

LA ACTIVIDAD DE LOS JUECES ESPAÑOLES COMO FACTOR DEL IMPACTO SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA RESOLVIENDO PETICIONES DE DECISIONES PREJUDICIALES EN ASUNTOS AFECTADOS POR NORMAS DE POLÍTICA SOCIAL DE LA UNIÓN: CAMBIOS NORMATIVOS, INAPLICACIÓN DE PRECEPTOS E INTERPRETACIONES CONFORMES¹

THE ACTIVITY OF SPANISH JUDGES AS FACTOR OF THE IMPACT ON THE RIGHT OF SPANISH LABOR OF THE FAILURES OF THE COURT OF JUSTICE RESOLVING PETITIONS OF PREJUDICIAL DECISIONS IN MATTERS AFFECTED BY STANDARDS OF SOCIAL POLICY OF THE UNION: REGULATORY CHANGES TO INTERPRETATIONS

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidade de Santiago de Compostela
<https://orcid.org/0000-0002-1109-7245>
javier.garate@usc.es

RESUMEN

Los fallos del Tribunal de Justicia que resuelven cuestiones prejudiciales planteadas en pleitos en los que las normas nacionales aplicables deben responder a una transposición e interpretación apropiadas de las normas de la Unión reguladoras de las materias propias de la política social amplifican, sin duda, la repercusión del Derecho Social de la Unión sobre el Derecho del Trabajo de cada uno de los

¹ El presente estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: *Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales*, con referencia RTI2018-097917-B-100.

Estados miembros. Esa amplificación es tanto mayor cuanto más alto sea el número de los indicados fallos, principalmente de aquellos con origen en cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de que se trate. En el caso de España, la amplificación es superior a la que cabe apreciar en otros Estados miembros. Lo es como consecuencia del espectacular aumento de las cuestiones prejudiciales elevadas por los jueces y tribunales. Los órganos jurisdiccionales españoles se han convertido en los más activos de los Estados miembros en el planteamiento de cuestiones prejudiciales en asuntos del tipo de los aquí contemplados. Para ser más exactos, unos pocos jueces y tribunales han hecho que los órganos jurisdiccionales españoles sean los más activos, dando lugar a un elevado número de fallos del Tribunal de Justicia sobre un variado conjunto de materias respecto de las cuales es preciso que la normativa laboral española de aplicación corresponda a una transposición e interpretación apropiadas de las normas a través de las cuales la Unión ejerce sus competencias de política social. Aunque la repercusión de las aludidas sentencias y autos sobre aquella normativa, sobre la jurisprudencia y doctrina judicial que la interpreta y aplica y sobre las prácticas de los empleadores es predicable de todas y cada una de las resoluciones del Tribunal, su intensidad varía en función de los asuntos enjuiciados por este y, por descontado, del sentido del fallo emitido. Entre las formas más fuertes de impacto figuran las tres examinadas en el estudio que se presenta, definidas por la modificación de preceptos de la normativa laboral española, la inaplicación de algunos de esos preceptos por parte de los órganos jurisdiccionales y la interpretación conforme de otros.

Palabras clave: Decisiones prejudiciales, jurisprudencia del Tribunal de Justicia, política social de la Unión Europea, supremacía del derecho de la Unión.

ABSTRACT

The Court's rulings ruling questions referred in disputes in which the applicable national rules must respond to an

appropriate transposition and interpretation of EU rules regulating matters social policy undoubtedly amplifies the impact of EU social law on the labour law of each Member State. That amplification is all the greater the higher the number of the above-case judgments, in particular those aforeshed in questions referred for a preliminary ruling by the courts of the Member State concerned. In the case of Spain, the amplification is higher than that which can be seen in other Member States. This is as a result of the dramatic increase in questions raised by judges and courts. The Spanish courts have become the most active of the Member States in the approach of questions for a preliminary ruling in cases of the type referred herein. To be more precise, a few judges and courts have made the Spanish courts the most active, leading to a high number of court rulings on a wide range of matters on which the Spanish labour law of application corresponds to an appropriate transposition and interpretation of the rules through which the Union exercises its social policy powers. Although the impact of the above-all judgments and documents on that legislation, on the jurisprudence and judicial doctrine that interprets and applies it and on the practices of employers is preached by each and every decision of the Tribunal, its intensity varies depending on the matters prosecuted by it and, of course, the meaning of the judgment issued. Among the strongest forms of impact are the three examined in the study presented, as defined by the amendment of provisions of Spanish labour law, the non-application of some of those provisions by the courts and the consistent interpretation of others.

Keywords: Preliminary rulings, case-law of the Court of Justice, social policy of the European Union, supremacy of EU law.

RESUMO

Os fallos do Tribunal de Xustiza que resollen cuestións prexudiciais formuladas en preitos nos que as normas nacionais aplicables deben responder a unha transposición e interpretación apropiadas das normas da Unión reguladoras das materias propias da política social amplifican, sen

dúbida, a repercusión do Dereito Social da Unión sobre o Dereito do Traballo de cada un dos Estados membros. Esa amplificación é tanto maior canto máis alto sexa o número dos indicados fallos, principalmente daqueles con orixe en cuestións prexudiciais formuladas polos órganos xurisdicionais do Estado membro de que se trate. No caso de España, a amplificación é superior á que cabe apreciar noutros Estados membros. Isto é así como consecuencia do espectacular aumento das cuestións prexudiciais elevadas polos xuíces e tribunais. Os órganos xurisdicionais españois convertéronse nos máis activos dos Estados membros na formulación de cuestións prexudiciais en asuntos do tipo dos aquí contemplados. Para ser máis exactos, uns poucos xuíces e tribunais fixeron que os órganos xurisdicionais españois sexan os máis activos, dando lugar a un elevado número de fallos do Tribunal de Xustiza sobre un variado conxunto de materias respecto das cales é preciso que a normativa laboral española de aplicación corresponda a unha transposición e interpretación apropiadas das normas a través das cales a Unión exerce as súas competencias de política social. Aínda que a repercusión das aludidas sentenzas e autos sobre aquela normativa, sobre a xurisprudencia e doutrina xudicial que a interpreta e aplica e sobre as prácticas dos empregadores é predicable de todas e cada unha das resolucións do Tribunal, a súa intensidade varía en función dos asuntos axuizados por este e, sen dúbida ningunha, do sentido do fallo emitido. Entre as formas máis fortes de impacto figuran as tres examinadas no estudo que se presenta, definidas pola modificación de preceptos da normativa laboral española, a inaplicación dalgúns deses preceptos por parte dos órganos xurisdicionais e a interpretación conforme doutros.

Palabras chave: Decisións prexudiciais, xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, política social da Unión Europea, supremacía do dereito da Unión.

Abreviaturas: AN (Audiencia Nacional, Sala de lo Social), AS (Aranzadi Social), ATJ (auto del Tribunal de Justicia), CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1978), ECLI (Identificador europeo de jurisprudencia), ET 1995 (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), ET 2015 (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), FOGASA (Fondo de garantía salarial), LGDPD (texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), LGSS (texto refundido de la ley general de seguridad social; según se indique, el aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, o por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), LOTC (Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), RJ (Repertorio de jurisprudencia, de Aranzadi), TC (Tribunal Constitucional), TS (Tribunal Supremo), TSJ (Tribunal Superior de Justicia; Sala de lo Social, salvo que se indique otra cosa), STC (sentencia del Tribunal Constitucional), STJ (sentencia del Tribunal de Justicia), STS (sentencia del Tribunal Supremo, de su Sala de lo Social, salvo que se indique otra cosa), STSJ (sentencia de Tribunal Superior de Justicia, de su Sala de lo Social y de la comunidad autónoma que expresamente se indique), TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Ciertamente, la repercusión de las sentencias y de los autos del Tribunal de Justicia que resuelven peticiones de decisiones prejudiciales y proporcionan al juez remitente elementos a tener en cuenta para decidir si una determinada regulación nacional (estatal o convencional) que transpone normas de la Unión sobre materias propias de la política social es o no conforme a dichas normas, esa repercusión -digo- no acaba, por lo general, en el Estado miembro en el que haya tenido origen el planteamiento de la correspondiente petición. A menudo, llega a los derechos nacionales de otros Estados, en los que se hace visible a través de cambios normativos y de los criterios de la jurisprudencia y doctrina judicial inspirados en los fallos de aquellas sentencias y autos. Con todo, no cabe duda de que la repercusión o el impacto es de mayor intensidad en el derecho nacional al que pertenezca, en cada caso, la disposición normativa enjuiciada. En ese derecho nacional, los efectos de la repercusión son directos o inmediatos. Lo son, además, en múltiples direcciones, de las que se da cuenta más adelante. El impacto sobre el Derecho del Trabajo español de esos fallos que resuelven peticiones de decisiones prejudiciales elevadas en litigios sobre asuntos concernidos por disposiciones normativas de la Unión sobre política social (arts. 151 y sigs. del TFUE) no constituye una excepción a lo anterior. Aunque aquel examen pase, de forma necesaria y principal, por la atención a los fallos correspondientes a las peticiones con origen en los órganos jurisdiccionales españoles, no será completo si se prescinde de atender a los fallos -a sus efectos *indirectos*- correspondientes a las peticiones presentadas por los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros². A

² Cabe traer a colación al respecto, por ejemplo, la STJ de 20 de enero de 2009, *Schultz-Hoff* (asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06; ECLI:EU:C:2009:18), determinante del cambio de criterio seguido hasta entonces por el TS en relación con los efectos sobre las vacaciones de la incapacidad temporal coincidente con el período de disfrute de estas fijado con anterioridad a la baja médica. Cambió el criterio, apoyándose en la doctrina de la citada sentencia, la STS de 24 de junio de 2009 (RJ 2009/4286), de Sala General y de unificación de doctrina (sobre el particular véase

pesar de ello, un análisis limitado al primer grupo de fallos está justificado cuando de lo que se trata es de determinar en qué medida la actividad de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, en nuestro caso, España, provoca el referido tipo de impacto al plantear peticiones de decisiones prejudiciales en el curso del tipo de litigios a los que se ha hecho referencia.

1. Un impacto derivado de una concentrada, creciente y exitosa actividad judicial

Un análisis como el indicado revela que el impacto que tiene sobre el Derecho del Trabajo español el grupo de fallos contemplado es notable y fruto de una concentrada, creciente y exitosa actividad de los jueces españoles.

Las peticiones de decisiones prejudiciales planteadas hasta la fecha por nuestros tribunales en materias que cuentan con normas de la Unión pertenecientes al que consideramos, a efectos del presente estudio, ámbito estricto de la política social³ sobrepasan, con mucho, el

infra, apartado 2.1, nota 107). Otro ejemplo lo constituye la STJ de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr* [asunto C-506/06 (ECLI:EU:C: 2008:119): "Los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE (...) se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro*, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero (...), en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento" (apartado 54 y fallo)], la cual llevó a la STS de 4 de abril de 2017, de casación para la unificación de doctrina (RJ 2017/1981), a declarar, en relación con la trabajadora sometida a un proceso de fertilización y fecundación *in vitro* que es objeto de un despido cuando todavía no han sido implantados los óvulos fecundados en su útero, que dicho despido es nulo, por discriminatorio por razón de sexo, al no haber quedado desvirtuados por la empresa los indicios existentes al respecto.

