



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

**EL IMPACTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN
EUROPEA EN EL ÁMBITO LABORAL**

Revisión jurisprudencial

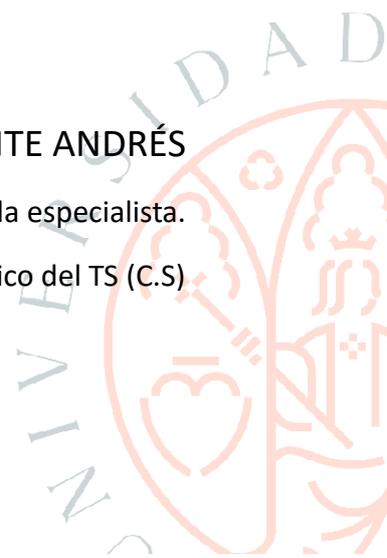
RAQUEL VICENTE ANDRÉS

Magistrada especialista.

Letrada coordinadora en el gabinete técnico del TS (C.S)

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU

TEULP 



El impacto del Derecho de la Unión Europea en el ámbito laboral. Revisión jurisprudencial

Resumen

La asunción por parte de España de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea durante el uno de julio, al próximo 31 de diciembre de 2023, permitirá avanzar en el denominado escudo social Europeo, máximo exponente del Estado del bienestar europeo, bajo el lema: una Europa más cerca, permitiendo desarrollar los principios consagrados en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales (adoptado por la Comisión en marzo de 2021), fomentando el diálogo social, el trabajo decente y la economía social, impulsando la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Política europea social, que marca el rumbo de la actuación legislativa nacional y jurisprudencial, impulsando una mejora en las condiciones de las personas trabajadoras, combatiendo la precariedad laboral, en ámbitos tan importantes como: la lucha contra la discriminación, la brechas en la era digital, el fraude en la contratación temporal, o la gestión de la ordenación del tiempo de trabajo. Sin duda, el impacto del Derecho de la Unión Europea, en el panorama nacional, ostenta un papel sumamente relevante, constituyendo a día de hoy el referente, en cuanto a salvaguarda de las garantías del escudo social de las personas trabajadoras.

Palabras clave: Derecho del trabajo. Derecho de la Unión Europea, jurisprudencia

The impact of European Union law in the labor sphere

Abstract

Spain's assumption of the Presidency of the Council of the European Union from July 1 to December 31, 2023, will allow for progress in the so-called European Social Shield, the highest exponent of the European welfare state, under the motto: a closer Europe. This role will enable the development of the principles enshrined in the Action Plan of the European Pillar of Social Rights (adopted by the Commission in March 2021), promoting social dialogue, decent work, and the social economy, and driving the implementation of the principle of equality between women and men. European social policy, which sets the course for national legislative and jurisprudential action, aims to improve the conditions of workers, combat job insecurity, and address crucial issues such as the fight against discrimination, gaps in the digital era, fraud in temporary contracting, and the management of working time arrangements. Undoubtedly, the impact of European Union Law on the national landscape plays an extremely relevant role, currently standing as the benchmark in safeguarding the guarantees of the social shield for workers.

Keywords: Labor Law, European Union Law, Case Law

SUMARIO¹: I. EL ESCUDO SOCIAL EUROPEO COMO OBJETIVO PRIORITARIO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA EN EL CONSEJO DE LA UE. II.- EL IMPACTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA NORMATIVA NACIONAL. 1. La reforma laboral. 2.-Protección al informante. 3.- Conciliación. 4.-Teletrabajo. III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL. 1. La interpretación de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. 1.1. Ordenación del tiempo del trabajo en régimen de disponibilidad no presencial. 1.2. Vacaciones y permisos. 1.3.-Jurisprudencia del TJUE sobre la duración máxima de la jornada . IV. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. V. CONTRATACIÓN TEMPORAL. VI. PRINCIPIO DE IGUALDAD. 1.-Prohibición de discriminación en materia de remuneración. 2.-Igualdad por razón de sexo en el ámbito las prestaciones de Seguridad Social. 3.- Discriminación por razón de discapacidad. 4.- Discriminación por edad. VII. CONCLUSIONES.

I. EL ESCUDO SOCIAL EUROPEO COMO OBJETIVO PRIORITARIO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA EN EL CONSEJO DE LA UE

Desde el 1 de julio de 2023 y hasta el 31 de diciembre de 2023, España ostentará la presidencia del Consejo de la Unión Europea, oportunidad única para impulsar los ideales de la UE, bajo el lema: “Europa más cerca”, en el marco de un programa, accesible y cercano a sus ciudadanos, basado en lograr el máximo nivel de bienestar para todos los europeos, en el que las políticas sociales, sin duda constituirán uno de los ejes nucleares en la consecución de tal cometido.

Fortalecer el Estado del Bienestar Europeo, supone implementar los principios trazados en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 16 de noviembre de 2017 (adoptado por la Comisión en marzo de 2021), es decir, apostar por la garantía de los derechos de los trabajadores, en particular el derecho a un trabajo digno; la atención a las enfermedades laborales y a la salud mental, así como, la adopción de medidas en favor de la igualdad de trato y de género.

Por tanto, los ejes de actuación en materia social se centrarán en: la protección e inclusión social, la igualdad de oportunidades y el acceso al mercado de trabajo, con unas condiciones de trabajo justas, ya que, una Europa social fuerte, requiere de una mejora en el bienestar de sus ciudadanos.

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet “*The Transformative Power of European Union Law (TEULP)*”, financiado por la Comisión Europea (*Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH*) y dirigido por Juan Jorge Piernas López, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

Así, la Presidencia que ahora asume el Estado Español, se orientará a fortalecer el Estado de Derecho de la Unión, como pilar esencial del proyecto europeo, en el marco de una Europa más social, como objetivo nuclear de la Presidencia española.

Se trata de instaurar una nueva etapa, en la que España ostentará un papel muy relevante, al trazar el rumbo de las nuevas directrices de actuación de la UE, bajo el foco de la cumplimentación de los compromisos expresados por el Consejo Europeo Extraordinario en la Cumbre Social de Oporto de 2021, con una agenda que tiene como referentes: el diálogo social, el trabajo decente y la economía social.

En este contexto, y desde el punto de vista del diálogo social, se buscará modernizar la negociación colectiva, otorgándole el papel preponderante que le corresponde, buscando lograr un acuerdo con los agentes sociales europeos, en materia de teletrabajo y derecho a la desconexión digital, como nuevos retos y desafíos de la era digital.

