de la relación laboral especial y en la que puede tener un importante juego la indicación de la sentencia relativa a que podrían buscarse fórmulas menos limitativas de la libertad de empresa, pero sobre la aceptación implícita de que los puertos de interés general podrían someterse a un régimen singular, diferenciado del resto de la concurrencia mercantil en otros sectores económicos.

La segunda de las sentencias se refiere a la posible incompatibilidad del establecimiento de honorarios mínimos de profesionales autónomos a través de convenios colectivos con el principio de libre concurrencia. La sentencia tenía un importante antecedente en el asunto Albany de 1999, donde ya había afirmado que los objetivos de política social perseguidos por los convenios colectivos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento sobre la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre concurrencia empresarial⁷. Ahora, el Tribunal viene a precisar de manera complementaria el pronunciamiento parcialmente inverso respecto de los trabajadores autónomos, al analizar un convenio

⁶ STJUE 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13. Sobre el mismo, M Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE y el régimen español de trabajo portuario, en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales* n° 1 (2015), pgs. 19 ss. J. Cabeza Pereiro, Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo, en *Diario La Ley* 2021/2015. A. Esteve Segarra, Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuarios, en *Diario La Ley* 4686/2015.

⁷ STJUE 21 de septiembre de 1999, asunto c-67/96.

colectivo en los países bajos que regulaba las retribuciones mínimas de músicos contratados tanto como asalariados como formalmente en régimen de autónomos. La sentencia concluye que los convenios colectivos cuando regulan el régimen retributivo de los trabajadores autónomos sí contradicen el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento relativo a la libre concurrencia. El importante matiz de la sentencia es que remite al correspondiente órgano judicial nacional la comprobación de si en el caso concreto se trata de un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de los trabajadores asalariados, pues el Tribunal considera que a tales “falsos autónomos” se le puede dar el mismo tratamiento que a los trabajadores asalariados y, por tanto, también se daría validez a sus acuerdos colectivos, que no contradirían el Derecho de la Unión⁸.

Este asunto puede tener su repercusión sobre la realidad en nuestro ordenamiento, especialmente por lo que afecta a los acuerdos de interés profesional que conforme al Estatuto del Trabajo Autónomo (art. 13) pueden celebrar los trabajadores autónomos económicamente dependientes. A estos efectos debe destacarse que el Tribunal proporciona una noción bastante amplia de la categoría de los “falsos autónomos”, no considerándola exclusivamente relacionada con conductas fraudulentas o ilícitas de contratación como autónomos de quienes reúnen los elementos habituales propios de los trabajadores asalariados, comenzando ante todo por la situación de subordinación jurídica. Conceptúa a tales “falsos autónomos” de modo mucho más amplio, refiriéndose a aquel “prestador que se encuentra en una situación comparable a la de los trabajadores”, se entiende de los trabajadores en régimen de subordinación. Esa situación comparable puede entenderse en el sentido de dependencia económica tal como es concebida por la normativa española, lo que daría pie a la admisibilidad de la compatibilidad de los acuerdos de interés profesional con el referido principio de libre concurrencia del Derecho de la Unión. Aparte de ello, existirían elementos singulares de la regulación española, que comportan un régimen jurídico bien diferenciado de los convenios colectivos para los trabajadores asalariados, que reforzarían esta compatibilidad en los que no podemos entrar, pero que apuntamos someramente: la condición de acuerdos de empresa, su eficacia limitada, la expresa declaración de que los mismos han de respetar los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia.

⁸ STJUE 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media. V. J. Cabeza Pereiro, Derecho de la competencia..., op.cit.

La tercera de las sentencias también se refiere a un proceso de negociación colectiva, ahora con afectación a trabajadores asalariados, si bien se trate de un supuesto bien singular, como es el relativo a trabajadores embarcados en buques mercantes que efectúen transportes de mercancías entre distintos Estados miembros de la Unión, con implicación. por añadidura. con medidas de conflicto colectivo que provocan el bloqueo de la estiba y desestiba de las mercancías. Este asunto tiene un importante antecedente en la bien conocida sentencia del asunto Viking Line, donde se consideró que podía ser contrario a la libertad de establecimiento la adopción de medidas de conflictos colectivos dirigidas a presionar para la firma de un convenio colectivo de los tripulantes de una embarcación de marina mercante entre diversos Estados miembros⁹. En la sentencia más reciente que traemos a colación ahora se da un supuesto bastante similar al anterior, por lo que la jurisprudencia en gran medida reitera los criterios de la ya clásica Viking Line. No obstante, en esta reciente aparece un aspecto novedoso, digno de remarcar, consistente en que en esta ocasión el armador actúa a través de una típica bandera de conveniencia registrada en un Estado extracomunitario, a pesar de estar establecido en Noruega que, como integrante del espacio económico europeo, se somete al ordenamiento comunitario tanto en materia de libertad de establecimiento y circulación como de la normativa europea sobre política social. Pues bien, lo novedoso que plantea esta norma es si a estos efectos las reglas sobre libertad de establecimiento son aplicables a un prestador de servicios como es este armador en el que se da la dualidad de bandera de conveniencia por un lado y de actuar como establecido en un país como Noruega. Para la sentencia prima lo segundo, la actuación desde Noruega, con lo cual le reconoce el derecho a la libre prestación de servicios conforme al Derecho de la Unión y, por tanto, viene a dictar una sentencia en consonancia con el precedente clásico¹⁰. Lo más sorprendente de la sentencia, que puede ser el aspecto que merecería mayor crítica, reside en el hecho de que el Tribunal no efectúa ninguna valoración del efecto negativo que pueden presentar estas prácticas relativas al uso de las banderas de conveniencia sobre el desarrollo de la libre competencia mercantil, lo que posiblemente le hubiese llevado a una conclusión diversa en este caso. En particular, no se toma en consideración que con esta sentencia el resultado práctico es que este tipo de empresas que utilizan las banderas de conveniencia se benefician de su condición de extracomunitarios a los efectos de poder eludir la aplicación de las cargas y obligaciones derivadas de la normativa europea en materia laboral, al propio tiempo que igualmente se

⁹ STJUE 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05.