³ El definido, además de por el art. 153 del TFUE, por la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras, objeto del art. 157. La razón apuntada justifica que no se tenga en cuenta aquí, la STJ de 15 de octubre de 2015 [*Ibáñez Gutiérrez*; asuntos C-352/14 y

centenar; para ser más precisos, superan ya las ciento veinte. Hasta el 1 de diciembre de 2019, el Tribunal de Justicia ha dado respuesta, entrando en el fondo del asunto, a ochenta y seis de esas peticiones; de ellas, sesenta y cinco se han resuelto por sentencia y catorce por medio de auto motivado. Tan alto número de peticiones crecerá de forma notable próximamente, con la resolución de las, al menos, quince peticiones elevadas durante 2018 y 2019 y pendientes de un pronunciamiento por parte de aquel. En cualquier caso, basta con atender a las peticiones que cuentan con una resolución de fondo⁴ para concluir que los

C-353/14 (ECLI:EU:C:2015:691)], que responde a dos peticiones de cuestión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa en el año 2014. Aunque en el asunto objeto del litigio principal el juez nacional duda sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del importe de las indemnizaciones acordadas en un procedimiento de despido colectivo, superiores a las mínimas legales, la duda se refiere a la cobertura de ese importe con ayudas concedidas por el Estado, al amparo de la Decisión C(2012) 8764 final de la Comisión, de 28 de noviembre de 2012, para la reestructuración del grupo bancario en el que se produjo dicho despido (Banco Financiero y de Ahorro, S.A., y su filial Bankia, identificados en la sentencia como "Grupo BFA"). Si se prefiere, no se cuestiona en ningún momento la compatibilidad de aquel importe más elevado con las normas de política social de la Unión que se ocupan del despido colectivo (la Directiva 98/59/CE). De acuerdo con el fallo de la sentencia, "la Decisión C(2012) 8764 final de la Comisión, de 28 de noviembre de 2012, relativa a la ayuda concedida por las autoridades españolas para la reestructuración y recapitalización del grupo BFA, y los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, en los que se basa dicha Decisión, no se oponen a la aplicación, en el marco de un litigio relativo a un despido colectivo comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Decisión, de una normativa nacional que, en caso de despido improcedente del trabajador, fija un importe de indemnización superior al mínimo legal".

⁴ Se descartan o no se tienen en cuenta las peticiones archivadas por haberse retirado, las declaradas inadmisibles en su totalidad y, por último, aquellas en las que el Tribunal se considera manifiestamente incompetente para responder a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial. Pertenecen al primer grupo de peticiones, por ejemplo, la presentada por el TSJ de Cataluña en

tribunales españoles son, por hoy, los más dinámicos de los Estados miembros a la hora de demandar del Tribunal de Justicia una respuesta segura sobre la interpretación que merecen determinados preceptos de las normas de la Unión sobre los contenidos que forman parte de la política social y decidir, en función de dicha respuesta, si la regulación nacional (estatal o convencional) de la materia o su interpretación judicial cumplen con las exigencias de las aludidas normas.

Desde luego, un número de peticiones de decisiones prejudiciales tan alto como el indicado podría conducir a pensar que nuestros jueces, en especial los del orden jurisdiccional social, son los más inseguros a la hora de interpretar el derecho de la Unión y establecer, en el caso concreto, si el derecho nacional se opone o no a él. Sin embargo, el conocido dato numérico admite una valoración

2016 y tramitada como asunto C-432/16 (ATJ de 12 de abril de 2018, *Minayo Luque*; ECLI:EU:C:2018:277); o la presentada por el TSJ de Galicia en 2007 y tramitada como asunto C-97/07 (ATJ de 15 de enero de 2008, *Méndez López*; ECLI:EU:C:2008:10). Pertenecen al segundo grupo de peticiones, por ejemplo, la presentada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cádiz en 2017, tramitada como asunto C-252/17 (ATJ de 21 de marzo de 2018, *Vadillo González*; ECLI:EU:C:2018:202), la presentada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona en 2016, tramitada como asunto C-97/16 (STJ de 2 de marzo de 2017, *Pérez Retamero*; ECLI:EU:C:2017:158), la presentada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en 2014, tramitada como asunto C-351/14 (STJ de 16 de junio de 2016, *Rodríguez-Sánchez*; ECLI:EU:C:2016:447) y la presentada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Almería en 2009, tramitada como asunto C-389/09 (ATJ de 20 de enero de 2010, *Sáenz Morales*; ECLI:EU:C:2010:22). En fin, en el tercer grupo de peticiones se incluyen, entre otras, la presentada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid en 2014 (STJ de 5 de febrero de 2015, *Nisttahuz Proclava*, asunto C-117/14; ECLI:EU:C:2015:60), la presentada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa en 2013 (STJ de 27 de marzo de 2015; *Torralbo Marcos*, asunto C-265/13; ECLI:EU:C:2014:187) y la presentada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba en 2012 (ATJ de 7 de marzo de 2013, *Rivas Montes*, asunto C-178/12; ECLI:EU:C:2013:150).

bien diferente: un grupo de jueces, cada vez más receptivo al enjuiciamiento de los asuntos teniendo en cuenta la regulación de la materia por parte del derecho de la Unión y la supremacía de este, ha terminado por convertir a los tribunales españoles en los que menos reparos tienen en solicitar al Tribunal de Justicia un pronunciamiento expreso sobre la interpretación de la norma social de la Unión y la conformidad a ella de la correspondiente norma laboral nacional.

No siempre ha sido así. La atención de los jueces españoles a los requerimientos de la regulación de la Unión sobre materias propias de la política social fue muy escasa durante muchos años y, en concreto, durante la primera mitad del período que España lleva formando parte de la Unión. El número de peticiones de decisiones prejudiciales solo comienza a crecer de forma significativa a partir de 2003.

Desde el ingreso de España en la entonces Comunidad Económica Europea, el 1 de enero de 1986, y hasta el 31 de diciembre de 2002, las peticiones de decisiones prejudiciales de los jueces españoles han sido doce. La primera, de 1986, formulada por la sala cuarta del extinto Tribunal Central de Trabajo, por medio de auto de 21 de marzo de dicho año, fue resuelta por la STJ de 29 de septiembre de 1987 (*Giménez Zaera*, asunto C-126/86)⁵. La referida petición venía a solicitar una respuesta del Tribunal sobre si casaba con los objetivos de la política social una medida regresiva de la protección del sistema público de seguridad social como la contenida en el art. 52.1 de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1984, que había declarado la incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema seguridad social "con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en cualesquiera administraciones públicas y organismos constitucionales". La respuesta del Tribunal fue tan breve como contundente: "Ni el artículo 2 ni los artículos 117 y 118 del Tratado CEE se oponen a la introducción por una legislación nacional de

⁵ ECLI:EU:C:1987:395.

una prohibición de acumulación de una pensión de jubilación con una remuneración de funcionario que implique una reducción de ingresos de los afectados”.

Sin duda, el fallo transcrito explica la suerte que correría la siguiente de las peticiones del período, elevada por la Magistratura de Trabajo número 19 de Barcelona, por medio de auto de 1 de septiembre de 1987, tramitada como asunto C-304/87 (*Abarca Formiga*) y de contenido coincidente con el de la primera petición. Visto el fallo de la sentencia que resolvió esta, no extraña que la ahora contemplada segunda petición, planteada veintiocho días antes de la fecha de ese fallo, concluyese con el archivo del asunto por parte del Tribunal, que se produjo por resolución de 16 de diciembre de 1987⁶.

Desde la citada segunda petición hasta la siguiente habrían de pasar casi cinco años. Esa tercera petición, de 31 de julio de 1992 y del TSJ de Cataluña, fue resuelta por la STJ de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner Miret*, asunto C-334/92)⁷, que constituye la primera decisión del Tribunal promovida por jueces españoles con impacto patente sobre nuestro Derecho del Trabajo. Semejante impacto lo fue en un doble plano: sobre la doctrina judicial y sobre la legislación laboral. Tras dejar claro que el personal de alta dirección estaba comprendido, en España, en el ámbito de aplicación de la que entonces era la Directiva 80/987/CEE (hoy sería la Directiva 2008/94/CE) y, por lo tanto, figuraba entre los sujetos a los que debía alcanzar la protección de la institución nacional de aseguramiento del pago de las cantidades que el empresario insolvente adeude a sus trabajadores, como consecuencia de los respectivos contratos de trabajo, concluye el Tribunal que, en el supuesto de que la regulación de tal institución nacional (el FOGASA) no consienta, ni siquiera a través de una interpretación conforme, llevar aquella protección al referido personal, este tendría derecho a solicitar al Estado “la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia

⁶ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 111, de 28 de abril de 1988.

⁷ ECLI:EU:C:1993:945.

del incumplimiento de la Directiva” [apartado 23 y fallo 2.b)]. Pues bien, recibida la anterior respuesta, el órgano jurisdiccional remitente optó por resolver el caso (el litigio principal) atendiendo a la apuntada solución supletoria⁸, por no apreciar la posibilidad de la interpretación conforme y descartar el efecto directo de la Directiva 80/987/CEE en el punto de que se trata⁹. No quedó todo ahí. Ciertamente, la existencia de una jurisprudencia contradictoria sobre la materia¹⁰, la respuesta del TS en orden a la solución de la contradicción¹¹, el propio planteamiento de la petición de decisión prejudicial por parte de la Sala catalana y, de modo especial, las conclusiones del Abogado General sobre el asunto, de 15 de julio de 1993, anticipando cuál podría ser la respuesta del Tribunal, habían contribuido a la creación de una situación favorable a una modificación legal que permitiera el disfrute de la protección del FOGASA por parte del personal de alta dirección y, a la postre, cumplir respecto de él lo ordenado por la Directiva 80/987/CEE. En este contexto, el fallo del Tribunal vino a hacer más necesaria e, incluso, obligada la modificación introducida por la disposición adicional segunda de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que estableció, con redacción posteriormente incorporada a la disposición adicional quinta del ET (de los textos refundidos de 1995 y de 2015), que “las

⁸ Lo hizo en su sentencia de 16 de febrero de 1994 (AS 1994/577), con criterio que tiene ocasión de volver a aplicar la de igual Sala y Tribunal de 11 de noviembre del mismo año (AS 1994/4364).

⁹ Siguiendo la doctrina del TS, puesta de manifiesto en sus sentencias de 13 de julio de 1991 (RJ 1991/5985) y 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10382), ambas de casación para la unificación de doctrina.