Desde el plano del trabajo decente, será necesario asumir compromisos tendentes a lograr la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo laboral y el empleo de las personas jóvenes. Para ello, habrá que potenciar los entornos de trabajo seguros y saludables, de acuerdo con el Marco Estratégico para la Seguridad y la Salud en el Trabajo 2021-2027.

En relación con la economía social, conforme al Plan de acción de la Unión a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2022, (2021/2179(INI))², se subraya la importancia de aquella, a la hora de promover la igualdad de género, ofreciendo oportunidades de empleo a las mujeres, en particular, a las que se encuentran en situaciones vulnerables. Máxime si se tiene en cuenta que, las mujeres representan más del 60 % de la mano de obra de la economía social.

De modo que, la Presidencia Española auspiciará iniciativas para que los Estados miembros, eliminen todos los obstáculos, con el fin de lograr la igualdad de género. Destacando el gran potencial, que la economía social tiene, para la creación de empleos de calidad y prácticas remuneradas para los jóvenes, lo que a su vez contribuirá a acelerar su integración en el mercado laboral.

Como valor transversal, el fomento de la igualdad de trato y de oportunidades y la lucha contra toda forma de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0288>

convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, guiará la agenda Española, lo que, desde el plano del derecho del trabajo y la Seguridad, se traducirá en la promoción de la igualdad retributiva y medidas de conciliación, a través del fomento de la corresponsabilidad.

En definitiva, la Presidencia centrará sus esfuerzos en desarrollar el escudo social europeo, apostando por la protección del empleo y las rentas, impulsando las iniciativas para reducir la no percepción de derechos (*Non-Take Up*), apostando por la protección de los trabajadores autónomos, la mejora de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social a nivel europeo e internacional, la movilidad laboral y la integración del mercado de trabajo europeo.

Una vez expuestas las líneas generales de actuación de la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea, procede exponer cómo la UE, ha sido y es el principal motor de cambio en la mejora de las condiciones laborales, no en vano, el fomento de la formación *upskilling*³ y las políticas de empleo, son clave en el desarrollo económico y social del conjunto de la Unión Europea y de sus Estados miembros⁴. Lo contrario supondrá, profundizar aún más las brechas sociales, salariales y de género, aumentando la precariedad en el trabajo.

Precisamente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la UE ha de promover el bienestar de sus pueblos y obrar en pro del desarrollo sostenible de Europa, alentando un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, debiendo para ello, combatir la exclusión social y la discriminación, a la vez que se fomentan otros valores como la justicia y la protección sociales o la igualdad entre mujeres y hombres.

Tal es el alcance de los principios y el Derecho de la Unión Europea, que conforman un auténtico motor de cambio en el plano interno, tanto a nivel legislativo, como

³ La reforma laboral modifica el artículo 11 del ET estableciendo un contrato formativo con dos modalidades; formación en alternancia y contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuad al correspondiente nivel de estudios.

⁴ Conclusiones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros» de 14 de julio de 2020.

jurisprudencial, no en vano, el juez nacional es juez comunitario (artículo 4 bis LOPJ), interpretando y aplicando el Derecho interno, de conformidad con el de la Unión (Von Colson y Kamann, 1984, Marleasing, 1990), pudiendo incluso, dejar sin aplicación aquella disposición de Derecho interno, contraria al Derecho de la Unión, anterior o posterior (Simmental, 1978).

Conviene, por ello, exponer los principales hitos que el Derecho de la UE, ha supuesto en el plano interno.

II. EL IMPACTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA NORMATIVA NACIONAL

A nivel legislativo, las últimas y significativas reformas, han tomado como referente las disposiciones normativas europeas, calando de lleno en el marco legislativo español, incorporando cambios, que han supuesto un antes y un después, en cuanto a figuras sumamente arraigadas en el panorama interno, como el recurso generalizado a la contratación temporal, el cambio de mentalidad en cuanto a la protección del informante, o la ampliación de permisos en sede de conciliación familiar.

1. La reforma laboral

El Real Decreto ley 32/2021 de 28 de diciembre, convalidado mediante la publicación de la resolución de 3 de febrero de 2022 del Congreso (BOE de 8 de febrero de 2022), se formula para alcanzar los objetivos trazados en el Reglamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el mecanismo de recuperación y resiliencia, en la lucha contra la temporalidad, el desempleo y la precariedad laboral, apostando por la modernización e impulso de la negociación colectiva.

La incidencia europea en esta reforma laboral se constata por el propio legislador, al señalar en la Exposición de Motivos de la norma, cómo la misma pretende dar cumplimiento a las recomendaciones establecidas en las conclusiones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros de 14 de julio de 2020, como factor clave para el desarrollo económico y social, del conjunto de la Unión Europea y de sus Estados miembros.

En efecto, la reforma causaliza la contratación temporal, en línea con las exigencias marcadas por la jurisprudencia europea⁵, poniendo fin a los altos índices de temporalidad que nuestro país presentaba en el entorno europeo, tan solo por detrás de Polonia.

Recoge la reforma laboral, la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, sobre los límites de la validez en la contratación temporal, incorporando las directrices clave, para que la relación laboral de naturaleza temporal, no fuera utilizada por el empleador en el sentido de privar a los trabajadores de derechos que, por otra parte, sí eran reconocidos a aquellos que se hallaban en una modalidad de contrato de duración indefinida, garantizando así, el principio a la no discriminación y fraude en la contratación temporal⁶.

En esta misma línea de cambio legislativo motivado por las exigencias europeas, se ha publicado el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, con el objetivo de dar cumplimiento a parte de los compromisos recogidos en el Componente 23 (Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021, y en la Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España (*Council Implementing Decision-CID*), de 13 de julio de 2021.

2. Protección al informante

La ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, como normativa paralaboral, procede a la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento

⁵ STJUE, de 24 de junio de 2021, C-550/19, cuestiona que en los contratos fijos de obra, la fijación de una indemnización sea una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos, como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales y que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» se considere justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, ya que en la práctica, esa renovación puede responder a necesidades de personal permanentes y estables.

⁶ *Vid.* STJUE, de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), conocida como Diego Porras II; STJUE, de 5 de junio de 2018 Montero M. (C-677/16); STJUE, de 5 de junio de 2018, Norte Facility (C-574/16).

Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

La normativa establece medidas de protección al informante, en lucha contra la corrupción y posiciones de abuso, acoso o ilícitos a nivel interno, configurándose canales de transmisión de la información seguros y adecuados, en aras de salvaguardar el funcionamiento eficiente de los mercados de la Unión, fortaleciéndose así los valores democráticos y el Estado de Derecho de los distintos Estados miembros.

3.- Conciliación

La trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, tiene lugar en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; siendo transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (Libro II).

Señalándose en su Exposición de Motivos que, la transposición de la Directiva, enriquece las mejoras y aportaciones del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Se da cumplimiento al artículo 11 de la Directiva, sobre la obligación de establecimiento de mecanismos para que las personas que ejercen los derechos de conciliación, no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio, al modificar el apartado c del artículo 4.2 del ET, relativo a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, declarando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres, por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral, será constitutivo de discriminación por razón de sexo, en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y los artículos 53.4 y 55.5 del ET (en relación con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva

(UE) 2019/1158) en el marco de la protección contra el despido, derivada del disfrute de permisos de conciliación, recogiendo que su vulneración sea causa expresa de nulidad.

Otras modificaciones de la normativa española para su adaptación al Derecho de la Unión Europea, son las relativas al derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a cargo (artículo 38.4 del ET), en relación con lo establecido en el artículo 9 de la Directiva; la ampliación del ámbito subjetivo, incluyendo a las parejas de hecho (artículo 37.3 del ET) del permiso de cuidadores, previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158; o la regulación de un nuevo permiso, para que las personas trabajadoras puedan ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar (artículo 37.9 del ET), acomodándose a lo dispuesto en el artículo 7 y considerando 28 de la Directiva.

4.-Teletrabajo

La ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, toma como referente el Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, de 16 de julio de 2002, firmado por la CES, UNICE/UEAPME y la CEEP (revisado en 2009), que establecía un marco de flexiseguridad general europeo, sobre las condiciones laborales de teletrabajadoras y teletrabajadores.

La ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas (start-up), regula el marco normativo de los teletrabajadores internacionales en España, no ya tanto como trabajadores, sino como residentes, incluyendo beneficios fiscales.

Asimismo, el 4 de agosto de 2023, se ha publicado en el BOE el Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual.

III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Los jueces nacionales como jueces europeos, además de interpretar el Derecho interno de conformidad con el de la Unión (*vid.* Von Colson y Kamann; Marleasing)⁷, deben dejar

⁷ STJCE de 10 de abril de 1984 (C-14/83).

sin aplicación toda disposición de Derecho interno contraria al Derecho de la Unión, anterior o posterior (Simmental)⁸.

Dos son pues las tareas que se encomiendan a los jueces nacionales como jueces europeos, por un lado la interpretación y por otro, lado la aplicación del Derecho nacional conforme al Europeo.

En este sentido, hay que destacar cómo los dictados del TJUE, han motivado el cambio de rumbo de la jurisprudencia de la Sala IV, principalmente en el ámbito de la contratación temporal, ordenación del tiempo de trabajo y despidos colectivos.

1.- La interpretación de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

Desde el punto de vista de la interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea, en relación con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, hay que destacar que, se trata de una norma que establece disposiciones mínimas en materia de ordenación del tiempo de trabajo, destinándose a mejorar las condiciones de los trabajadores y en particular en cuanto al derecho al descanso semanal, fijando su duración máxima y reconociendo el derecho a vacaciones anuales retribuidas como un derecho fundamental (artículos 5, 6 y 7).

1.1.- Ordenación del tiempo del trabajo en régimen de disponibilidad no presencial

La doctrina europea sobre interpretación de la Directiva 2003/88/CE en materia de tiempo de trabajo, ha calado profundamente en las decisiones del Tribunal Supremo, especialmente a la hora de delimitar qué debe entenderse por tiempo de trabajo, en contraposición a tiempo de descanso⁹.

⁸ STJCE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77), relativa al planteamiento de una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 189 del Tratado CEE y, más en particular, sobre las consecuencias de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario en caso de conflicto con disposiciones de la ley nacional que, en su caso, sean contrarias a este. Los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional.

⁹ Esta dicotomía se refleja con claridad en la STS, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1249/2017), al declarar que: "Es un sistema binario que descarta las categorías intermedias (tiempo de espera, tareas preparatorias, funciones de apertura y cierre...".

En el caso Matzak [STJUE, de 21 de febrero de 2018 (C-518/15)] el TJUE había declarado que, siempre que se limite la opción de disfrute de tiempo de esparcimiento, orientado a los intereses personales y sociales, por la obligación de presentarse en el lugar de trabajo, podría hablarse de tiempo de trabajo.

En efecto, la Directiva europea no puede tener una aplicación restrictiva, por lo que, el plazo de ocho minutos de respuesta a las convocatorias del empresario, restringía la posibilidad de realizar otras actividades, siendo, en consecuencia, considerado como tiempo de trabajo.

En el ámbito interno, la STS, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1249/2017) estimó que, no era tiempo trabajo, el tiempo del trayecto empleado por los bomberos entre la zona de acceso a la empresa y la de trabajo efectivo.

La STS, Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 2020 (rec. núm. 28/2019) asimismo desestimó el recurso de los sindicatos, al no considerar como tiempo de trabajo el régimen de guardia de disponibilidad de grado I de los bomberos del sector de prevención-extinción de incendios forestales¹⁰.

En este caso, el servicio de guardia implicaba que, desde que se recibía la llamada, el trabajador debía equiparse debidamente y trasladarse al lugar o punto de encuentro en los 30 minutos siguientes.

El Tribunal Supremo apreció que, el elemento temporal que define al concepto tiempo de trabajo, medido como el tiempo breve de respuesta al llamamiento de la empresa para acudir al lugar de trabajo, no se podía calificar como tiempo muy limitado, o de respuesta inmediata, presentándose como adecuado el plazo de treinta minutos de reacción¹¹.

Ahora bien, algunos aspectos de esta jurisprudencia nacional, deben entenderse superados tras los recientes dictados del TJUE, en concreto en relación con los tiempos de reacción en el régimen de disponibilidad no presencial.