¹⁰ STJUE 8 de julio de 2014, asunto C-83/13, Fonnship.

benefician de su condición de comunitarias a efectos de poder disfrutar de las ventajas derivadas de la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios garantizadas por el Derecho de la Unión. Ese doble juego de beneficios desemboca en un evidente resultado de dumping mercantil, que no debería haber pasado inadvertido al Tribunal.

La última de las sentencias identificadas dentro de este bloque viene a confirmar el ya clásico asunto Ruffert, sobre la imposibilidad de imposición indirecta de los salarios mínimos pactados en los convenios colectivos por la vía de su incorporación a los requisitos derivados de los pliegos de concurso a contrataciones públicas¹¹. La nueva sentencia ahora dictada resulta prácticamente idéntica en un caso que afecta igualmente al tratamiento por parte de la Administración de la ciudad de Dortmund (Alemania), ahora exigiendo a los subcontratistas de los licitadores el pago del salario mínimo previsto por una normativa del Land al que pertenece la entidad adjudicataria, aun cuando el subcontratista afectado se encontraba establecido en otro Estado miembro y todas las prestaciones relativas a la ejecución del referido contrato se realizaban en ese otro Estado miembro, si bien con la peculiaridad de que el contratista licitador procede a realizar la totalidad de la adjudicación con trabajadores de la subcontratista. La sentencia sigue en todos sus elementos a la ya pronunciada en el asunto Ruffert, considerando que la exigencia de la Administración municipal es contraria al art. 56 del Tratado de Funcionamiento al prohibir las restricciones contrarias a la libre prestación de servicios dentro de la Unión¹².

6. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NORMATIVA LABORAL: CONCEPTO DE TRABAJADOR

Una de las singularidades del Derecho de la Unión en materia laboral, derivada de la técnica normativa empleada, consiste en la ausencia, cuando menos formal, de un concepto comunitario de trabajador, en sentido de que no existe una delimitación general y común de qué haya de entenderse por trabajador sometido a la normativa laboral de la Unión; para ser más precisos, no existe una identificación de los rasgos definitorios del tipo de relaciones laborales a las que se aplica el acervo normativo comunitario en materia laboral. Más aún, en la mayoría de las ocasiones las Directivas proceden directamente a regular la

¹¹ STJUE 3 de abril de 2008, asunto C-346/06.

¹² STJUE 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, Bundesdruckerei.

materia objeto de la misma, aplicable a las relaciones laborales, pero sin contener definición precisa de cuáles son esas concretas relaciones laborales a las que se les aplica la Directiva en cuestión o, más ampliamente, el conjunto de las Directivas de armonización de la política social de los Estados miembros. En muchas ocasiones ello se remite al concepto que pueda regir en la legislación laboral de cada uno de los Estados miembros, de lo que deriva que el Tribunal europeo en un primer momento llegó a considerar que no existe un concepto comunitario de trabajador.

No obstante, progresivamente, ha tenido que ser corregido en gran medida. De un lado, porque también acaban identificándose algunas Directivas que sí contienen algunas precisiones al respecto, como sucede, a título de ejemplo, con la Directiva marco sobre seguridad y salud en el trabajo¹³; y, sobre todo, porque aceptar en toda su virtualidad que no existe un concepto comunitario de trabajador a efectos de aplicación del Derecho de la Unión plantea dos importantes contradicciones. De un lado, porque la ausencia de un concepto comunitario debilita enormemente la efectividad de los objetivos armonizadores en materia laboral, pues ello puede desembocar en la existencia de un concepto diferenciado de trabajador en cada uno de los Estados miembros y, por tanto, a una aplicación subjetivamente diferenciada de las Directivas en cada uno de ellos. De otro lado, porque la remisión al legislador nacional de la definición de trabajador comportaría dejar en manos de cada Estado miembro la decisión del cumplimiento más o menos amplio de los mandatos contenidos en las correspondientes Directivas, con el fácil expediente de limitar notablemente sus destinatarios en el momento de definir el concepto de trabajador.

A mayor abundamiento, con el paso del tiempo, esta cuestión se ha ido haciendo cada vez más compleja, a la vista de la evolución que está teniendo la legislación laboral en algunos países, donde las denominadas zonas fronterizas entre la misma y actividades calificadas formalmente como diferenciadas del trabajo asalariado tradicional van en aumento. Ya no se trata exclusivamente de la típica diferenciación entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, sino que las zonas fronterizas afectan a actividades más diversas que comportan vínculos variados con las empresas.

Por todo ello, el propio Tribunal europeo ha tenido la oportunidad de ir precisando el alcance subjetivo de las diferentes Directivas, de modo que ello,

¹³ Art. 3 Directiva 89/391, de 12 de junio.

por vía indirecta, puede ir propiciando el asentamiento de un concepto más o menos preciso del trabajador como sujeto destinatario de las prescripciones contenidas en las mismas. Es cierto que debe tenerse cuidado en no efectuar una automática generalización de los criterios derivados de las sentencias del Tribunal europeo al respecto, por cuanto que las mismas, en sentido estricto, vienen referidas a las concretas Directivas objeto de aplicación en cada caso. Dicho en sentido negativo, sólo en casos precisos cabe una aplicación generalizada al conjunto de las Directivas en materia laboral. A partir de esta premisa, y de forma muy sucinta, cabe enumerar los pronunciamientos más destacados en los últimos tiempos al respecto.