¹⁰ Así, acogiendo la pretensión del personal de alta dirección de acceder a la protección del FOGASA, sentencias del TSJ de La Rioja de 27 de marzo y 31 de diciembre de 1990 (AS 1990/2186 y AS 1990/2258, respectivamente); también STSJ de Navarra de 21 de junio de 1991 (AS 1991/3879). Desestimando la referida pretensión, STSJ de Aragón de 12 de enero, STSJ de Cantabria de 18 de abril y STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de diciembre, las tres de 1991 (AS 1991/181, AS 1991/ 2553 y AS 1991/6942, respectivamente).

¹¹ Véanse sentencias citadas en la nota 8.

retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores”.

En cuanto a las nueve peticiones que quedan, cuatro versan sobre la transmisión de empresas. La más antigua de ellas, de 1995, fue resuelta por la STJ de 17 de abril de 1997 (*Burdalo Trevejo*, asunto C-336/95)¹², declarando la imposibilidad de la válida invocación de la Directiva 77/187/CEE en el caso objeto del litigio principal, relativo a una transmisión de empresa producida en una fecha en la que tal Directiva todavía no había comenzado a producir efectos jurídicos en España. Otra, presentada en 1996 por el TSJ de Castilla-La Mancha, fue resuelta por la STJ de 10 de diciembre de 1998 (*Sánchez Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96)¹³ y, por último, las otras dos, presentadas en 1996 y 1997 por el TSJ de Murcia y el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, respectivamente, fueron resueltas por la STJ de 10 de diciembre de 1998 (*Hernández Vidal*, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97)¹⁴. Por lo que se refiere a las restantes cinco peticiones del período, la primera de ellas, de 1998 y del TSJ de la Comunidad Valenciana, fue resuelta por la STJ de 3 de octubre de 2000 [*Sindicato de médicos de asistencia pública (SIMAP)*, asunto C-303/98]¹⁵; dos más, de 1999, del TSJ de Galicia y del Juzgado de lo Social único de Algeciras, fueron resueltas, respectivamente, por el ATJ de 3 de julio de 2001 (*Confederación Intersindical Galega*; asunto C-241/99)¹⁶ y la STJ de 4 de octubre de 2001 (*Jiménez Melgar*, asunto C-438/99)¹⁷; otra, del año 2000 y presentada por el TSJ de Castilla-La Mancha, fue resuelta por la STJ de 12 de diciembre de 2002 (*Rodríguez Caballero*, asunto C-442/00)¹⁸ y la última, de 2001, presentada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid,

¹² ECLI:EU:C:1997:204.

¹³ ECLI:EU:C:1998:595.

¹⁴ ECLI:EU:C:1998:594.

¹⁵ ECLI:EU:C:2000:528.

¹⁶ ECLI:EU:C:2001:371.

¹⁷ ECLI:EU:C:2001:509.

¹⁸ ECLI:EU:C:2002:752.

encontró respuesta en la STJ de 18 de marzo de 2004 (*Merino Gómez*, asunto C-342-01)¹⁹.

La situación inicia un cambio radical en el año 2003. Creo que semejante cambio no es ajeno a la mejora de la formación y a la mayor experiencia de nuestros jueces en el campo del derecho de la Unión, en particular del social. Asimismo, tampoco es ajeno al activismo o especial celo de algunos de ellos en velar por una aplicación de las disposiciones nacionales ajustada a su plena conformidad con las exigencias de las normas sociales de la Unión de las que sean transposición y a la adecuada interpretación de dichas normas.

Desde 2003 no falta un año en el que no se haya presentado al menos una petición de decisión prejudicial que haya merecido una respuesta de fondo del Tribunal y son mayoría los años en que aparecen dos o más peticiones de ese tipo. En particular, llama la atención el importante aumento de peticiones a partir de 2013. Dejando a un lado las peticiones retiradas, inadmitidas o que cuentan con una resolución del Tribunal en la que este se declara incompetente para responder a las cuestiones planteadas, el año 2013 marca el inicio de un período que comprende más de la mitad de las ochenta y seis peticiones resueltas por sentencia o auto desde 1986. Corresponden a tal período treinta y seis sentencias y ocho autos. En esas cuarenta y cuatro resoluciones, el Tribunal entra en el fondo y resuelve cuarenta y ocho peticiones, de las cuales seis se plantearon en 2013, siete en 2014, nueve en 2015, siete en 2016, otras siete en 2017 y doce en 2018. La diferencia con cualquier etapa anterior que se tome en consideración aun será mayor con las sentencias o autos que puedan resolver, entrando en el fondo, las peticiones pendientes (al menos, quince).

Por lo que respecta a los tribunales laborales, de ellos procede la mayor parte de las ochenta y seis peticiones de decisiones prejudiciales origen de las sentencias y autos de fondo que se contemplan; en concreto, cincuenta y ocho sentencias y nueve autos. Una procede del extinto Tribunal

¹⁹ ECLI:EU:C:2004:160.

Central de Trabajo, dos aparecen planteadas por la Sala de lo Social de la AN²⁰ y otras dos por la Sala de lo Social del TS²¹. Las restantes proceden de los juzgados de lo social (treinta peticiones) y de las salas de lo social de tribunales superiores de justicia (treinta y seis). La inclusión de los empleados públicos con una relación de servicios temporal de naturaleza administrativa (personal eventual, funcionarios interinos, personal estatutario eventual) en el ámbito de determinadas disposiciones normativas de la Unión reguladoras de materias propias de la política social²² explica la presencia de cuestiones prejudiciales elevadas por órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo en litigios principales que hacen referencia a aquellos. Proceden de dichos órganos jurisdiccionales trece peticiones resueltas por siete sentencias y cinco autos; dos de ellas proceden de la Sala de lo Contencioso-

²⁰ Una de ellas, presentada en 2014, fue resuelta por la STJ de 10 de septiembre de 2015 (*Federación de servicios privados del sindicato Comisiones Obreras*, asunto C-266/14; ECLI:EU:C:2015:578); la otra, presentada en 2018, encontró respuesta de fondo en la STJ de 14 de mayo de 2019 (*Federación de servicios de Comisiones Obreras/Deutsche Bank*, asunto C-55/18; ECLI:EU:C:2019:402).

²¹ La primera de ellas, presentada en 2011, fue resuelta por la STJ de 21 de junio de 2012 (*ANGED*, asunto C-78/11; ECLI:EU:C:2012:372); la segunda, presentada en 2017, tuvo su origen en los graves problemas suscitados por la aplicación de la doctrina de la STJ de 14 de septiembre de 2016 (*de Diego Porras*, asunto C-596/14; ECLI:EU:C:2016:683), relativa a la pertinencia del abono de indemnización por finalización del contrato de interinidad. Dicha segunda petición encontró respuesta de fondo en la STJ de 21 de noviembre de 2018 (*de Diego Porras II*, asunto C-619-17; ECLI:EU:C:2018:936), la cual rectificó el criterio mantenido en 2016.

²² Entre ellas, por ejemplo, el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, y 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.

administrativo del TS²³, una de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco y las demás de juzgados de lo contencioso-administrativo. En fin, las dos peticiones que restan tienen su origen en el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

El resultado de la actividad de nuestros tribunales a partir del año 2003 es, en lo que concierne a las peticiones de decisiones prejudiciales admitidas y resueltas por sentencia o auto entrando en el fondo, el siguiente:

Año 2003: una petición procedente del TSJ de la Comunidad Valenciana, resuelta por la STJ de 16 de diciembre de 2004 (*Olaso Valero*, asunto C-520/03)²⁴.

Año 2004: una petición procedente del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, resuelta por la STJ de 16 de febrero de 2006 (*Sarkatzis Herrero*, asunto C-294/04)²⁵.

Año 2005: cinco peticiones; una del Juzgado de lo Social único de Algeciras, dos del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, otra del TSJ de Castilla y León y la última del Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián. La respuesta del Tribunal a dichas peticiones se encuentra, respectivamente, en el auto de 13 de diciembre de 2005 (*Guerrero Pecino*, asunto C-177/05)²⁶ y en las sentencias de 11 de julio de 2006 (*Chacón Navas*, asunto C-13/05)²⁷, 16 de octubre de 2007 (*Palacios de la Villa*, asunto C-411/05)²⁸, 7 de septiembre de 2006 (*Cordero Alonso*, asunto C-81/05)²⁹ y 13 de septiembre de 2007 (*del Cerro Alonso*, asunto C-307/05)³⁰.

²³ La primera de ellas, de 2014, fue resuelta por la STJ de 9 de julio de 2015 (*Regojo Dans*, asunto C-177/14; ECLI:EU:C:2015:450); la segunda, de 2018, fue resuelta por el ATJ de 12 de junio de 2019 (*Aragón Carrasco*, C-367/18; ECLI:EU:C:2019:487).

²⁴ ECLI:EU:C:2004:826.

²⁵ ECLI:EU:C:2005:109.

²⁶ ECLI:EU:C:2005:764.

²⁷ ECLI:EU:C:2006:456.

²⁸ ECLI:EU:C:2007:604.

²⁹ ECLI:EU:C:2006:529.

³⁰ ECLI:EU:C:2007:509.

Año 2006: dos peticiones procedentes del Juzgado de lo Social único de Algeciras, resueltas por el Tribunal en 2008, en sus sentencias de 17 de enero (*Velasco Navarro*, asunto C-246/06)³¹ y 21 de febrero (*Robledillo Núñez*, asunto C-498/06)³².

Año 2007: dos peticiones elevadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona y el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, resueltas, respectivamente, por las sentencias de 16 de octubre de 2008 (*Kirtruna, S. L.*, asunto C-313/07)³³ y 16 de julio de 2009 (*Gómez Limón*, asunto C-537/07)³⁴.

Año 2008: dos peticiones; una planteada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid y la otra por el TSJ de Madrid. Tales peticiones fueron resueltas por el Tribunal en 2009, por medio de las sentencias de 10 de septiembre (*Vicente Pereda*; asunto C-277/08)³⁵ y 10 de diciembre (*Rodríguez Mayor*, asunto C-323/08)³⁶, respectivamente.

Año 2009: cinco peticiones. Dos de ellas, planteadas por juzgados de lo contencioso-administrativo (el nº 3 de La Coruña y el nº 3 de Pontevedra), fueron resueltas por la STJ de 22 de diciembre de 2010 (*Gavieiro Gavieiro*, asuntos acumulados C-444/09 y 456/09)³⁷. Las tres peticiones restantes, procedentes del Juzgado de lo Social único de Algeciras, del TSJ de Galicia y del TSJ de Castilla-La Mancha, fueron resueltas, respectivamente, por la STJ de 29 de julio de 2010 (*Federación de servicios públicos de la UGT*, asunto C-151/09)³⁸, la STJ de 30 de septiembre de igual año (*Roca Álvarez*, asunto C-104/09)³⁹ y la STJ de 20 de enero de 2011 (*Clece, S. A.*, asunto C-463/09)⁴⁰.

³¹ ECLI:EU:C:2008:19.

³² ECLI:EU:C:2008:109.

³³ ECLI:EU:C:2008:574.

³⁴ ECLI:EU:C:2009:462.