¹⁰ Es disponibilidad en grado 1 la prestación de servicios de guardia en un día de trabajo desde las 0,00 horas hasta las 0.00 del siguiente día, descontando el tiempo de la jornada normal. Asimismo, el trabajador estará localizable durante las veinticuatro horas de su día de libranza para ser avisado de la hora de incorporación en su día de trabajo.

¹¹ Fto. Jco. 2.

Ilustrativas resultan la STJUE de 9 de marzo de 2021 (C- 580/19), RJ vs Stadt Offenbach am Main), considerando que sí era tiempo de trabajo el periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, durante el cual, el trabajador debía poder presentarse en el término municipal de la ciudad en la que estaba destinado en un plazo de veinte minutos, puesto que las limitaciones impuestas a dicho trabajador, durante ese periodo, eran de tal naturaleza, que afectaban objetivamente y de manera considerable, a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo periodo, el tiempo para dedicarlos a sus propios intereses.

En el mismo sentido, se pronuncia la STJUE de 9 de marzo de 2021 C- 344/19, D.J. y Radiotelevizija Slovenija, entendiendo que, podría ser tiempo de trabajo, un periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, durante el cual, un trabajador solo debía estar localizable por teléfono y apto para presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, siendo las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese periodo, de tal naturaleza que afectaban objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar su ocio libremente.

Más acorde con esta nueva línea jurisprudencial, se muestra la STS de 18 de junio de 2020 (rec. núm.242/2018) al baremar la problemática sobre tiempo de trabajo, en relación con las guardias de disponibilidad, con los criterios del número de intervenciones requeridas, y la incidencia sobre la vida personal y social de los trabajadores.

También lo es, la STS, Sala de lo Social de 22 de noviembre de 2022, (nº 929/2022, rec. núm.) 3318/2021, al declarar que los servicios de guardia que realiza un trabajador en régimen de presencia física en el centro laboral (conductor ambulancia), deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, y, en su caso, horas extraordinarias, independientemente de las prestaciones laborales, realmente efectuadas por el interesado durante esas guardias¹².

En régimen de ordenación de tiempo de trabajo, también hay que aludir a la STJUE de 3 de octubre de 2000 (C-303/98), que resolvió sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, en el litigio entre el SIMAP (Sindicato de médicos de asistencia pública) y la Consellería de Sanidad de la Generalitat,

¹² Fto. Jco. 3.

declarando que el tiempo dedicado a atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria, en régimen de presencia física, era tiempo de trabajo y que si la prestación de servicios por dichos médicos lo era en régimen de localización, sólo debía considerarse tiempo de trabajo, el correspondiente a la prestación efectiva de servicios.

Ahora bien, esta sentencia ha sido matizada por la STJUE de 9 de septiembre de 2003 (C-151/02), asunto Jaeger, al afirmar que el servicio de atención continuada (*Bereitschaftsdienst*) que efectuaba un médico, en régimen de presencia física en el hospital, también constituía tiempo de trabajo, aun cuando al interesado se le permitiera descansar en su lugar de trabajo, durante el periodo en que no se solicitaban sus servicios.

La STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-266/14), asunto Tyco¹³, concluyó que, en las circunstancias en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y último cliente, constituye tiempo de trabajo.

La propia Audiencia Nacional [SAN, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2023 (rec. núm. 333/2022)] consideró tiempo de trabajo, con base en la sentencia Tyco, aquellos desplazamientos que realizaban los trabajadores encargados de la instalación de ascensores, desde el centro base, hasta el lugar de prestación efectiva del servicio.

1.2.- Vacaciones y permisos

El derecho a las vacaciones anuales, emana y deriva directamente de la Directiva 2033/88/CE¹⁴ (artículo 7), por lo que, no solo no admite excepción alguna en cuanto a su contenido esencial, sino que la normativa que desarrolle cada Estado, lo será en cuanto a su ejercicio o duración, no en cuanto a su constitución (artículo 17 de la Directiva).

¹³ El TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, en el procedimiento entre CC.OO y la empresa Tyco.

¹⁴ Artículo 52 de la CDFUE: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Por tanto, el derecho a las vacaciones anuales para el Derecho de la UE, es un derecho fundamental¹⁵, que tiene como fin garantizar a la persona trabajadora un descanso real y efectivo, que le permita satisfacer sus necesidades de ocio y esparcimiento.

Lo cual a su vez entronca con el derecho a la protección eficaz de su salud y seguridad¹⁶, de modo que ante cualquier eventualidad, que no permita tal disfrute (jubilación, fallecimiento o enfermedad), este debe poderse realizar o bien en un momento ulterior o bien garantizarse mediante una efectiva compensación¹⁷.

Este razonamiento, llevó a que algunos juzgados reconocieran el derecho a recuperar las vacaciones anuales, si estas habían coincidido con el periodo de confinamiento, reservando su ejercicio a un momento posterior, en línea con la interpretación jurisprudencial del TJUE sobre la Directiva 2003/88¹⁸.

Esta consideración de Derecho Fundamental para el Derecho de la Unión Europea, no se equipara al tratamiento dispensado a nivel nacional, puesto que la CE, si bien consagra tal derecho, no le otorga el rango de fundamental, lo cual genera no pocas distorsiones.

Ahora bien, su valor como derecho esencial, es indubitado para la jurisprudencia nacional, y así la Sala Social del TS, ha declarado (STS, de 20 de Julio de 2017 (nº 660/2016, rec. núm. 261/2016) que el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas, es un principio del derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual, no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes, únicamente puede efectuarse, respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104, modificada por la Directiva 2003/88.

¹⁵ El derecho a las vacaciones anuales retribuidas, se contempla en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 31.2) que como instrumento internacional presenta una especial fuerza jurídica vinculante, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre la invocabilidad del Derecho reconocido en la Carta por un particular vid.. STJUE de 15 enero de 2014 C 176/12, apartado 47

¹⁶ Vid. Apartado 42 de la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16).

¹⁷ SSTJUE de 30 de junio de 2016 (C-178/15); de 12 de junio de 2014 (C-118/13) Bollacke; de 22 de mayo de 2014 (C-539/12), Lock; de 29 de noviembre de 2017 (C-213/16) King; de 4 de octubre de 2018 (C-12/17), Dicu; de 21 de noviembre de 2018 (C-245/17); de 10 de septiembre de 2009 (C-277/08), Vicente Pereda; de 26 de abril de 2018 (C-234/16 y C-235/16), asunto Anged; de 20 de enero de 2009 (C-350/06), Gerhard Schultz-Hoff; 3 de mayo de 2012 (C-337/10), Neidel; 20 de julio de 2016 (C-341/15), Mascheck; 6 de noviembre de 2018 (C-684/16), Shimizu.