Así, uno de los asuntos tratados recientemente es el relativo a personas que se incorporan a las empresas con el objetivo de su inserción social para evitar situaciones de exclusión. El caso concreto se refiere a personas discapacitadas, con intensas dificultades de inserción laboral, que realizan actividades laborales en las empresas. El caso en cuestión de la sentencia que traemos a colación se refiere al reconocimiento del derecho a vacaciones establecido en la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo, que, precisamente, es de las que no contempla una definición explícita de los trabajadores a los que se les aplica la misma, más allá de precisar que se aplica a todos los sectores, públicos y privados¹⁴. Ya en el pasado se afirmó respecto de esta Directiva que el concepto de «trabajador» no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión¹⁵. Añadirá, además, esta última sentencia que se ha de considerar «trabajador» a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. La característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución. Por ejemplo, se considerará que el hecho de que para la normativa nacional se excluya la aplicación de la legislación laboral común no es motivo para presumir que no tiene la condición de trabajador.

¹⁴ Art. 1.3 Directiva 2003/88, de 4 de noviembre (DOUE 18 de noviembre). Más ampliamente sobre la jurisprudencia europea reciente en materia de vacaciones, el trabajo del presente número monográfico, J. Gorelli Hernández, El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación sobre vacaciones.

¹⁵ STJUE 14 de octubre de 2010, asunto C-428-09, Union syndicale Solidaires Isère.

Lo relevante del concreto caso es que en una sentencia precedente relativa a una persona incorporada a un centro de inserción por toxicología fue excluida del tratamiento como trabajador, a la vista de que se entendía que el objetivo de esa inserción era, ante todo, de inserción social mediante el trabajo y, por tanto, donde no existía actividad económica real y efectiva y, por tanto, la labor ejecutada era ajena a una finalidad productiva¹⁶. Por el contrario, en este caso, se valora que la situación era diversa, lo que determina un fallo de signo contrario, declarando que sí debe considerarse como un trabajador, a la vista de que sí que existía una finalidad productiva, por elevada que fuese la discapacidad del trabajador y reducida la productividad laboral del mismo, pues lo decisivo es que la inserción era también con fines laborales¹⁷.

La segunda de las sentencias a traer a colación se refiere al concepto de trabajador a efectos de la aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos, que se trata de la típica Directiva que no contempla de manera expresa una definición de los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, si bien su concepto es clave a los efectos de la determinación del umbral cuantitativo de trabajadores a partir del cual las empresas deben someterse al procedimiento de despidos colectivos¹⁸. Pues bien, la sentencia en cuestión viene a resolver la inclusión dentro del concepto de trabajador a dos importantes supuestos¹⁹.

De un lado, atribuye la condición de trabajador a un miembro de la dirección de una sociedad de capital, tomando en consideración que esta persona 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.

De otro lado, también incluye dentro del concepto de trabajador a 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.

¹⁶ STJUE 31 de mayo de 1989, asunto C-344/87, *Betray*.

¹⁷ STJUE 26 de marzo de 2015, asunto C-316/13, *Fenoll. E. Garrido Pérez*, La extensión del concepto de trabajador a personas con discapacidad acogidas en centros de atención social y ocupacional, *Trabajo y Derecho* 7-8 (2015).

¹⁸ Directiva 98/59, de 20 de julio (DOUE 12 de agosto).

¹⁹ STJUE 9 de julio de 2015, asunto C-229/14, *Balkaya y Abbruch*.

7. LA TUTELA FRENTE A CONDUCTAS ANTIDISCRIMINATORIAS

La tutela antidiscriminatoria constituye uno de los ámbitos que, aunque incorporado al acervo normativo comunitario desde hace ya algunos años, sigue deparando importantes intervenciones por parte del Tribunal europeo, constituyendo uno de los ámbitos de mayor incidencia en la actualidad sobre una concepción de dignificación del trabajo en la empresa, como instrumento decisivo de garantía y efectividad de los derechos fundamentales en lo laboral²⁰.

Uno de los frenos a esa expansión deriva de que las causas de discriminación en el Derecho de la Unión son tasadas para supuestos individualizados, sin que se recoja una cláusula general como suele resultar habitual en los textos constitucionales nacionales, como es el caso de nuestra Constitución con esa apelación genérica a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Ello determina que la posible emergencia de circunstancias nuevas posibles determinantes de un tratamiento discriminatorio, sólo pueden tener acogida en la medida en que sean reconducibles a algunas de las causas expresamente incorporadas al Derecho de la Unión. Así ha sucedido con el debate en torno a la posible consideración como discriminatorios de los tratamientos por razón de la enfermedad del trabajador²¹ y, más recientemente, con el idéntico posible tratamiento discriminatorio por razón de la obesidad²², en ambos casos comprobando en qué medida tales circunstancias son reconducibles a la discriminación por razón de discapacidad recogida, ésta sí, en una Directiva específica²³. La primera de las sentencias declarará que dentro del concepto de discapacidad se ha de incluir “una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limita-

²⁰ Una perspectiva más completa en el trabajo de este mismo número monográfico, F. Navarro Nieto, El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria.

²¹ STJUE 11 de abril de 2013, asunto C-335/11, Ring. Sobre la misma, comentario en este mismo número monográfico de C. Molina Navarrete, Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “caso Ring”. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Despido por enfermedad y discriminación, en *Relaciones Laborales 2008 (II)*, pgs. 61 ss. A.V. Sempere Navarro, Discriminación laboral por enfermedad, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 866 (2013). J. Escribano Gutiérrez, Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria, en *Relaciones Laborales 2007 (I)*, pgs. 1150 ss.

²² STJUE 18 de diciembre de 2014, asunto C-314/13, FOA y KL. P. Rivas, ¿La obesidad como causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?, en *IUSLabor 1/2015*, pgs. 25 y ss.