³⁵ ECLI:EU:C:2009:542.

³⁶ ECLI:EU:C:2009:770.

³⁷ ECLI:EU:C:2010:819.

³⁸ ECLI:EU:C:2010:452.

³⁹ ECLI:EU:C:2010:561.

⁴⁰ ECLI:EU:C:2011:24.

Año 2010: cuatro peticiones. Una de ellas, planteada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, es resuelta por el ATJ de 18 de marzo de 2011 (*Montoya Medina*, asunto C-273/10)⁴¹. Dos, planteadas por el TSJ de Castilla y León, aparecen resueltas por la STJ de 19 de mayo de 2011 (*Barcenilla Fernández*, asuntos acumulados C-256/10 y C-261/10)⁴². La última, procedente del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 12 de Sevilla, también es resuelta por el Tribunal en 2011, en su sentencia de 8 de septiembre (*Rosado Santana*, asunto C-177/10)⁴³.

Año 2011: tres peticiones. Una planteada por la Sala de lo Social del TS, resuelta por la STJ de 21 de junio de 2012 (*ANGED*, asunto C-78/11); otra planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, resuelta por la STJ de 22 de noviembre de 2012 (*Elbal Moreno*, asunto C-385/11)⁴⁴, y la tercera y última planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid, resuelta por el ATJ de 9 de febrero de 2012 (*Lorenzo Martínez*, asunto C-556/11)⁴⁵.

Año 2012: dos peticiones; una planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm y la otra por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lérida. Ambas fueron resueltas en 2013, la primera, por el ATJ de 21 de febrero (*Maestre García*, asunto C-194/12)⁴⁶; la segunda, por la STJ de 19 de septiembre (*Betriu Montull*, asunto C-5/12)⁴⁷.

Año 2013: seis peticiones con origen en el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Oviedo, el TSJ de Galicia, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona y el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de igual ciudad. La respuesta del Tribunal a las cinco primeras se produjo, respectivamente, en las sentencias de 13 de marzo

⁴¹ ECLI:EU:C:2011:167.

⁴² ECLI:EU:C:2011:326.

⁴³ ECLI:EU:C:2011:557.

⁴⁴ ECLI:EU:C:2012:746.

⁴⁵ ECLI:EU:C:2012:67.

⁴⁶ ECLI:EU:C:2013:102.

⁴⁷ ECLI:EU:C:2013:571.

(*Márquez Samohano*, asunto C-190/13)⁴⁸, 10 de julio (*Julián Hernández*, asunto C-198/13)⁴⁹ y 13 de noviembre de 2014 (*Vital Pérez*, asunto C- 416/13)⁵⁰ y 14 de abril (*Cachaldora Fernández*, asunto C-527/13)⁵¹ y 13 de mayo de 2015 (*Rabal Cañas*, asunto C-392/13)⁵²; la de la última se encuentra en el auto de 28 de enero de este último año (*Gimnasio Deportivo San Andrés*, asunto C-688/13)⁵³.

Año 2014: siete peticiones procedentes del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, de la Sala de lo Contencioso-administrativo (sección 3ª) del TS, de la Sala de lo Social de la AN, del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, del TSJ del País Vasco, del Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba y del TSJ de Madrid. La primera de esas peticiones es resuelta por el Tribunal en 2014, por medio de auto de 11 de diciembre (*León Medialdea*, asunto C-86/14)⁵⁴, y la última en 2016, por la sentencia de 14 de septiembre (*de Diego Porras*, asunto C-596/14). Las restantes recibieron su respuesta en 2015, por las sentencias de 9 de julio (*Regojo Dans*, asunto C-177/14), 10 de septiembre (*Federación se servicios privados del sindicato Comisiones Obreras*, asunto C-266/14), 11 de noviembre (*Pujante Rivera*, asunto C-422/14)⁵⁵, 26 de igual mes [*Administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF)*, asunto C-509-14]⁵⁶ y 17 de diciembre (*Arjona Camacho*, asunto C-407/14)⁵⁷.

Año 2015: nueve peticiones, de las cuales cuatro proceden del TSJ del País Vasco; en concreto, tres de su Sala de lo Social y una de su Sala de lo Contencioso-administrativo. Las tres de la Sala de lo Social fueron resueltas por la STJ de 14 de septiembre de 2016 (*Martínez Andrés*, asuntos

⁴⁸ ECLI:EU:C:2014:146.

⁴⁹ ECLI:EU:C:2014:2055.

⁵⁰ ECLI:EU:C:2012:67.

⁵¹ ECLI:EU:C:2014:215.

⁵² ECLI:EU:C:2015:318.

⁵³ ECLI:EU:C:2015:46.

⁵⁴ ECLI:EU:C:2014:2447.

⁵⁵ ECLI:EU:C:2015:743.

⁵⁶ ECLI:EU:C:2015:781.

⁵⁷ ECLI:EU:C:2015:831.

acumulados C-184-15 y C-197/15)⁵⁸ y el ATJ de 17 de noviembre de 2015 (*Plaza Bravo*, asunto C-137/15)⁵⁹; la de la Sala de lo Contencioso-administrativo por la STJ de 15 de noviembre de 2016 (*Salaberría Sorondo*, asunto C-258/15)⁶⁰. Una de las otras cinco peticiones, correspondiente al Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Madrid, fue resuelta por la STJ de 14 de septiembre de 2016 (*Pérez López*, asunto C-16/15)⁶¹; otra, correspondiente al Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo, fue resuelta por el ATJ de 21 de septiembre de 2016 (*Álvarez Santirso*, asunto C-631/15)⁶²; otra más, del TSJ de Galicia, fue resuelta por la STJ de 19 de octubre de 2017 (*Otero Ramos*, asunto C-531/15)⁶³. Las dos que restan, ambas del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, encontraron la respuesta del Tribunal en las sentencias de 1 de diciembre de 2016 (*Daouidi*, asunto C-395/15)⁶⁴ y 9 de noviembre de 2017 (*Espadas Recio*, asunto C-98/15)⁶⁵.

Año 2016: siete peticiones procedentes del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de Madrid, del Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca, del TSJ de Cataluña, del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, del TSJ de Castilla y León y del TSJ de Galicia. El Tribunal respondió a las dos primeras de esas peticiones en 2017, en la sentencia de 20 de diciembre (*Vega González*, asunto C-158/16)⁶⁶ y en el auto de 9 de febrero (*Rodrigo Sanz*, asunto C-443/16)⁶⁷, respectivamente. Las demás peticiones se resolvieron ya en 2018. La del Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca por la STJ de 18 de enero (*Ruiz Conejero*, asunto C-270/16)⁶⁸, la del

⁵⁸ ECLI:EU:C:2016:680.

⁵⁹ ECLI:EU:C:2015:771.

⁶⁰ ECLI:EU:C:2016:873.

⁶¹ ECLI:EU:C:2016:679.

⁶² ECLI:EU:C:2016:725.

⁶³ ECLI:EU:C:2017:789.

⁶⁴ ECLI:EU:C:2016:917.

⁶⁵ ECLI:EU:C:2017:833.

⁶⁶ ECLI:EU:C:2017:1014.

⁶⁷ ECLI:EU:C:2017:109.

⁶⁸ ECLI:EU:C:2018:17.

TSJ de Cataluña por la STJ de 22 de febrero (*Porras Guisado*, asunto C-103/16)⁶⁹, la del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid por la STJ de 5 de junio (*Montero Mateos*, asunto C-677/16)⁷⁰, la del TSJ de Castilla y León por la STJ de 7 de agosto (*Colino Sigüenza*, asunto C-472/16)⁷¹ y la del TSJ de Galicia por la STJ de 5 de junio (*Grupo Norte Facility, S. A.*, asunto C-574/16)⁷².

Año 2017: siete peticiones; una planteada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa, otra por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Zaragoza, otra por el TSJ de la Comunidad Valenciana, dos por el TSJ de Galicia y la sexta y la séptima por el TSJ de Castilla-La Mancha y por la Sala de lo Social del TS, respectivamente. Todas ellas fueron resueltas en 2018; la primera por la STJ de 25 de julio (*Gardenia Veznaza*, C-96/17)⁷³, la segunda por el ATJ de 22 de marzo (*Centeno Meléndez*, asunto C-315/17)⁷⁴, la tercera por la STJ de 28 de junio (*Checa Honrado*, asunto C-57/17)⁷⁵, la dos del TSJ de Galicia por la STJ de 11 de julio (*Somoza Hermo*, asunto C-60/17)⁷⁶ y 19 de septiembre (*González Castro*, C-41/17)⁷⁷ y las dos últimas por sendas sentencias del Tribunal de 21 de noviembre de 2018 [*Viejobueno Ibáñez* (asunto C-245/17)⁷⁸ y *de Diego Porras II* (asunto C-619-17)].

Año 2018: doce peticiones, todas resueltas en 2019. Seis de ellas, procedentes del TSJ de Galicia, encontraron respuesta en el ATJ de 19 de marzo (*Sindicato Nacional de CCOO de Galicia/Universidad de Santiago de Compostela*, asunto C-293-18)⁷⁹, en la STJ de 11 de abril (*Cobra Servicios*

⁶⁹ ECLI:EU:C:2018:99.

⁷⁰ ECLI:EU:C:2018:393.

⁷¹ ECLI:EU:C:2018:646.

⁷² ECLI:EU:C:2018:390.

⁷³ ECLI:EU:C:2018:603.

⁷⁴ ECLI:EU:C:2018:207.

⁷⁵ ECLI:EU:C:2018:512.

⁷⁶ ECLI:EU:C:2018:559.

⁷⁷ ECLI:EU:C:2018:736.

⁷⁸ ECLI:EU:C:2018:934.

⁷⁹ ECLI:EU:C:2019:224.

Auxiliares, asuntos acumulados C-29/18, 30/18 y 44/18)⁸⁰ y en el ATJ de 15 de octubre (*EH* y *ER/AEAT*, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18)⁸¹. El resto de las peticiones corresponden al Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, al Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, al Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Pamplona, a la Sala de lo Social de la AN, al TSJ de Castilla y León y a la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS. La respuesta del Tribunal aparece, respectivamente, en las sentencias de 18 y 11 de septiembre [*Ortiz Mesonero* (asunto C-366/18) y *Nobel Plastiques Ibérica* (asunto C-397/18), respectivamente)]⁸², 20 de junio (*Ustariz Aróstegui*, asunto C-72/18)⁸³, 14 y 8 de mayo [*CCOO/Deutsche Bank* (asunto C-55/18)⁸⁴ y *Villar Láiz* (asunto C-161/18), respectivamente)] y 12 de junio (*Aragón Carrasco*, asunto C-367/18). Recuérdesse que están pendientes de resolución al menos quince peticiones de 2018 y 2019⁸⁵.

⁸⁰ ECLI:EU:C:2019:315.

⁸¹ ECLI:EU:C:2019:858.

⁸² ECLI:EU:C:2019:757 y ECLI:EU:C:201:703, respectivamente.

⁸³ ECLI:EU:C:2019:516.