¹⁸ Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social de Santander de 16 de septiembre de 2020 (rec. núm. 283/2020) y Juzgado de lo Social de Melilla, de 3 de noviembre de 2020 (rec. núm. 160/2020).

El juez nacional debe por tanto, velar porque la norma respete, en todo caso, el contenido nuclear de dicho derecho, hasta el punto de que, si la norma nacional es contraria, se proceda a su inaplicación¹⁹ en virtud del principio de primacía. De modo que, los Tribunales nacionales podrían apartarse de la jurisprudencia nacional, incluso si la misma es reiterada, cuando no sea acorde con lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE.

Ello, sin duda, provoca fricciones en el panorama nacional, a la hora de determinar cuál debe ser la adecuada acomodación al plano del Derecho de la Unión.

Paradigma de esta disputa jurisprudencial, es la interpretación que debe darse a la jurisprudencia del TJUE en torno a la obligación del empresarial de velar o garantizar el disfrute por parte de la persona trabajadora de su derecho a las vacaciones anuales remuneradas²⁰.

Por un lado, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 11 de febrero de 2022 (rec. núm. 884/22), concluye que la empresa, sí había acreditado que actuó con la diligencia razonable necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho, puesto que los trabajadores eran conocedores de que debían solicitarlas, conociendo el procedimiento para hacerlo, sin que la empresa impidiera, ni denegara el derecho a dichas vacaciones.

En cambio, en la sentencia de ese mismo órgano judicial, STSJ, Sala de lo Social, Madrid, de 31 de enero de 2022 (rec. núm. 691/2021), se llega a una conclusión diferente, al declarar que el empresario no había cumplido con la carga de la prueba sobre el derecho a las vacaciones anuales, consistente en velar de manera concreta y transparente porque el trabajador hubiera efectivamente podido disfrutar de aquellas, incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informándole de manera precisa y oportuna de los términos de su derecho, de manera que, si no lo ejercitaba, este se perdía por llegada del término del período de su devengo.

¹⁹ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16).

²⁰ Vid. STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16) y 22 de septiembre de 2022 (C-518/20).

Es más, la Sala de lo Social del TSJ de Comunidad Valenciana ha planteado cuestión prejudicial²¹, con el fin de clarificar si es acorde con el Derecho Europeo, la normativa nacional, que permite la prescripción del derecho a vacaciones, cuando el trabajador no ha hecho uso del procedimiento urgente de reclamación de vacaciones no disfrutadas²².

Por último indicar, que el TJUE²³, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social de la AN²⁴ ha precisado que, no puede confundirse el derecho a vacaciones, con aquellos permisos que se destinan a otros propósitos, en particular, servir a las necesidades y obligaciones que los contemplan, quedando estos fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88/CE.

1.3.-Jurisprudencia del TJUE sobre la duración máxima de la jornada

La Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, encomendando a los Estados miembros, en su artículo 6, que adopten: “Las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y salud de los trabajadores” se limite la duración del tiempo de trabajo semanal (apartado a) y que: “La duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de 7 días”.

Por su parte el artículo 22 de la Directiva admite que un Estado miembro no aplique el artículo 6: “A condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo. Esta excepción se permite siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores” (C-356/13, EU:C:2014:2386, apartado 104).

La STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) señala que, para garantizar el efecto útil de la Directiva, los Estados Miembros deben imponer a los empresarios, la obligación de

²¹ Auto de cuestión prejudicial de 25 de octubre de 2022, en autos de recurso de suplicación 3365/2021.

²² Los artículos 125 y 126 de la LRJS protegen de forma específica, mediante un procedimiento urgente el no ejercicio del derecho a vacaciones anuales.

²³ STJUE de 4 de junio de 2020 (C-588/18).

²⁴ Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 3 de septiembre de 2018, núm. 1617/18.

implantar un sistema objetivo y fiable que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador (C-55/18), en respuesta a una cuestión planteada por la Audiencia Nacional en materia de registro de jornadas, siendo partes la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) y Deutsche Bank, S.A.E.

El sindicato español (CCOO) recurrió ante la Audiencia Nacional solicitando el establecimiento de un sistema de registro de la jornada laboral diaria que realizaba su plantilla. La pretensión del sindicato se sustentaba en la consideración de que, de esta forma, sería posible comprobar el cumplimiento de los horarios de trabajo pactados, así como la obligación de comunicar a los representantes sindicales, la información sobre las horas extraordinarias realizadas mensualmente.

El Tribunal de Justicia estimó que las Directivas, consideradas a la luz de la Carta, se oponían a una normativa que, no imponía a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permitiera computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

Es decir, una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permitiera realizar esa comprobación, no podría asegurar el efecto útil de los derechos que confieren la Carta y la Directiva, comprometiendo su objetivo, consistente en garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, independientemente de cuál fuera la duración máxima del tiempo de trabajo semanal adoptada por el Derecho nacional. Por tanto el registro de jornada debía ser objetivo y fiable.

En aplicación de esta sentencia, el Tribunal Supremo, en STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2023 (ratificando la sentencia dictada en su día por la AN) ha desestimado el recurso interpuesto por FESIBAC-CGT, declarando que el hecho de atribuir al trabajador la responsabilidad de discernir aquellos periodos de descanso, de los que no se corresponden con tiempo de trabajo efectivo, no supone que deje de ser por este motivo objetivo y fiable, puesto que esa misma situación, es la que habitualmente se presenta en cualquier modalidad de control horario, dando al trabajador una cierta flexibilidad en el desarrollo de su jornada de trabajo.

IV. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14), Pujante Rivera vs. Gestora Clubs Dir, S.L. y FGS, señala que, los trabajadores a efectos de la Directiva europea, son también aquellos que tienen contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinados.

A efectos de interpretación del término habituales, no cabe concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para una tarea determinadas, no puedan considerarse trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo de que se trate.

Sobre el concepto de despido, precisó que: engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, como resultaba, en el caso de autos, la extinción solicitada por la trabajadora, con origen en la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Concluyendo que: “La Directiva 98/59 ... debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador, queda comprendido en el concepto de despido utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”.