²³ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

ción, 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”. En términos complementarios a la precedente y con una orientación interpretativa similar, la segunda de las sentencias establece que el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación; no obstante ello, considera que “la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

De otra parte, aunque la Directiva de referencia sí que contempla la edad como una causa de discriminación, lo hace con ciertos matices, dado que no toda diferencia de trato basada en la edad comporta de por sí un tratamiento discriminatorio. La propia Directiva declara expresamente que los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están 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, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. En particular, dichas diferencias de trato pueden incluir las siguientes diferencias de tratamiento: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación (art. 6).

Ello ha dado lugar a la previsión de importantes matices en la jurisprudencia del Tribunal europeo respecto de singulares situaciones de diferenciación de trato por razón de la edad. Así, a título de ejemplo, recientemente ha considerado como discriminatoria por razón de la edad la fijación en 30 años de la edad máxima para acceder a una plaza de agente local en un municipio español, consi-

derando en particular que ello no queda justificado por las situaciones admitidas en las Directivas, pues ni los requisitos de formación del puesto ni el plazo de actividad razonable previo a la jubilación justifican poner el límite en los 30 años de edad²⁴. También merece la pena considerar una compleja sentencia que de manera simplificada viene a considerar igualmente discriminatorio establecer a efectos de méritos para la promoción profesional una ponderación negativa de los períodos de ejercicio profesional anteriores a los 18 años en términos comparativos respecto de los posteriores²⁵. Por el contrario, aunque no se trate estrictamente de una diferencia por razón de edad, pero que en el litigio de referencia sí que se analiza desde la perspectiva de la edad como criterio diferenciador, se ha declarado conforme al Derecho de la Unión y, por tanto, no discriminatorio, excluir a un trabajador del Derecho a la indemnización por despido previsto con carácter general cuando dicho trabajador tiene la edad y demás requisito que dan acceso al reconocimiento de la pensión de jubilación²⁶.

8. LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL

Las diversas modalidades de contratación temporal han sido objeto de atención por parte del Derecho de la Unión, en la medida en que ha preocupado que pudieran ser una fórmula que provocase injustificadas dualidades o segmentaciones del mercado de trabajo, por lo que se han afrontado en gran medida, aunque no exclusivamente, desde la perspectiva de los riesgos potenciales de que ello pudiera comportar tratamientos discriminatorios entre diferentes grupos de trabajadores por razón del tipo de contrato a través del cual se vinculan con la empresa. Tan es así, que hilo conductor común a todas las Directivas en cuestión, con engarce significativo a la vertiente relacionada en el apartado precedente, es el establecimiento de un principio general de prohibición de tratamiento discriminatorio entre los trabajadores contratados por medio de modalidades específicas respecto de los que se someten al régimen de contratación laboral común. Son de obligada mención al respecto las Directivas relativas a los

²⁴ STJUE 13 de noviembre de 2014, asunto C-416/13, Vital Pérez. Sobre la misma, O. Fernández Márquez, Principio de no discriminación y edades máximas de acceso al trabajo, La Ley Unión Europea, nº 24, Marzo 2015.

²⁵ STJUE 11 de noviembre de 2014, asunto C-530/13, Schmitzer; 28 de enero de 2015, asunto 417/13, OBB Personenverkehr.

²⁶ STJUE 26 de febrero de 2015, asunto-515/13, Ingeniørforeningen i Danmark y Tekniq.

contratos de duración determinada²⁷, a los trabajadores a tiempo parcial²⁸, así como a los contratados a través de empresas de trabajo temporal²⁹.

La aprobación de estas Directivas ha dado pie a una significativa intervención interpretativa por parte del Tribunal europeo, que en el último período ha permitido abordar cuestiones de notable trascendencia. Aunque los más de los pronunciamientos se refieren a la realidad normativa de otros países, los asuntos tratados presentan una palpable similitud con algunos aspectos de interpretación discutida por lo que afecta al ordenamiento español.

Por lo que afecta a la Directiva sobre contratación temporal³⁰, y respecto de las que sí abordan de manera directa situaciones planteadas en España, ante todo cuando nos referimos a la ausencia de intervención del Tribunal respecto de las últimas reformas laborales de los Estados miembros con ocasión de la última crisis económica ya hemos tenido ocasión de mencionar la sentencia relativa al análisis del contraste entre la misma y el régimen de período de prueba de un año establecido para la modalidad contractual de contratación indefinida para empresas de menos de 50 trabajadores. Como ya indicamos, el Tribunal no entra en el fondo del asunto, por cuanto que entiende que carece de competencia para analizar esta modalidad contractual, a la vista de que se trata de un contrato por tiempo indefinido y la Directiva en cuestión sólo tiene por objeto la contratación de duración determinada³¹. No cabe la menor duda de que desde la perspectiva formal el razonamiento de la sentencia es impecable, dado que efectivamente ni el Derecho de la Unión ha previsto nada en relación con la institución del período de prueba ni tampoco ha abordado el régimen del contrato por tiempo indefinido. Sin embargo, también podría haberse adoptado una perspectiva menos formalista, orientándose más hacia una perspectiva material de identificación de la situación en la que se encuentra el trabajador que viene a ser contratado con un período de prueba. En gran medida, esta falta de superación del

²⁷ Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio (DOCE de 10 de julio), relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada.