⁸⁴ ECLI:EU:C:2019:402.

⁸⁵ Dos de ellas del TSJ de Galicia (*Agencia Estatal de la Administración Tributaria*, asuntos C-705/18 y C-85/19), cuatro de los Juzgados nº 8, nº 14 (dos peticiones) y nº 24 de lo Contencioso-administrativo de Madrid [*Sánchez Ruiz* (asunto C-103/18), *Baldonado Martín* (asunto C-177/18), *Fernández Álvarez* (asunto C-429/18) y *Sindicato unificado de sanidad e higiene de la Comunidad De Madrid* (asunto C-103/19)], dos de juzgados de lo social de Madrid [*Acciona Agua* (asunto C-550/19) y *Fogasa* (asunto 841/19)] y las restantes de la Sala de lo Social de la AN (*Fetico*, asunto C-588/18), del TSJ de Castilla-La Mancha (*RCC/MOL*, asunto C-314/19), del TSJ de Madrid (*Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Agrario*, asunto C-726/19), del TSJ de Canarias (*KA/INSS* y *TGSS*; asunto C-811/19), del TSJ de Cataluña (*INSS*, asunto C-843/19), del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona (*Marclean Technologies, S.L.U.*, asunto C-300/19) y del Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona (*WA/INSS*, asunto C-450/18).

La procedencia de las peticiones resueltas (recuerdo, una vez más, que se descartan las archivadas por retirada de la correspondiente petición, las declaradas inadmisibles en su totalidad y aquellas en las que el Tribunal se considera incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas) o pendientes de resolver y, en el primer caso, tanto de las resueltas por medio de sentencia (sesenta y cinco sentencias) como por medio de auto motivado (catorce autos), muestra que la actividad de los órganos jurisdiccionales demandando la intervención del Tribunal de Justicia dista mucho de ser general y se concentra en algunos de ellos; en muy pocos de ellos. A la cabeza figura el TSJ de Galicia, con trece peticiones resueltas y dos pendientes de la respuesta del Tribunal, seguido, ya de lejos, por el TSJ del País Vasco, el TSJ de Castilla y León, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona y el Juzgado de lo Social único de Algeciras; cada uno de esos órganos jurisdiccionales acredita cinco peticiones ya resueltas. A continuación, figura el TSJ de Castilla-La Mancha, con cuatro peticiones resueltas y una pendiente de resolver, y el TSJ de la Comunidad Valenciana, con cuatro peticiones resueltas.

En sus ya indicadas sesenta y cinco sentencias y catorce autos, el Tribunal de Justicia tiene oportunidad de pronunciarse sobre un variado conjunto de materias y situaciones respecto de las cuales es preciso que la normativa laboral española de aplicación corresponda a una transposición e interpretación apropiadas de las normas del Derecho de la Unión que versan sobre contenidos o ámbitos propios de la política social⁸⁶. Aunque la repercusión de las aludidas sentencias y autos sobre aquella normativa, sobre la jurisprudencia y doctrina judicial que la interpreta y aplica y sobre las prácticas de los empleadores es predicable de todas y cada una de las resoluciones, su intensidad varía en función de los asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal y, por descontado, del sentido del fallo emitido o, lo que es igual, de que este declare o rechace la conformidad con el Derecho de la Unión de la referida

⁸⁶ Véase *supra*, nota 2.

normativa o de la forma en que se interpreta y aplica. Con mayor precisión, igual que en cualquier otro Estado miembro, la repercusión de que se trata varía en función de que ese fallo:

1) Haya conducido o debería conducir a la modificación de los preceptos de la normativa nacional en los que encajen los hechos enjuiciados en el litigio principal.

2) Obligue al juez nacional a abstenerse de aplicar alguno de esos preceptos por contrario a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, como sucede, señaladamente, con el principio de igualdad de trato.

3) Obligue a realizar o consienta una interpretación conforme de los aludidos preceptos por parte de los jueces y tribunales nacionales en orden a garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión⁸⁷.

4) Haya llevado o debería llevar a un cambio de criterio por parte de los referidos jueces y tribunales.

5) Venga a privar de validez a prácticas de los empleadores o de las administraciones públicas, forzando a su abandono o modificación.

6) Sea trasladable a otros asuntos próximos o análogos a los que hayan sido objeto del litigio principal.

En fin, constituyen formas específicas de impacto, en el caso de España, el empleo de la doctrina del Tribunal de Justicia fijada en interpretación del derecho de la Unión con valor uniforme para todos los ordenamientos nacionales de los Estados miembros:

7) Como valioso criterio interpretativo a emplear por el TC, con fundamento en el art. 10.2 de la CE, en la tarea de determinar, con ocasión de la resolución de un recurso de inconstitucionalidad, una cuestión de constitucionalidad (art. 35 de la LOTC), una cuestión interna de inconstitucionalidad

⁸⁷ Sobre la necesidad de esa interpretación conforme resultan muy ilustrativas las consideraciones que hace la STS de 24 de junio de 2009, cit. nota 1. Advierte la Sala (fundamento de derecho cuarto) que, conforme a "constante doctrina del TJCE, los tribunales nacionales han de interpretar al límite el derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las directivas y los principios del derecho comunitario".

(art. 55.2 de la LOTC) o un recurso de amparo, el sentido y alcance de los derechos y libertades que cuentan con reconocimiento constitucional⁸⁸.

8) Como doctrina de contraste a efectos de la interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas por las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia que entren en contradicción con aquella⁸⁹. De apreciar la contradicción, el TS queda obligado a la estimación del recurso y a casar y anular la sentencia recurrida⁹⁰.

9) Como "jurisprudencia" cuya infracción por parte del órgano jurisdiccional que haya conocido del asunto en primera y única instancia constituye es susceptible de ser examinada a través del recurso de suplicación⁹¹ o de casación ordinaria⁹².

Estas dos últimas formas de impacto se corresponden o concuerdan con la obligación de los jueces y tribunales de aplicar el derecho de la Unión "de conformidad con la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia, establecida en el art. 4.1bis de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ni que decir tiene que a cada una de indicadas formas de impacto puede preceder o seguir otra u otras. Así, la realización de interpretaciones conformes de los preceptos del derecho nacional o su inaplicación judicial por contrarios a derechos fundamentales susceptibles de ser tutelados por

⁸⁸ Véanse sentencias del TC 75/2011, de 19 de mayo de 2011, 61/2013, de 14 de marzo de 2013, y 91/2019 y 92/2019, de 3 y 15 de julio de 2019, respectivamente.

⁸⁹ Art. 219.2 de la LRJS. Sobre el asunto véase el magnífico trabajo de Y. MANEIRO VÁZQUEZ: "La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, núm. 47.

⁹⁰ Un caso de apreciación de la referida contradicción, aunque referido a una sentencia de contraste resolviendo petición de decisión prejudicial planteada por juez austriaco (la STJ de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr*; asunto C-506/06), en STS de 4 de abril de 2017, cit.

⁹¹ Cfr. art. 193.c) de la LRJS.

⁹² Cfr. art. 207.e) de la LRJS.

el Tribunal de Justicia pueden desencadenar, finalmente, la modificación de los aludidos preceptos, igual que, por ejemplo, la estimación de un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se hubiese aportado como sentencia de contraste una de aquel Tribunal. Las mismas interpretaciones conformes pueden llevar al abandono o corrección de criterios judiciales⁹³ o de prácticas empresariales y también pueden ser trasladables a asuntos próximos; es más, las aludidas interpretaciones pueden llegar a no diferenciarse del cambio o abandono de criterios seguidos por la jurisprudencia y la doctrina judicial. Dicho cambio o abandono puede tener su origen en la estimación de un recurso de casación para la unificación de doctrina confirmando la contradicción de la sentencia recurrida con la del Tribunal de Justicia aportada como sentencia de contraste; o en la estimación de un recurso de suplicación o de casación ordinaria motivado por infracción de la jurisprudencia fijada por igual Tribunal como intérprete del derecho de la Unión. En otro orden de cosas, si bien se mira, la inactividad legislativa ante fallos del Tribunal que conducen a que el juez nacional deba acudir a esas interpretaciones conformes o a cambios de criterios y, en definitiva, a recrear los correspondientes preceptos, viene a convertir a este en legislador y, a la postre, constituye un argumento oponible frente a quienes mantienen la negativa a reconocer el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho.

Muestra de algunas de las descritas formas de impacto y, en concreto, de las tres primeras, particularmente intensas, son los fallos de las sentencias y autos que se examinan en los apartados que siguen. En cualquier caso, se insiste en que todas y cada una de las resoluciones del Tribunal que entran en el fondo del asunto, presentes (por el momento, las indicadas setenta y nueve resoluciones) y futuras,

⁹³ Como recuerda la sentencia *CCOO/Deutsche Bank* (asunto C-55/18), “la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya consolidada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva” (apartado 70).

impactan sobre el ordenamiento jurídico español. El impacto ha sido y será, en bastantes casos, directo e inmediato; en otros, es, si se quiere, latente. Sucede esto último cuando el fallo declare que no existe oposición entre la normativa nacional (estatal o convencional) y el derecho de la Unión. Un fallo en tal sentido ha de ser tenido en cuenta por nuestros órganos jurisdiccionales, los cuales no podrán apartarse de él y declarar la oposición no apreciada por el Tribunal de Justicia. Si lo hacen, el aludido impacto latente se activa y permite la antes indicada impugnación de su sentencia⁹⁴, bien por la vía del recurso de suplicación o de casación ordinaria, bien por la vía del recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. SOBRE LOS FALLOS DESENCADENANTES DE CAMBIOS NORMATIVOS

2.1. YA PRODUCIDOS

Entre las formas más fuertes de impacto figura, sin duda, la que comporta o fuerza la modificación de preceptos de la normativa nacional. La serie de resoluciones del Tribunal que han tenido este tipo de impacto comienza en 1993, con la sentencia *Wagner Miret* (asunto 334/92), que, según se ha indicado, vino a hacer más necesaria e, incluso, obligada

⁹⁴ Sería el caso, por ejemplo, de una sentencia de suplicación o dictada en primera y única instancia en la cual el órgano jurisdiccional aprecie que la Directiva 98/59/CE conduce a considerar constitutiva de despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de varios empleados como consecuencia de la muerte del empresario, lo que descarta la sentencia *Rodríguez Mayor*, de 2009 (asunto C-323/08). También el de una sentencia con igual origen que considere que la extinción por finalización de un contrato de trabajo de interinidad o de otra modalidad de contrato de duración determinada es comparable a la extinción por causas objetivas y exige reconocer al trabajador afectado, en virtud del Acuerdo marco sobre el contrato de duración determinada, el derecho al pago de la indemnización prevista en el art. 53.1.b) del ET, lo cual es descartado por las sentencias *De Diego Porras II* (asunto C-619/17), *Montero Mateos* (asunto C-677/16) y *Grupo Norte Facility* (asunto C-574/16), de 2018, y el auto *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia/Universidad de Santiago de Compostela* (asunto C-293/18).

la modificación introducida por la disposición adicional segunda de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que procedió a extender la cobertura del FOGASA a los créditos salariales del personal de alta dirección.