Ahora bien, se introduce un matiz muy importante en cuanto al cómputo o cálculo de los umbrales del despido colectivo, ya que: “Para acreditar la existencia de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, la condición establecida en el párrafo segundo de ese precepto, según la cual es preciso que los despidos sean al menos 5, debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona) — Andrés Rabal Cañas/Nexea Gestión Documental, S.A., Fondo de Garantía Salarial (Asunto C-392/13), declara que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las

legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta, establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata, deberían calificarse de despido colectivo, a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva.

La sustitución del término centro de trabajo, por el de empresa, sólo puede considerarse favorable a los trabajadores, si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzara el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de despido colectivo.

Esta jurisprudencia, inmediatamente fue acogida por la Sala de lo Social del TS [(STS de 13 de junio 2017 (rec. 196/2016)].

Además, en esta misma línea, la STS, Sala de lo Social, de 8 de septiembre de 2021 (rec. 3348/2018) afirmó que la jurisprudencia europea, equiparaba las extinciones de contrato derivadas de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo unilateralmente decididas por el empresario, a los despidos.

La STJUE de 11 de noviembre de 2020, C-300/19 Marclean Technologies, ha propiciado asimismo una matización de la jurisprudencia de la Sala Social del TS, a la hora de interpretar la Directiva 98/59 sobre el cómputo de los umbrales. que deben tenerse en cuenta para contabilizar el número de despidos, a efectos de examinar si concurre una situación de fraude en el despido colectivo, ya que, hasta la misma, el Tribunal Supremo únicamente tenía en cuenta el período de 90 días del artículo 51 del ET, referido exclusivamente al período anterior a la fecha del despido impugnado.

El Tribunal de Justicia declara en esta sentencia, conocida como la doctrina del compás, que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el

sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo, ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos, en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición.

En aplicación de esta STJUE, la STS, Sala de lo Social, de 21 de julio de 2021 (nº 810/2021, rec. 2128/2018), rectifica su doctrina, conforme a la que, el cómputo de los 90 días, debía efectuarse desde la fecha del último de los despidos computables hacia atrás. Por tanto, el periodo de 90 días, a partir de ahora podrá ser el anterior, o bien, el posterior, al despido individual en el litigio, y durante el cual se hayan producido el mayor número de despidos y extinciones contractuales computables a estos efectos.

Ahora bien, en todo caso, se exige que tales periodos sean sucesivos y consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo, a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del despido individual, que queden fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días.

En cuanto a la incidencia del principio de igualdad sobre el despido colectivo, resultó muy controvertido el caso Porras Guisado, ampliamente alegado en la praxis nacional por la parte empresarial.

La STJUE de 22 de febrero de 2018 (C-103/16), responde a una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante auto de 20 de enero de 2016, en el procedimiento entre Jessica Porras Guisado y Bankia, S.A.

Recuerda el TJUE que el artículo 10 de la Directiva 92/85, da una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido.

Por consiguiente, los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, por los cuales se efectúan los despidos colectivos, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva

98/59, constituyen casos excepcionales, no inherentes al estado de las personas trabajadoras, a efectos del artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, se indica que, el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85, debe interpretarse en el sentido de que, no se opone a una normativa nacional, que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, siempre y cuando la decisión se base en motivos objetivos justificados y se haga por escrito. Estos motivos pueden ser, entre otros, económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa.

Señala además, que la Directiva 92/85, concretamente su artículo 10, punto 1, no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa, ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad al despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

V. CONTRATACIÓN TEMPORAL

De especial notoriedad ha resultado ser el denominado asunto Ana de Diego Porras, a raíz de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en relación con la interpretación de la Directiva 99/70/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, marcando un punto de inflexión en cuanto a la interpretación jurisprudencial sobre los trabajadores de duración determinada, que culmina, como se ha indicado con la reforma laboral.

Como es sabido, inicialmente el TJUE, en sentencia de 14 de septiembre de 2016, apreció que, el mero hecho de que el trabajador hubiera prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad, no puede constituir una razón objetiva, que permitiera justificar la negativa a que dicho trabajador tuviera derecho a una indemnización.

Esta sentencia propició un sinfín de pronunciamientos nacionales judiciales muy dispares, que motivó el obligado planteamiento de cuestión prejudicial por la Sala IV del TS, por auto de 25 de octubre de 2017, indicando que la ley nacional sí reconocía una indemnización para los trabajadores interinos y para cualquier otro trabajador temporal, cuando la extinción del contrato se producía por las causas establecidas a tal efecto, ya

que no se distinguía entre temporales o indefinidos, ello en atención a las causas objetivas del artículo 52 del ET²⁵.

Tras este auto, el TJUE dicta sentencia en fecha 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), conocida como Diego Porras II, en la que se siguen los criterios asentados en M. M.(contrato de interinidad por vacante) y Norte Facility (de 5 de junio de 2018, C-574/16), contrato de relevo, sobre el alcance del principio de no discriminación en el ámbito de la contratación temporal.

En ella se concluye que una normativa nacional, que no contempla indemnización para los contratos de duración determinada como interinidad por sustitución, no es considerada discriminatoria, siendo el tribunal nacional, quien habrá de medir si el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con contratos de duración determinada, es una medida hábil a los efectos de prevenir y en su caso, sancionar los abusos de la utilización de sucesivos contratos temporales.

El eco de estas sentencias fue muy sonado en el panorama nacional, a título ilustrativo, las SSTSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, S 5-7-2017, nº 710/2017, rec. 555/2017, 4.- STSJ Asturias Sala de lo Social de 29 junio de 2017 (EDJ 2017/149327), TSJ Galicia Sala de lo Social, sec. 1ª, S 8-5-2017, nº 2540/2017, rec. 981/2017, TSJ Andalucía (Málaga) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 16-11-2016, nº 1778/2016, rec. 1515/2016 3 TSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, S 19-9-2017, nº 1806/2017, rec. 1622/2017:

Clarificándose finalmente, la interpretación jurisprudencial sobre contratación temporal a raíz del caso IMIDRA en relación con la figura de los indefinidos no fijos, STJUE de 3 de Junio de 2021 (C-726/2019), al señalar que la asimilación del personal sujeto a la contratación temporal, a los trabajadores indefinidos no fijos, sí podría ser una medida efectiva sancionatoria de la utilización abusiva de la contratación temporal, no así el abono de una indemnización por extinción del contrato, puesto que el establecimiento de una indemnización sería independiente del carácter lícito o abusivo de la utilización de tales contratos.