²⁸ Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997 (DOCE de 20 de enero de 1998), relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

²⁹ Directiva 2008/104, de 19 de noviembre (DOUE 5 de diciembre), relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

³⁰ Con carácter más amplio nos remitimos al trabajo publicado en este mismo número monográfico, M. N. Moreno Vida, La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³¹ STJUE 5 de febrero de 2015, asunto C-117/14, Nittahuz y Ariza.

factor formalista deriva de una diferenciación, a mi juicio errónea, en la doctrina entre flexibilidad de entrada y flexibilidad de salida, por cuanto que la primera de ellas (habitualmente conectada con la contratación temporal) realmente no es sino una manifestación más de la flexibilidad de salida, en la medida en que lo que caracteriza al contrato temporal es la introducción por vía de pacto entre las partes de una causa adicional a la legal general de extinción del contrato de trabajo por llegada del término o cumplimiento de la condición resolutoria³². Tal comprensión del fenómeno, entre otras cosas, permitiría conectar todo el régimen de pactos contractuales relativos a la extinción del contrato (temporales y período de prueba entre ellos) con el reconocimiento en la Carta de derechos fundamentales del derecho a la tutela frente al despido injustificado (art. 30). Y si se aborda por parte del Derecho de la Unión la contratación temporal lo es precisamente a tenor de la situación de mayor inestabilidad contractual que se presenta en estas situaciones, finalidad relevante en el texto de dicha Directiva. Pues bien, de aceptarse dicha premisa, diríamos que también sería oportuno trascender la formalidad jurídica para constatar que durante la fase inicial del período de prueba, aunque se trate de un contrato por tiempo indefinido, el trabajador se encuentra en situación asimilada a la propia de un contrato de duración temporal; más aún, si se quiere ser más precisos, en una situación contractual de inestabilidad contractual aún más acusada que la propia de un contrato temporal. Diferente sería que, incluso superándose ese primer escollo, aceptando que durante el período de prueba el trabajador se encuentra como si mantuviese un contrato temporal, sucesivamente nos encontremos que la Directiva en cuestión tampoco da respuesta al problema presentado por este régimen de inestabilidad contractual acentuado a resultas de un período de prueba excesivo.

Otro asunto de reciente análisis por parte del Tribunal europeo, ahora sí con estricta afectación a la Directiva sobre contratación temporal, se refiere a las diferencias de tratamiento económico de los trabajadores temporales respecto de los indefinidos. En concreto, el Tribunal ha declarado que es contrario al Derecho de la Unión el no reconocimiento de complementos retributivos por antigüedad a los trabajadores por el mero hecho de estar contratados como personal eventual al servicio de las Administraciones Públicas en comparación con los funcionarios de carrera, naturalmente sobre la precisión de que ello es así cuando ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones compara-

³² De forma más precisa, J. Cruz Villalón, Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012, Relaciones Laborales nº 23-24 (2012), pg. 123.

bles³³. Conectándolo también con el apartado ya analizado relacionado con el concepto de trabajador, la sentencia reitera la doctrina ya asentada respecto de la consideración de que la Directiva en cuestión incluye en su ámbito de aplicación también a los trabajadores del sector público y, por tanto, independientemente de la calificación que en el Derecho interno merezca la relación profesional que une a las partes, lo que le lleva a incluir también en su ámbito a quienes tengan la condición de funcionarios públicos, en este caso, funcionarios eventuales. En definitiva, al final lo relevante es que el vínculo entre las partes sea de carácter temporal, siendo por ello irrelevante la razón que determina al legislador a darle el tratamiento de temporal. Por tanto, en la misma línea, entenderá el Tribunal que estas circunstancias que determinan la temporalidad y, por tanto, la diferencia de tratamiento en cuanto a la vigencia del vínculo respecto de los funcionarios de carrera, como tal, no puede entenderse como una justificación objetiva y razonable para fundamentar la negación de los complementos salariales por antigüedad a estos empleados comparativamente con los que mantienen un vínculo de carácter indefinido.

Dignas de mención son otras sentencias recientes que, aunque referidas a otros ordenamientos nacionales, pueden tener un impacto relevante entre nosotros. Así, manteniéndonos en el ámbito de la Directiva sobre contratación temporal, nos encontramos con algún pronunciamiento relacionado con el uso abusivo del encadenamiento de contratos temporales, fenómeno abordado por la Directiva, contemplando la posibilidad de que en algunas circunstancias la legislación nacional prevea la conversión en indefinida de contrataciones temporales sucesivas (cláusula 5), regla que, como es sabido, ha sido contemplada en nuestro ordenamiento interno (art. 15.5 ET). Pues bien, la sentencia más reciente al respecto viene a declarar que la Directiva es contraria a la posibilidad de que una normativa nacional autorice, a la espera de que concluyan los procesos selectivos para la contratación del titular en la Administración Pública italiana, la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para cubrir plazas vacantes, sin indicar plazos concretos para la conclusión de estos procesos selectivos y excluyendo toda posibilidad para este personal de obtener la indemnización del perjuicio sufrido, en su caso, como consecuencia de tal renovación. A tal efecto la sentencia destaca que en estos casos parece que no concurren criterios objetivos y transparentes para verificar si la renovación de dichos contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el obje-

³³ STJUE 9 de julio de 2015, asunto C-177/14, Regojo Dans.

tivo perseguido y si resulta indispensable al efecto y, por otra parte, no prevé ninguna otra medida dirigida a prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada³⁴.