A la anterior sentencia siguen la *Rodríguez Caballero* (asunto C-442/00) y la *Olaso Valero* (asunto C-520/03), de 2002 y 2004, respectivamente, así como el auto *Guerrero Pecino*, de 2005 (asunto C-177/05), que también constituyen ejemplos de otra forma de impacto y, en concreto, de la tratada en el apartado 3, definida por la inaplicación judicial de alguno de los preceptos del derecho nacional por contrario a los derechos fundamentales. La referida inaplicación ha actuado aquí como factor desencadenante de la modificación de la normativa nacional.

Por lo que ahora interesa, en la petición de decisión prejudicial origen de la primera de esas sentencias (la *Rodríguez Caballero*) el órgano jurisdiccional remitente (la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha) solicitaba del Tribunal, entre otras cosas, un pronunciamiento sobre la conformidad al Derecho de la Unión (a la Directiva 80/987/CEE) del art. 33.1 del ET a la sazón en vigor, que limitaba la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en orden al pago de los salarios de tramitación a los acordados por sentencia (por la "jurisdicción competente", manifestaba el ET), sin valer el producido en conciliación judicial. Las conclusiones del Abogado General, presentadas el 27 de junio de 2002 y proponiendo al Tribunal una respuesta advirtiendo de las circunstancias en que un precepto como el cuestionado deja de ser conforme con el derecho de la Unión, así como la toma en consideración de la más que probable asunción de dicha respuesta por el fallo de la resolución a adoptar, no parece que resulten ajenas a la nueva redacción del citado art. 33.1 dada por el art. 2 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (*sic*). A raíz de tal modificación, el precepto pasó a establecer la cobertura de los salarios de tramitación por el FOGASA "en los supuestos en que legalmente procedan", términos que permanecen en igual

precepto del vigente texto refundido del ET. Llamo la atención sobre el hecho de que la fecha de dicha Ley es igual que la de la sentencia del Tribunal de Justicia.

En las peticiones de decisión prejudicial origen de la sentencia *Olaso Valero* y del auto *Guerrero Pecino*, la cuestión planteada versaba sobre la conformidad al principio de igualdad y no discriminación de la forma en que el art. 33.2 del ET 1995 había pasado a regular, tras su nueva redacción dada por la Ley 60/1997, de 19 de diciembre, el pago de la indemnización por despido o extinción del contrato de trabajo a cargo del FOGASA. De acuerdo con esa nueva redacción, dicho pago solo procedía cuando la indemnización figurase "reconocida por sentencia o resolución administrativa". Vista la situación creada a raíz de la respuesta negativa del Tribunal, comprensiva de la advertencia dirigida al juez en orden a la inaplicación del precepto enjuiciado, se explica la modificación de este, poco tiempo después, en junio de 2006⁹⁵. Con tal modificación, el precepto pasó a disponer, con redacción que mantiene el vigente texto refundido del ET, que el abono por el FOGASA de las indemnizaciones a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo comprende las reconocidas a los trabajadores "como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa". Los fallos de dos sentencias posteriores [la *Cordero Alonso* (asunto C-81/05), de 7 de septiembre de 2006, y la *Velasco Navarro* (asunto C-246/06), de 17 de enero de 2008], ambas respondiendo a peticiones de decisiones prejudiciales similares, no vinieron sino a confirmar la oportunidad y lo apropiado de la referida modificación legal.

La forma en que nuestra legislación de seguridad social ha venido regulando las condiciones de acceso y disfrute de las prestaciones por parte de los trabajadores a tiempo parcial constituye otra de las materias conducentes a peticiones de decisiones prejudiciales resueltas por fallos del tipo de los aquí contemplados. Tales fallos corresponden a las sentencias *Elbal Moreno*, de 2012 (asunto C-385/11) y

⁹⁵ Por el art. 12.4 del Real Decreto-ley 9/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Espadas Recio, de 2017 (asunto C-98/15), la primera de ellas considerando contraria al art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, la doble repercusión negativa del trabajo a tiempo parcial sobre el acceso y disfrute de la pensión contributiva de jubilación. De acuerdo con su fallo, se opone a dicha Directiva una regulación como la que a la sazón contenía la disposición adicional séptima de la LGSS 1994⁹⁶, que exigía a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor (primera repercusión negativa) para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada (segunda repercusión negativa).

El anterior fallo, cuya "indudable relevancia" como criterio hermenéutico del art. 14 de la CE (principio de igualdad y prohibición de discriminación) reconoció la STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada disposición adicional⁹⁷, determinó, junto con el de esta última sentencia⁹⁸, la modificación del precepto, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 11/2013 y, tras su tramitación como proyecto de ley, por la Ley 1/2014. Sin embargo, semejante modificación se ha mostrado insuficiente tanto para superar

⁹⁶ En su redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre.

⁹⁷ Véase fundamento jurídico 5.

⁹⁸ Y los fallos de otras sentencias de igual Tribunal resolviendo ya recursos de amparo relacionados con la aplicación de la regla declarada inconstitucional (sentencias 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril de 2013, y 116/2013 y 117/2013, ambas de 20 de mayo de 2013). De acuerdo con el fallo de la STC 61/2013, es "inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la seguridad social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre".

la declaración de inconstitucionalidad del precepto⁹⁹ como su adaptación a las exigencias del Derecho de la Unión. Y otro tanto sucede respecto de la actual regulación de la materia por parte de la LGSS 2015 y, en concreto, por sus arts. 247.a) y 248.3, cuyo contenido no difiere, por lo que ahora interesa, del de aquella disposición adicional séptima modificada. Declara la oposición de esa nueva regulación al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE la sentencia *Villar Láiz*, de 2019 (asunto C-161/18), de cuyo impacto sobre el derecho español me ocupo *infra*, en los apartados 2.2 y 3.

En igual oposición al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE incurría, según la sentencia *Espadas Recio*, la regulación a la sazón contenida en el art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, de desarrollo de la Ley 31/1984, de protección por desempleo, cuya aplicación provocaba que los trabajadores a tiempo parcial vertical (aquellos que concentran sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana), en su mayoría mujeres, experimentaran una reducción del período de pago de la prestación por desempleo en comparación con los trabajadores a tiempo parcial horizontal (aquellos cuyas horas de trabajo se distribuyen a lo largo de todos los días laborables de la semana), al excluirse del cálculo de los días cotizados los días no trabajados. La sentencia condujo a la modificación del citado art. 3.4, llevada a cabo por el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio. Lo confiesa de forma expresa la exposición de motivos de esta norma reglamentaria¹⁰⁰. Con su modificación, el precepto ha

⁹⁹ Véase STC 91/2019, de 3 de julio de 2019.

¹⁰⁰ En diversos pasajes; entre ellos, el que manifiesta que "dado que la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2017, declara de forma inequívoca que el artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, se opone a la norma europea, con independencia de su efecto vinculante que determina, con carácter general, que el criterio en ella contenido debe aplicarse desde su publicación y por tanto ha de ser tenido en cuenta en la resolución de las solicitudes de prestaciones que afecten a tal supuesto, evitando así futuros litigios por violación del derecho comunitario, la Abogacía del Estado en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en su informe de 22 de noviembre de 2017,

pasado a disponer: "Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada".

Otra de las sentencias del Tribunal pertenecientes al grupo de las que han influido en la modificación del derecho nacional es la *Roca Álvarez*, de 2010 (asunto C-104/09), que da respuesta a la petición de decisión prejudicial elevada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia a propósito de la regulación que en aquel momento recibía el permiso por lactancia en el art. 37.4 del ET 1995. De acuerdo con tal regulación, el hecho de que el titular del permiso fuese la madre trabajadora por cuenta ajena no impedía su disfrute, indistintamente, por ella o por el padre que también tuviese la condición de trabajador por cuenta ajena; sin embargo, esa posibilidad de disfrute por el padre precisaba, necesariamente, aquella condición de trabajadora por cuenta ajena de la madre, por lo que no era admisible en el caso de que esta no realizara trabajo alguno o su trabajo fuese por cuenta propia, como sucedía en el caso objeto del litigio principal. La situación descrita lleva a la Sala gallega a solicitar del Tribunal de Justicia respuesta sobre si un precepto como el citado art. 37.4 del ET vulnera el principio de igualdad de trato, que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido en la que entonces era la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo¹⁰¹. Pues bien,

recomienda para mayor seguridad jurídica, la modificación de la norma reglamentaria a la mayor brevedad".

¹⁰¹ Aunque la citada Directiva había sido objeto de modificación por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, tal modificación no resultaba aplicable a los hechos objeto del litigio principal, al ser estos anteriores al 5

tras observar que una regulación como la controvertida puede "contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental" (apartado 36), asumir, con el Abogado General, que tal regulación podría dar lugar a que una mujer trabajadora por cuenta propia "se viera obligada a limitar su actividad profesional y soportar sola la carga derivada del nacimiento del hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño" (apartado 37), y manifestar, a la vista de lo anterior, que no se está ante una medida "que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social (...) ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir" esas desigualdades (apartado 38), el Tribunal declara (fallo) que "el artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la [versión inicial de la] Directiva 76/207/CEE (...) ¹⁰² deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena".

de octubre de 2005, fecha en la que concluía el plazo para su transposición por los Estados miembros. Téngase en cuenta que la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, ha derogado y sustituido a la Directiva 76/207/CEE.

¹⁰² Véase nota anterior. En la versión modificada de la Directiva, los indicados preceptos guardan correspondencia con los apartados 1 y 7 del art. 2 y con el art. 3.

Aunque el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, primero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, después, omitan, quizás por vergüenza, ponerlo de manifiesto en sus respectivas exposiciones de motivos, no es difícil apreciar que la anterior sentencia impulsó o está detrás de la modificación del art. 37.4 del ET 1995 llevada a cabo por la disposición final primera.¹ de ambos textos legales. La nueva redacción que con ellos recibe el precepto, coincidente con la que pasó al ET 2015¹⁰³ y que condujo a atribuir la titularidad del derecho tanto a la madre como al padre y, por lo tanto, a admitir su disfrute por este sin necesidad de que la madre tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena, ha venido a ajustar lo que estaba desajustado o, lo que es igual, a eliminar la oposición de la normativa española sobre la materia al derecho de la Unión. Por cierto, la comentada modificación normativa está precedida de la utilización judicial del criterio de interpretación conforme del precepto como solución al problema de la referida oposición¹⁰⁴.

También silencian las exposiciones de motivos del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, igual que lo había hecho antes la exposición de motivos de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la influencia que ha tenido la doctrina del Tribunal de Justicia en orden a la modificación del apartado 3 del art. 38 del ET 1995. En este sentido:

1) Por lo que respecta al párrafo segundo del citado apartado 3, añadido por la Ley orgánica 3/2007, el cual dispone, para el caso de que coincidan en el tiempo el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa y una suspensión del contrato por incapacidad temporal derivada del embarazo, del parto o de la lactancia natural o por parto y situaciones asimiladas, el derecho a disfrutar de las vacaciones en otro momento, al

¹⁰³ Y se mantuvo en este último texto legal hasta su modificación llevada a cabo por el art. 2.Nueve 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.