²⁵ El argumento crucial y no tenido en cuenta en la sentencia Diego Porras I, es que la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (53.1 .b en relación con el art. 52 ET) , independiente de la duración determinada o fija, establece la misma indemnización

Indicando que el parámetro de tres años previsto en el artículo 70 del EBEP, actuaría *a priori* como plazo prudencial para la organización del proceso selectivo, justificando la necesidad temporal a que responde la contratación, siendo, por tanto, una medida preventiva, tendente a evitar la perpetuación de la situación de precariedad de quien ocupa provisionalmente la plaza, a la espera de su cobertura definitiva.

Por tanto, para el TJUE, una normativa que no permite la asimilación de los trabajadores temporales a los trabajadores indefinidos no fijos y que no contiene ninguna otra medida efectiva de prevención y sanción del abuso en la contratación temporal, se opone al Derecho Europeo.

Esta sentencia motivó el cambio de rumbo en la doctrina de la Sala IV, tal y como se constata en la STS, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2021 (rec. núm. 3263/2019), al instaurar una suerte de presunción *iuris tantum* sobre el plazo de tres años que marca el EBEP (artículo 70), en el sentido de que los procesos selectivos, no deben exceder tal plazo, so pena de incurrir en duración injustificadamente larga, sin que pueda ampararse en razones presupuestarias, salvo circunstancias extraordinarias y cuya prueba compete, en todo caso, a la entidad pública.

VI. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo, se concibe como un criterio de general aplicación, consagrado en los artículos 157 del TFUE y 23 de la CDFUE, siendo uno de los objetivos nucleares de las políticas europeas. De modo que, la aplicación e interpretación de las Directivas sobre igualdad, pasa a ser uno de los campos de batalla, en los que el TJUE, se ha mostrado más activo, resultando imprescindible examinar los principales pronunciamientos sobre el particular.

1.-Prohibición de discriminación en materia de remuneración

En materia salarial, es referente la STJUE *Defrenne contra Societe Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, de 15 de junio de 1978, declarando la existencia de discriminación por razón de género, en la retribución que percibía la azafata de vuelo, en relación con la de sus compañeros de sexo masculino que realizaban el mismo trabajo.

En esta línea, la Sala de lo Social de la AN, ha formulado auto de planteamiento de cuestión prejudicial, a fecha de 17 de marzo de 2023 (rec. impugnación de convenio

colectivo 350/22), preguntando al TJUE, si existe una discriminación por razón de sexo por parte de la compañía Air Nostrum, en el pago de dietas superiores a pilotos que a azafatas.

En el asunto Jenkins, sentencia de 31 de marzo de 1981, asimismo el TJUE declaró que existe discriminación en la remuneración diferenciada del personal a tiempo parcial preponderantemente femenino.

También en materia retributiva, en la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1980, caso Danfoss, se señala que, cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de probar que su política de salarios no es discriminatoria.

La STS, Sala de lo Social, 24 de enero de 2017 (nº 43/2017, rec. 1902/2015) aprecia un supuesto de discriminación directa por razón de sexo, en la minoración retributiva de una médico residente que, por adaptación de su puesto de trabajo durante el embarazo y la lactancia, deja de realizar guardias médicas, declarando que la reducción de la remuneración de una trabajadora que sigue trabajando efectivamente, no sólo sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85 (EDL 1992/16806), sino que además, vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras”.

El auto dictado por el TJUE de 15 de octubre de 2019 (AEAT), declara contraria a la Directiva 2006/54/CE, la situación en la que, a los trabajadores fijos discontinuos, solo se les computa a efectos del cálculo de antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los periodos efectivamente trabajados, excluyéndose, por tanto, los periodos en los que no se había trabajado, teniendo en cuenta que esa normativa y práctica, no se aplicaba al caso de los trabajadores a tiempo completo.

La recepción de esta sentencia, nuevamente fuerza al TS a modificar su doctrina, en STS, Sala de lo Social, 19 noviembre de 2019 (rec. núm. 790/2019), pasando a reconocer a los a los fijos discontinuos todo el tiempo de duración de la relación laboral, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional.

2. Igualdad por razón de sexo en el ámbito las prestaciones de Seguridad Social

No solo el ámbito de la remuneración es un campo de cultivo de la discriminación por razón de sexo, también, en el marco de la lactancia y embarazo, ocurren con frecuencia este tipo de vulneraciones del principio de igualdad. Así entre otros pronunciamientos citamos lo siguientes:

En la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09), caso Roca Álvarez. el TJUE considera que la legislación española, está perpetuando un trato discriminatorio para con los padres trabajadores, pues a diferencia de las mujeres que tienen acceso en cualquier caso al permiso por lactancia, los varones sólo pueden acceder al mismo si su cónyuge o pareja es trabajadora por cuenta ajena.

En aplicación de esta doctrina el TS, en STS, Sala de lo Social, de 12 de julio de 2022 (rec. núm. 646/2022), confirma el derecho del padre a disfrutar del permiso de lactancia, tras el nacimiento de su hijo menor de nueve meses, que le había sido denegado por la empleadora, al no desempeñar la madre trabajo retribuido.

Sobre el reconocimiento del complemento de maternidad: la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18), declara que la Directiva 79/7/CEE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica, no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Son numerosas las sentencias dictadas en aplicación de esta doctrina, así entre otras podemos citar STS, de 17 de febrero de 2022 (rec. 3379/2021), o STSJ de Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2022 (rec. 1059/2021).

Otra sentencia de indudable interés, es la STJUE González Castro, de fecha 19 de Septiembre de 2018 (C-41/17), sobre interpretación de las Directivas 92/85 (protección por maternidad) y 2006/54 (igualdad y no discriminación por razón de sexo) en materia de riesgo por lactancia natural.

El Tribunal de Justicia considera que realizar un trabajo a turnos, con una parte de sus funciones en horario nocturno, es un trabajo efectuado en el período nocturno, en el sentido de la Directiva 2003/88, así como, que, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate.

Doctrina que, es acogida en la STSJ Castilla y León (Valladolid) (Social), de 25 de mayo de 2020 (rec. 2203/2019), estimando el recurso de la trabajadora, al no haberse elaborado un plan específico de evaluación riesgos en el desarrollo de su actividad como veterinaria.