El pronunciamiento del Tribunal europeo, a mi juicio, tiene bastante significación contemplado desde la realidad española, en la medida en que hay fuertes similitudes del caso con la nuestra. También entre nosotros se produce un extenso uso de la cobertura provisional de vacantes en la Administración Pública, particularmente en fórmula similar al caso en la educación pública; también, en ocasiones, la fórmula empleada es una interinidad por curso académico de modo que tiende a existir en muchos empleados situaciones de contratación sucesiva, año tras año; también entre nosotros se contempla un régimen singular de sustitución por vacante para el empleo público, sin límite temporal en la convocatoria de la plaza del titular definitivo, por tanto, sin límite en la duración temporal del vínculo; también entre nosotros se excluyen estos supuestos del régimen de la conversión en indefinidos por quedar fuera de la regla los contratos temporales por interinidad. Si acaso, como elemento diferencial con el sistema italiano, entre nosotros existe la situación peculiar de los indefinidos no fijos que cubriría algunos de estos supuestos, aunque no todos, de modo que en tales casos sí que se contempla un régimen sancionatorio para prevenir algunas de tales situaciones de posible utilización abusiva del encadenamiento de contratos temporales. Eso sí, incluso con ese elemento diferencial que da respuesta sancionadora, no existente en el régimen italiano, también habría que tener en cuenta que, de un lado, esa respuesta es sólo parcial pues deja fuera a los contratados interinos y, por otra parte, se demuestra que el régimen sancionador establecido en nuestro ordenamiento no es eficaz a los efectos de conjurar este tipo de prácticas abusivas en la Administración Pública.

Otro asunto de particular interés afecta a la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial, en concreto respecto de la transformación de estos contratos en a tiempo completo. Como es bien sabido, la Directiva en cuestión, entre otros contenidos, gira en torno al principio de voluntariedad, que implica, entre otras cosas, el consentimiento del trabajador para las transformaciones contractuales. En concreto, se prevé que el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de

³⁴ STJUE 26 de noviembre de 2014, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros.

realizar despidos (cláusula 5.1). Voluntariedad en la transformación que se encuentra expresamente recogida en la legislación española (art. 12.2 ET).

En esta concreta sentencia, la Administración Pública, en el marco de una reorganización de sus servicios, procedió a transformar en a tiempo completo a una trabajadora que prestaba servicios a tiempo parcial, oponiéndose ésta a tal conversión. Frente a ello, el Tribunal europeo ha considerado conforme a la Directiva la transformación unilateral del contrato³⁵. En todo caso, el supuesto es bastante singular por las circunstancias concurrentes en el caso, que hace poco aconsejable deducir de ello que el principio de voluntariedad de la Directiva permite en todo caso la conversión de contratos a tiempo parcial en a tiempo completo por decisión unilateral del empleador. La sentencia se encarga de afrontar el asunto desde la perspectiva específica del caso, sin formular consideraciones generales respecto de la voluntariedad y la transformación unilateral. Por ejemplo, no debe pasar inadvertido que la sentencia analiza las causas justificativas que determinan a la empresa a adoptar la medida de transformación, que es una conversión que, en principio, beneficia al trabajador por ser de parcial a tiempo completo y que no se demuestran circunstancias dignas de atención familiares o profesionales que justifiquen la oposición de la trabajadora. Eso sí, la sentencia, ahora sí en una a modo de declaración de carácter general, sí que afirma con contundencia que la cláusula de la Directiva antes mencionada, a juicio del Tribunal, no supedita al acuerdo del trabajador la transformación contractual de tiempo parcial a tiempo completo, pues considera que tal regla sólo pretende impedir que la negativa del trabajador se convierta en el único motivo de su despido a falta de otros motivos objetivos.

Por último, es oportuno traer a colación una sentencia relativa a la aplicación de la Directiva sobre empresas de trabajo temporal, en la que se aborda el control de las posibles restricciones que un Estado miembro pudiera establecer en relación con la actividad de puesta a disposición. En esta materia, la Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal, exigiendo en tal caso que tales exclusiones se encuentren justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar

³⁵ STJUE 15 de octubre de 2014, asunto C-2211/13, Mascellani.

el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos (art. 4.1).

Para entender en toda su extensión el caso en cuestión debe aclararse que en el Estado miembro en cuestión, Finlandia, la legislación nacional no contiene ninguna disposición relativa a prohibiciones o restricciones en materia de cesión temporal a través de empresas de trabajo temporal, afirmando que la Directiva a lo que obliga al Estado miembro es a que analice si considera oportuno revisar la legislación precedente, al efecto de introducir este tipo de restricciones por razones de interés general, pero dejando claro que la Directiva no obliga a modificar la legislación nacional e introducir tales restricciones; con el resultado, en consecuencia, de que si no las introduce, no cabe control judicial del que derive el establecimiento de restricciones por razones de interés general. A tal efecto, en el caso se hace apelación a un convenio colectivo que introduce limitaciones a la cesión vía empresas de trabajo temporal, con previsión de una sanción pecuniaria a la empresa usuaria en caso de infracción de lo previsto en dicho convenio colectivo. En estos términos, el asunto descansa en que, como consecuencia de una infracción del convenio, el sindicato reclama en vía judicial la condena pecuniaria antes referida. El Tribunal entiende que dicha norma convencional no se refiere ni a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal ni a las exigencias de estos últimos en materia de salud y seguridad en el trabajo. Para el Tribunal tampoco garantiza el funcionamiento fluido del mercado de trabajo ni impide las prácticas abusivas. Por otra parte, a juicio del mismo Tribunal, la citada disposición conlleva prohibiciones y restricciones que privan a los empresarios de la posibilidad de elegir las mejores formas de contratar trabajadores para sus actividades y limita la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal ofrezcan sus servicios a las demás empresas.

Pues bien, la sentencia en cuestión es esencialmente de declaración de incompetencia para entrar en la actuación que hagan los órganos jurisdiccionales en esta materia. Así, de un lado, afirma que la previsión del artículo de la Directiva antes referido sólo se dirige a las autoridades competentes de los Estados miembros, imponiéndoles sólo una obligación de revisión al objeto de cerciorarse del carácter justificado de las posibles prohibiciones y restricciones relativas al recurso al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, pero, insistentemente, dejando claro que la Directiva no obliga a modificar la legislación nacional e introducir tales restricciones. De otro lado, en correspondencia con lo anterior, afirma que la Directiva en este punto no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de no aplicar cualquier disposición de Derecho nacional que conlleve prohibiciones o restricciones relativas al recurso a la

cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal que no estén justificadas por razones de interés general³⁶.