¹⁰⁴ Véase *infra*, apartado 4.

término del período de suspensión, aunque haya finalizado el año natural al que correspondan, se está ante un precepto que viene a ser consecuencia del fallo de la sentencia *Merino Gómez*, de 2004 (asunto C-342/01), según el cual “el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (...), y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla”. Con anterioridad a la sentencia, el criterio seguido por la jurisprudencia española era el de rechazar el expresado derecho al disfrute de las vacaciones en fecha distinta de aquella prevista en el calendario de vacaciones¹⁰⁵; el cambio de ese criterio por otro acorde con el de la mencionada sentencia, del que es muestra la STS de 10 de noviembre de 2005¹⁰⁶, precede a la modificación legal de la que se ha dado cuenta.

¹⁰⁵ Sigue el expresado criterio, por ejemplo, la STS de 30 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8771), de casación para la unificación de doctrina.

¹⁰⁶ RJ 2005/10084, de casación para la unificación de doctrina (“la doctrina que recoge la sentencia impugnada en el presente recurso unificador de doctrina choca, frontalmente, con el criterio recogido en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...), dictada en el procedimiento C-342/2001 en el caso *María Paz Merino Gómez* y la empresa

2) En cuanto a la nueva redacción que recibe el comentado apartado 3 en la disposición final primera.⁴ del Real Decreto-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012 y, en concreto, en relación con el párrafo tercero que se añade, según el cual “en el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”, sobre la modificación legal se aprecia la influencia de la sentencia *Vicente Pereda*, de 2009 (asunto C-277/08), de acuerdo con cuyo fallo “el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate”. De nuevo, la modificación legal se encuentra precedida del abandono del criterio de la jurisprudencia opuesto a ese disfrute de las vacaciones en otra fecha posterior al alta médica¹⁰⁷. Llevó a cabo el cambio de

Continental Industrias de Caucho, S.A., en decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid”).

¹⁰⁷ Sentó el indicado criterio la STS de 3 de octubre de 2007 (RJ 2008/606), de Sala General y casación para la unificación de doctrina. Es contundente la respuesta negativa de la Sala a si el deber legal del empresario correlativo al derecho a vacaciones del trabajador alcanza a hacerse cargo de las posibles incidencias provocadas por la situación de incapacidad temporal en que se encuentre este en la fecha de disfrute fijada por pacto individual o colectivo: “la obligación legal del empresario de respetar el

criterio, por la vía de la realización de una interpretación conforme, la STS de 24 de junio de 2009¹⁰⁸, poco antes de que el Tribunal de Justicia dictase la *Vicente Pereda* y apoyándose en diversos apartados de la STJ de 20 de enero de 2009, *Schultz-Hoff* (asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06), resolviendo petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Alemania) y la House of Lords (Reino Unido). En la situación descrita, la sentencia *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*, de 2012, resolviendo en igual sentido que la *Vicente Pereda* la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TS en 2011, no vino más que a confirmar lo apropiado del indicado cambio de criterio

derecho a vacaciones del trabajador es una obligación de medio y no de resultado, que se ciñe, salvo ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones (...). Estos acuerdos bilaterales de determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones tienen un claro propósito de ajuste o compromiso entre el interés productivo del empresario y el interés del trabajador a desarrollar actividades de tiempo libre en el período de vacaciones. Como sucede en todo ajuste o compromiso, puede haber sacrificios y cesiones de preferencias por una u otra parte. Entre los sacrificios posibles para el empresario figura la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados de vacaciones; entre los sacrificios posibles para el trabajador figura la asunción del riesgo de incapacidad temporal una vez que el período de vacaciones ha sido fijado regularmente”.

¹⁰⁸ Se ha dado cuenta de ella *supra*, en la nota 1. Confiesa que procede a realizar la indicada interpretación conforme la propia sentencia: “se nos impone que la litis haya de ser resuelta en manera ajustada a la interpretación que del art. 7 de la Directiva 2003/88 ha efectuado la citada STJCE 28/01/09. Pero en el bien entendido de que tal conclusión se formula no ya por la aplicación directa y prioritaria del Derecho Comunitario y su jurisprudencia [ello pudiera estar condicionado al planteamiento de la cuestión prejudicial], sino desde una nueva hermenéutica de las propias disposiciones nacionales [arts. 40.2 CE y 38 ET], que ciertamente (...) no ofrecen respuesta clara a la cuestión controvertida (...). Y se impone aquel criterio en razón a que (...) resulta obligada una interpretación *pro communitate* de nuestras normas internas”.

jurisprudencial y del nuevo párrafo del art. 38.3 del ET 1995 ya añadido por el Real Decreto-ley 3/2012¹⁰⁹. Lo mismo cabe manifestar respecto del auto *Maestre García*, de 2013 (asunto C-194/12), resolviendo en igual sentido que las sentencias *Vicente Pereda* y *ANGED*, cuyos criterios recuerda¹¹⁰, la petición de cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Benidorm el 22 de febrero de 2012, pocos días después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, con ocasión de conocer de hechos acaecidos con anterioridad.

El influjo de la intervención del Tribunal de Justicia se hace sentir, finalmente, en la modificación que experimenta el art. 34 del ET 2015 con el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, cuyo art. 10 da nueva redacción al apartado 7 y añade un nuevo apartado 9 a aquel artículo estableciendo la obligación del empresario de "garantizar el registro horario de jornada". Es cierto que semejante influjo no es, en este caso, de una sentencia, sino, como confiesa la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley, de las conclusiones del Abogado General que anticipan la posible respuesta del Tribunal a las cuestiones prejudiciales

¹⁰⁹ De acuerdo con el fallo de la citada sentencia, "el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral".

¹¹⁰ Véanse apartados 18, 19 y 23. Declara el Tribunal, en el fallo del auto, que "el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación de la normativa nacional según la cual un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal por enfermedad durante el período de vacaciones anuales fijado unilateralmente en el calendario de vacaciones de la empresa en la que trabaja no tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales, al término de dicha incapacidad temporal, durante un período distinto al fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia correspondiente, por razones de tipo productivo u organizativo de la empresa".

planteadas por la Sala de lo Social de la AN en 2108, entre ellas la relativa a si el art. 31.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los arts. 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE, en relación con los arts. 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional interna como son los arts. 34 y 35 del ET 2015, "de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial [española] consolidada¹¹¹, no cabe deducir que resulte exigible para las empresa[s] el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios". La modificación introducida por el Real Decreto-ley se revela más que oportuna vista la que ha sido respuesta del Tribunal de Justicia, contenida en la sentencia *CCOO/Deutsche Bank* (asunto C-55/18): "Los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE (...), interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE (...), deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador". En esta ocasión, la diligencia en la adopción de la modificación legal ha evitado a los tribunales laborales españoles la necesidad de recurrir a la interpretación conforme.

¹¹¹ Las sentencias del TS de 23 de marzo y 20 de abril de 2017, la primera de Pleno y ambas de casación ordinaria (RJ 2017/1174 y RJ 2017/1869, respectivamente).

2.2. NO DESCARTABLES Y HASTA DESEABLES Y CONVENIENTES

Encaja aquí, por ejemplo, la modificación de las reglas de los arts. 247.a) y 248.3 de la LGSS de 2015 para acomodarlas al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE mediante la supresión de los factores en virtud de los cuales el Tribunal de Justicia aprecia, en la medida en que la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial sean mujeres, que aquellas provocan una discriminación indirecta por razón de sexo. Así las cosas, se hace preciso la revisión de la doble repercusión negativa del trabajo a tiempo parcial sobre la determinación del importe de la pensión contributiva de jubilación que siguen manteniendo tales reglas, cuyo contenido no difiere sustancialmente del que recibió la disposición adicional séptima de la LGSS 1994 con su nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2013 y, tras su tramitación como proyecto de ley, por la Ley 1/2014. Debería conducir a una modificación como la postulada el fallo de la reciente sentencia *Villar Láiz*, de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18)¹¹². Dicha modificación se hace imperiosa, además de por ese fallo, por la STC 91/2019, de 3 de julio de 2019, la cual, después de poner de manifiesto, en su fundamentación jurídica, igual que lo hizo la STC 61/2013, la “indudable” relevancia que tienen

¹¹² Según el cual “el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal [la compuesta por los arts. 247.a) y 248.3 de la LGSS de 2015], según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización -período al que se aplica un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5-, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino”.

en orden a la resolución del asunto “los criterios seguidos en las sentencias del Tribunal de Justicia” (entre ellas, aparte de la *Elbal Moreno*, la *Villar Láiz*)¹¹³, termina declarando (fallo) que es inconstitucional y, por lo tanto, nulo “el inciso «de jubilación y» del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la seguridad social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto”. Consecuencia de semejante nulidad es la fijada en el fundamento jurídico 12: “la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial a los que se aplique la disposición adicional séptima LGSS 1994 deberá realizarse sin tomar en consideración el referido coeficiente de parcialidad, es decir, sin la reducción derivada del mismo”. En ese sentido debería ir la modificación, que ya tarda, del actual art. 248.3 de la LGSS 2015. Una modificación de ese alcance parece que también sería suficiente para poner fin a la actual oposición del precepto al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE; así lo permite entender las consideraciones realizadas en los apartados 54 y 55 de la sentencia *Villar Láiz*.

No descartable y deseable es, asimismo, la eventual modificación del art. 51.1.a) del ET 2015 en términos tales que pase a referir las extinciones de contratos de trabajo computables a efectos de apreciar si se está ante un despido colectivo tanto a las producidas en la empresa como en el centro de trabajo, según resulte más ventajoso para los trabajadores. Ánimo a una modificación como la indicada la sentencia *Rabal Cañas*, de 2015 (asunto C-392/13), cuyo importante impacto sobre el derecho español se ha saldado, por el momento, dada la sorprendente y criticable pasividad mostrada por el legislador, en la interpretación conforme del citado precepto a que se ven obligados los tribunales laborales. Sobre dicha interpretación conforme remito a lo que se expone en el apartado 4.

¹¹³ Véase fundamento jurídico 7.

Otra de las sentencias cuyo impacto sobre el derecho español bien podría terminar por traducirse en una modificación legal es la *Porras Guisado*, de 2018 (asunto C-103/16), en la que el Tribunal tiene la oportunidad declarar, en relación con el concepto de despido colectivo y con ocasión del examen de las relaciones entre la Directiva 98/59/CE y la protección frente al despido dispensada a la trabajadora embarazada por la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, que el punto 1) del art. 10 de esta última Directiva “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal”. De las declaraciones que realiza la sentencia, esta es, a mi juicio, la de mayor impacto sobre el derecho español, en el cual no se descubre la tutela preventiva a la que se refiere el Tribunal respecto del despido colectivo y también respecto del despido objetivo, del despido disciplinario y del despido asimilado a él (por ejemplo, una extinción irregular de un contrato de trabajo de duración determinada).