En relación con la inversión de la carga probatoria, en materia discriminación por razón de sexo, es referente la sentencia del TJUE Paquay de 11 de octubre de 2007, afirmando sin fisuras que, si una persona se considera perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato y hay hechos que permiten presumir la existencia de discriminación, directa o indirecta, corresponde a la parte demandada, demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

En relación con el reconocimiento de la prestación de desempleo del colectivo de empleadas de hogar, hay que partir de la STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20), apreciando vulneración del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, desde el momento en que la disposición nacional excluía a las empleadas del hogar de las prestaciones por desempleo

Esta sentencia propició un cambio legislativo, dando lugar a la mejora de las condiciones laborales de este colectivo y el reconocimiento de su derecho a la prestación de desempleo, a través del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

Por otra parte, en sede de prestaciones de Seguridad Social y principio de igualdad, hay que hacer alusión a la STJUE Villar Láiz, de 8 de mayo de 2019, (C-161/2018), que toma como referentes las SSTJUE de 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno²⁶), de 14 de

²⁶ STJUE de 22 de noviembre de 2012, Isabel Elbal Moreno contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) (C-385/11).

abril de 2015 (Cachaldora Fernández²⁷) y de 9 de noviembre de 2017 (Espadas Recio²⁸), se aprecia vulneración de la Directiva 79/7CEE, en el cálculo del importe de la pensión de jubilación contributiva, de un trabajador a tiempo parcial, lo que llevo a la STSJ de Castilla y León a estimar el recurso del trabajador (STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de Julio de 2019 (rec. núm. 1857/2017).

3.- Discriminación por razón de discapacidad

La STJUE en el conocido caso Daoudi, de 26 mayo de 2016 (C 395/15) aborda la interpretación de la Directiva 2000/78, indicando que el concepto de discapacidad a efectos de la Directiva, alude a una limitación que procede, de dolencias físicas duraderas, que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate, en la vida profesional, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

La STS de 15 de septiembre de 2020 (rec. 764 2020) en aplicación de tal doctrina, declara que: “La enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. Comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, si aquella conlleva una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y cuando esta limitación es de larga duración”.

Esta interpretación del caso Daoudi, ha dado pie a declarar nulos aquellos despidos realizados en el marco covid por estigmatización de la enfermedad (STSJ País Vasco de 19 de octubre de 2021).

A su vez, a la luz de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, el debate se está reconduciendo, a si debe declararse la nulidad, cuando el despido tenga su causa en cualquier tipo de enfermedad.

²⁷ STJUE de 14 de abril de 2015, Lourdes Cachaldora Fernández contra INSS y TGSS (C-527/13).

²⁸ STJUE de 9 de noviembre de 2017, Begoña Espadas Recio contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) (C-98/15).

Así, la STSJ de las Islas Baleares, 24 de enero de 2023, (rec. núm. 407/2022), aborda la cuestión atinente a si la facultad empresarial de desistir del contrato durante el período de prueba, queda o no enervada por la situación de incapacidad temporal, siendo en su caso elemento detonante para declarar la nulidad del cese. La Sala, en aplicación de la inversión de la carga probatoria del artículo 96.1 LRJS, va a acoger los argumentos de la parte actora, que entendía que la causa real del cese del demandante era el propio temor de la empresa a que su situación de incapacidad temporal se alargase en el tiempo, siendo por tanto tal decisión transgresora de la jurisprudencia del TJUE («Ring» y «Daouidi»).

4.- Discriminación por edad

En relación con la prohibición de discriminación por razón de edad, la STJUE de 17 de noviembre de 2022 (C-304/21), se pronuncia sobre, si es o no contraria a la Directiva 2000/78/CE, la normativa que exige no haber cumplido la edad de 30 años para acceder al proceso selectivo de comisario de la Policía Nacional.

Concluyendo que: “Los artículos 2, 4.1 y 6.1 de la Directivas 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad e trato en el empleo y la ocupación, a la luz del artículo 21 de la CDFUE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece una edad máxima de 30 años para participar en un proceso selectivo para la provisión de puestos de comisario de policía, en la medida en que las funciones que efectivamente ejercen esos comisarios de policía no exijan capacidades físicas específicas o , si se requieren esas capacidades específicas, resulte que esa normativa, pese a perseguir un objetivo legítimo, impone un requisito desproporcionado, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha de 24 de enero de 2023 (rec. núm. 2785/2021), previa invocación por el recurrente de la Directiva y jurisprudencia europea, pasa a definir los criterios que, a juicio de la Sala IV, determinan cuándo una diferencia de trato por razón de edad está objetiva y razonablemente justificada.

En efecto, se trataba de resolver si el acuerdo sobre el despido colectivo, alcanzado en conciliación judicial, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, era discriminatorio por razón de edad, al contemplar una indemnización más elevada para los afectados menores de 60 años.

El Tribunal Supremo considera que, por sí sola, la edad próxima a la jubilación, no podría ser una causa justificativa de despido, pero sí un factor objetivo, razonado y proporcionado de política social, siempre que fuera acompañado de medidas efectivas, tendentes a atenuar o minimizar los daños que supone una decisión extintiva.

Es decir el criterio de la edad podría resultar proporcionado, y acorde a la Directiva si tales diferencias de trato por razón de edad, se encuentran objetiva y razonablemente justificadas.

VII. CONCLUSIONES

La asunción por parte de España de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea durante el uno de julio, al próximo 31 de diciembre de 2023, permitirá avanzar en el denominado escudo social Europeo, máximo exponente del Estado del bienestar europeo, bajo el lema: una Europa más cerca, permitiendo desarrollar los principios consagrados en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales (adoptado por la Comisión en marzo de 2021), fomentando el diálogo social, el trabajo decente y la economía social, impulsando la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Política europea social, que marca el rumbo de la actuación legislativa nacional y jurisprudencial, impulsando una mejora en las condiciones de las personas trabajadoras, combatiendo la precariedad laboral, en ámbitos tan importantes como: la lucha contra la discriminación, la brecha en la era digital, el fraude en la contratación temporal, o la gestión de la ordenación del tiempo de trabajo. Sin duda, el impacto del Derecho de la Unión Europea, en el panorama nacional, ostenta un papel sumamente relevante, constituyendo, a día de hoy, el referente, en cuanto a salvaguarda de las garantías del escudo social de las personas trabajadoras.