Si alguna crítica se le puede formular a la sentencia en cuestión es que en la misma se echan en falta algunas expresas consideraciones respecto de la posibilidad y el alcance de que los convenios colectivos puedan entrar a establecer restricciones de este tipo. A nuestro juicio hubiera sido oportuno entrar a dilucidar dos cuestiones al respecto. De un lado, considerar que alcance tiene la previsión en la propia Directiva respecto de la posibilidad de que los Estados miembros velarán por que los interlocutores sociales apliquen las disposiciones necesarias por medio de un acuerdo (art. 11). Es decir, preguntarse hasta qué punto el convenio que introdujo tales restricciones estaba por propia iniciativa procediendo a trasponer la Directiva, especialmente cuando es bien sabido que en los países nórdicos como Finlandia hay larga tradición de que así se haga; o bien considerar que la negociación colectiva no puede acometer tal tarea de transposición si los poderes normativos públicos del correspondiente país no les autorizan expresamente a ello. De otro lado, que, incluso en la hipótesis de que el referido convenio colectivo estuviese procediendo a la transposición de la Directiva, existen cierto tipo de materias que, por razón de su naturaleza o contenido sólo es posible que sea objeto de transposición a través del poder legislativo público de los Estados miembros; en particular, hasta qué punto cuando la Directiva sólo admite la introducción de restricciones a la cesión temporal por las empresas de trabajo temporal cuando concurren “razones de interés general”, tales razones sólo son apreciables y determinables por el poder público y en ningún caso por razón de los intereses en juego por parte de la negociación colectiva.

9. REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

Uno de los ámbitos sobre los que ha actuado desde el inicio la política de armonización legislativa en materia laboral ha sido el relativo a la gestión de las reestructuraciones empresariales, manteniendo la intervención comunitaria un palpable protagonismo durante todas estas décadas hasta la actualidad. El trián-

³⁶ STJUE 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, AKT Auto-ja Kuljetusalan. Sobre la misma, M. Llano Sánchez, Prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal, La Ley Unión Europea nº 27, Junio 2015.

gulo de Directivas clásicas en la materia, por tanto, sigue siendo de plena actualidad: despidos colectivos³⁷, transmisión de empresas³⁸ y tutela frente a situaciones de insolvencia³⁹. La actuación por parte del Tribunal europeo en la interpretación de estas tres Directivas es enorme y ha tenido un intenso impacto entre nosotros, motivo por el que nos vamos a limitar a describir sucintamente las sentencias dictadas en el último año, especialmente aquellas que pueden tener mayor relevancia desde la perspectiva de la transposición al ordenamiento interno español⁴⁰.

Respecto de los procedimientos de despido colectivo, aparte de la sentencia ya mencionada en relación al tipo de trabajadores (directivos y en formación) incluidos a los efectos del cálculo del umbral cuantitativo que determina el sometimiento a las prescripciones de la Directiva (asunto *Balkaya*), se ha resuelto definitivamente el asunto durante tiempo discutido respecto del ámbito organizativo conforme al cual efectuar el mencionado cómputo de trabajadores a efectos de superación del umbral y, por efecto derivado, el ámbito en el que debe tramitarse el procedimiento de despido colectivo. El debate, referido al caso español, se sitúa en el hecho de que la Directiva contempla como referente para el cálculo del umbral al “centro de trabajo” (art. 1), mientras que la legislación española toma como referente al conjunto de la empresa (art. 51.1 ET). Hasta el momento presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo había considerado que el cómputo debía efectuarse respecto del conjunto de la empresa, pues tal criterio no entraba en colisión con lo previsto en la Directiva, en la medida en que se trata de una regla que resulta más favorable para el trabajador, pues con ello es superior el número de decisiones extintivas que se canalizan por la vía del procedimiento colectivo⁴¹.

³⁷ Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998 (DOCE de 12 de agosto), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

³⁸ Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE de 22 de marzo), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de la empresa, centro de trabajo o de parte del centro de trabajo.

³⁹ Directiva CEE 80/987, de 20 de octubre de 1980 (DOCE de 28 de octubre), relativa a la protección de los trabajadores asalariados en los casos de insolvencia del empleador, modificada por la Directiva 87/164, de 2 de marzo de 1987 (DOCE de 11 de marzo), y por la Directiva 2002/74, de 23 de septiembre de 2002 (DOCE de 8 de octubre).

⁴⁰ En lo que se refiere a la primera de las Directivas, por todas me remito al trabajo publicado en este número monográfico, J. L. Monereo Pérez, El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno.

⁴¹ STS 18 de marzo de 2009, RJ 4163.

No dejaba de llevar razón nuestro Tribunal Supremo en el hecho de que la aplicación comparativa del referente empresa respecto del centro de trabajo en la práctica daba como resultado que un mayor número de despidos por causas económicas pasasen a tramitarse por el procedimiento de los despidos colectivos. Sin embargo, resulta igualmente cierto que ello no sucedía así en todos los casos, sino que, por el contrario, podían salir fuera del procedimiento colectivo procesos de regulación de empleo que se concentrasen en ciertos centros de trabajo, donde el porcentaje de afectados llega a ser elevado y, sin embargo, es reducido considerado en el conjunto de la empresa; situaciones estas otras en las que resultaría más favorable la aplicación del centro de trabajo como centro referencial. Justamente esto último es lo que sucedía en el asunto planteado ante el Tribunal europeo, donde el número de trabajadores afectados en referencia al centro y a la empresa manifestaba un caso emblemático al respecto, que incluso hace sospechar un cálculo previo por parte de la empresa a efectos de determinar el alcance cuantitativo de la medida de reestructuración. Pues bien, por medio de esta sentencia, el Tribunal europeo viene a resolver la cuestión, interpretando que es viable que la legislación de transposición adicione el criterio referencial de la empresa, pero sin sustituirlo por el del centro de trabajo. En concreto, la sentencia acabará declarando que si bien la normativa española puede utilizar el criterio referencial de la empresa, ello se debe hacer siempre de modo acumulado en el sentido de que debe ser un criterio complementario que en todo caso debe mantener el referente inexcusable al centro de trabajo⁴². En la práctica significa que en nuestro ordenamiento la superación del umbral se producirá y, por tanto, será obligado el sometimiento al procedimiento de despidos colectivos, tanto si dicho umbral se supera tomando como referencia al centro de trabajo como a la empresa, lo que a la postre comporta que la precedente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha de entenderse corregida por el Tribunal europeo.

Los otros dos pronunciamientos dignos de traer a colación afectan a la Directiva sobre transmisión de empresa, el primero de ellos referido a un caso de directa afectación a una empresa en España, mientras que el segundo se refiere a otro Estado miembro, si bien indiscutiblemente presenta su lógica repercusión sobre la realidad española, que conviene detectar en su efectivo alcance.

⁴² STJUE 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Rabal Cañas. La sentencia viene precedida por otros pronunciamientos similares en relación con la legislación interna de otros Estados miembros: SSTJUE 13 de mayo de 2015, asunto C-182/13 Lyttle; 7 de diciembre de 1995, asunto 499/93 Rockfon; 15 de febrero de 2007, asunto C-270/05 Athinaki Chartopoiia; 30 abril 2015, asunto C-80/14 USDAW. Sobre la primera de las 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 nº 2 /2015), pgs. 105 ss.

La última resolución que afecta a una empresa en España, que en este caso concreto se trata de un auto, se refiere a un tema clásico relacionado con el alcance de las deudas a asumir por el cesionario cuando la empresa se encuentra en situación de concurso. A tal efecto, la Directiva contempla provisiones especiales, autorizando que en estos casos la legislación de transposición pueda contemplar que no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (art. 5.2.a). El auto en cuestión puede afirmarse que viene a reiterar lo dicho en la Directiva, si acaso con dos importantes precisiones⁴³.

La primera de ellas que la posible exclusión de obligaciones abarca también a las relativas al régimen legal de la Seguridad Social, entendiéndose a estos efectos como régimen “legal” todos aquellos que deriven del sistema público y, por tanto, la Directiva no abarca a los sistemas complementarios; aspecto que la propia Directiva indica con carácter general (art. 3.4) aunque no lo haga específicamente respecto de la exclusión por insolvencia.

La segunda de las precisiones del auto, ésta de mayor alcance y relevancia, contempla que nada impide que un Estado miembro prevea, en clave de régimen de mejora respecto del Derecho de la Unión, que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente sin perjuicio de que la Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

Finalmente, la última de las sentencias a comentar se refiere a las condiciones aplicables tras la transmisión y, en concreto la aplicación del convenio colectivo precedente que regía para los trabajadores afectados por la subrogación contractual. En concreto, el asunto se presenta en Austria, donde se

⁴³ ATJUE 28 de enero de 2015, asunto C-688/13, Gimnasio San Andrés. L. López Cumbre, Dudas sobre las deudas con la Seguridad Social en la transmisión de empresa en concurso de acreedores, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/dudas-sobre-las-deudas-con-la-seguridad-social-en-la-transmision-de-empresas-en-concurso-de-acreedores.pdf>

contempla un régimen asimilado al de la ultraactividad del convenio colectivo y donde, por tanto, se plantea la cuestión de si se aplica a esas situaciones de ultraactividad la regla de la Directiva relativa a la obligación del cesionario de mantenimiento de las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo (art. 3.3); regla en términos muy similares a los previstos en la normativa española (art. 44.4 ET). Pues bien, la sentencia en cuestión declara que constituyen «condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo» en el sentido de esta disposición las condiciones de trabajo establecidas mediante convenio colectivo y que, conforme al Derecho de un Estado miembro, a pesar de haber sido denunciado dicho convenio, mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado y en la medida en que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se llegue a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados⁴⁴. El pronunciamiento del Tribunal a estos efectos es claro en su sentido, a pesar de lo cual desde ciertos ámbitos se ha realizado una lectura extensiva no apropiada respecto a ciertas singularidades del debate entre nosotros y que, por ello, requiere de precisiones por nuestra parte, que en otro caso serían de una absoluta obviedad. De un lado, es evidente que el Tribunal en modo alguno entra en el régimen jurídico de la eficacia temporal del convenio colectivo en cada Estado miembro, de modo que no aborda de manera directa el posible efecto ultraactivo de un convenio colectivo tras su denuncia; dicho de otro modo, cada Estado miembro puede establecer el régimen de ultraactividad convencional que estime más adecuado. De otro lado, y complementariamente a lo anterior, lo que viene a precisar la sentencia es que, si en la regulación del correspondiente Estado miembro se establece un régimen de eficacia ultraactiva, ese convenio durante este período de ultraactividad resulta de aplicación a todos los efectos derivados del deber de mantenimiento de las condiciones de trabajo pactadas en el mismo conforme a lo establecido en el artículo 3.3 de la Directiva⁴⁵.

⁴⁴ STJUE 11 de septiembre de 2014, asunto C-328/13, Österreichischer Gewerkschaftsbund. Sobre el particular, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Convenio colectivo aplicable tras la transmisión de empresa, La Ley nº 8435, 4 de diciembre de 2014.

⁴⁵ Un reciente estudio de la jurisprudencia comunitaria en esta materia en S. De Soto Rioja, Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional, en el trabajo colectivo que he dirigido, *El Impacto de la Negociación Colectiva Sobre la Segmentación Laboral*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 601-674.