El citado art. 10 de la Directiva 92/85/CEE protege a la trabajadora frente a su despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad en un doble plano: preventivo, en el punto 1) (“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras”), que actúa frente al riesgo de un posible despido por motivos relacionados con el embarazo¹¹⁴, y reparador, en el punto 2) [“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras (...) contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”]. En el derecho español, la nulidad del referido

¹¹⁴ Véase considerando decimoquinto de la Directiva 92/85/CEE.

despido y los efectos que produce cumplen con lo dispuesto en ese punto 2) y falta por cumplir lo que ordena el punto 1), que alcanza a la prohibición de las actividades tendentes a la realización del despido o, en términos de la sentencia ahora contemplada, de "los actos preparatorios del despido, como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate"¹¹⁵. Sin el establecimiento de esa doble protección por el derecho nacional no hay correcta transposición de la Directiva¹¹⁶, que vendría a quedar privada de su efecto útil.

Por último, no descartables y deseables son las modificaciones de los preceptos de las disposiciones reguladoras del régimen jurídico de los empleados públicos, estatales y autonómicas, que cuentan con fallos del Tribunal de Justicia declarando su oposición -o la oposición de los preceptos sustancialmente iguales de otras- al derecho de la Unión y, en particular, al art. 4.1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada¹¹⁷. Lejos de eliminar la necesidad y conveniencia de su modificación, el que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan y deban salvar esa oposición de los preceptos mediante su inaplicación en el caso concreto, hace más inexplicable y criticable que no se haya procedido a aquella. No cabe perder la esperanza de que los aludidos fallos puedan llevar algún día a la oportuna modificación del tipo de preceptos afectados. No cabe perder la esperanza, por ejemplo, de que la sentencia *Regojo Dans*, de 2015 (asunto C-177/14) termine por suprimir de las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado el precepto que excluye los trienios de las retribuciones a las que tiene derecho el personal eventual¹¹⁸.

2.3. CONDUCENTES AL ABORTO DE UNA PREVIA EXPECTATIVA DE CAMBIO NORMATIVO

¹¹⁵ Apartado 63, con cita de la sentencia de 11 de octubre de 2007 [*Paquay*, asunto C-460/06, (ECLI:EU:C:2007:601)].

¹¹⁶ Así, *Porrás Guisado*, apartados 60 y 65.

¹¹⁷ Sobre el asunto, véase apartado 3, *in fine*, de este estudio.

¹¹⁸ Véase art. 22.4 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018.

Los fallos ahora contemplados cancelan la previa expectativa de un cambio normativo abierta por un fallo anterior equivocado o fruto de no haberse utilizado cauces (señaladamente, solicitud por España del conocimiento del asunto por la Gran Sala y actuaciones tendentes a conseguir la estudio y presentación de conclusiones por parte del Abogado General) que hubieran permitido que el Tribunal conociera y comprendiese bien el sentido de la normativa aplicable al asunto objeto del litigio principal. Tal es la situación vivida en relación con la no concesión de indemnización por extinción del contrato de trabajo de interinidad, dispuesta por el art. 49.1.c) del ET 1995 (y 2015), y el reconocimiento al trabajador afectado de la indemnización prevista para el caso de la extinción por causas objetivas, prevista en el art. 53.b) de igual texto legal. La expectativa de un posible cambio normativo abierta por la muy polémica sentencia *De Diego Porras I*, en 2016 (asunto C-596/14), cuyo respuesta¹¹⁹ a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid llevaron a esta a resolver el litigio principal, en sentencia de 5 de octubre de 2016¹²⁰, reconociendo a la recurrente el derecho a percibir, por razón de la extinción de su contrato de interinidad, igual indemnización que la establecida para el despido objetivo en el art. 53.1.b) del ET ("igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva"), quedó definitivamente frustrada como

¹¹⁹ Del siguiente tenor [fallo, 2)]: "La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización."

¹²⁰ AS 2016/1298.

consecuencia de la rectificación y cambio de criterio que llevan a cabo en 2018, primero, las sentencias *Grupo Norte Facility* (asunto C-574/16) y *Montero Mateos* (asunto C-677/16) y, un poco más tarde, respondiendo a la petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TS al conocer del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la citada sentencia de la sala madrileña, la sentencia *De Diego Porras II* (asunto C-619/17)¹²¹.

¹²¹ Declara el fallo de la primera de esas tres sentencias que "la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, (...) que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE (...), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva". Con los anteriores términos coinciden sustancialmente los que emplea el fallo de la *Montero Mateos* ["la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, (...) que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE (...), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva"] y el apartado 1 del fallo de la *De Diego Porras II* ["La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, (...) que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE (...), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho

El reciente auto *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia/Universidad de Santiago de Compostela*, de marzo de 2019 (asunto C-293/18), no hace otra cosa que responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en unos términos que pueden deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, con más precisión, de las dos sentencias últimamente citadas, lo que justifica la resolución del asunto por medio de auto motivado, en aplicación del art. 99 del Reglamento de procedimiento de aquel¹²². La duda de la Sala gallega -suscitada, sin duda, por la doctrina de *De Diego Porras I*- acerca de si la extinción por término del contrato de trabajo celebrado bajo la modalidad de contrato predoctoral (arts. 21 y 22 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación) es comparable a la extinción por causas objetivas de los contratos de trabajo por tiempo indefinido y, de ser así, sobre qué razón legal podría justificar la diferencia de trato consistente en no aplicar a aquella primera extinción la indemnización prevista en el art. 53.1.b) del ET, es resuelta por el Tribunal de Justicia aplicando, *mutatis mutandis*, el criterio de *Montero Mateos*, de *Grupo Norte Facility* y de *De Diego Porras II*. Tras apreciar, con estas sentencias, que “el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de

a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”].

¹²² “Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del juez ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

trato controvertida" (apartado 52), el Tribunal declara "que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (...) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos predoctorales al vencimiento del término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva" [fallo.2)]¹²³.

Dicho sea de paso, el todavía más reciente auto *Aragón Carrasco*, de junio de 2019 (asunto C-367/18), cierra también la duda acerca de si el personal eventual¹²⁴ se encuentra en situación comparable a la del trabajador con contrato por tiempo indefinido y, de ser así, si su cese, que es libre, es equiparable a la extinción por causas objetivas de este último y, por lo tanto, debe ir acompañado del pago de una indemnización de importe equivalente al previsto

¹²³ Recibido el auto, la Sala gallega procede resolver el litigio principal desestimando la petición principal formulada por el sindicato demandante en pleito de conflicto colectivo, solicitando el derecho de los trabajadores con contrato de trabajo predoctoral a percibir una indemnización por cese o finalización de su contrato equivalente a la fijada para el despido objetivo por el art. 53.1.b) del ET. Sin embargo, acoge, frívolamente, con, en el mejor de los casos, insuficiente y muy perezoso razonamiento, sin entrar en la menor valoración de la indiscutible finalidad formativa de la referida modalidad contractual, la petición subsidiaria de reconocimiento del derecho a la indemnización de doce días por año de servicio prevista en el art. 49.1.c) de aquel texto legal, calificando dicha modalidad contractual, no como formativa y, en cuanto tal, equiparable a los contratos formativos del art. 11 de igual texto legal, sino como contratos "temporales de obra o servicio".

¹²⁴ El definido en el art. 12.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, vinculado por una relación jurídica de derecho público ("Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin").

para dicha extinción. Lo curioso es que la respuesta en tal sentido del Tribunal incurre en clara incongruencia respecto del contenido de la cuestión prejudicial a la que va referida, que es la primera y la única de las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente (la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS) que aquel considera admisible (las otras dos se declaran inadmisibles por su naturaleza hipotética). A mi juicio, demandándose en esa primera cuestión prejudicial respuesta a si la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada se opone a la normativa española que dispone, en el art. 12.3 del Estatuto básico del empleado público, el cese libre sin indemnización del personal eventual, y por el contrario, establece una indemnización de 12 días por año de servicio, en el art. 49.1.c) del ET 2015, para el caso de extinción de un contrato de trabajo por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio constitutiva de su objeto, el Tribunal también debería haber declarado su inadmisibilidad:

1) Porque no plantea una comparación entre trabajadores con contrato o relación de servicios de duración determinada y trabajadores fijos, que constituye condición para la aplicación de la citada cláusula 4 del Acuerdo marco.

2) Porque la indemnización por extinción del contrato que prevé el art. 49.1.c) del ET 2015 no entra en el ámbito de aplicación de la cláusula 5 de igual Acuerdo marco, que, como recuerda el Tribunal, solo es aplicable en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada¹²⁵, cosa que no se daba en el litigio principal ni forma parte de los elementos sobre los que el órgano jurisdiccional remitente redacta la cuestión de que se trata. El Tribunal, volviendo a formular a su conveniencia o antojo la referida cuestión prejudicial primera ("del auto de

¹²⁵ Véanse sentencias de 22 de noviembre de 2005 (*Mangold*, asunto C-144/04, apartados 41 y 42; (ECLI:EU:C:2005:709) y de 26 de enero de 2012 (*Kücük*, asunto C-586/10; ECLI:EU:C:2012:39, apartado 45).

remisión se desprende que, en realidad, el tribunal remitente pide al Tribunal de Justicia que interprete la cláusula 4 del Acuerdo marco a la luz de la diferencia existente entre el régimen de indemnización por cese del personal eventual de las Administraciones públicas españolas y el régimen de indemnización del despido, basado en una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, del personal laboral fijo que presta servicios para dichas Administraciones, previsto en el artículo 53, apartado 1, letra b), del mencionado Estatuto”), concluye: “La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (...) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna al personal eventual, que ejerce funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, con motivo del cese libre en sus funciones, mientras que se concede una indemnización al personal laboral fijo con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva” [fallo.1]).

3. EL IMPACTO POR LA OBLIGADA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE PRECEPTOS DE LA NORMATIVA NACIONAL CONTRARIOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CUYA OBSERVANCIA GARANTIZA EL TRIBUNAL

Recuérdese, en primer lugar, que los fallos del Tribunal de Justicia disponiendo la inaplicación de que se trata o abriendo camino a ella pueden conducir y han conducido en España a posteriores modificaciones de nuestra normativa laboral. En segundo lugar, que pertenecen a tal grupo de fallos los correspondientes a la sentencia *Rodríguez Caballero* (asunto C-442/00), a la sentencia *Olaso Valero* (asunto C-520/03) y al auto *Guerrero Pecino* (asunto C-177/05). Por lo demás, téngase en cuenta que la inaplicación contemplada no es algo que pueda decidir por sí mismo el órgano jurisdiccional nacional o, lo que es igual, este ha de acordarla a la vista de un fallo del Tribunal de Justicia que haya resuelto cuestión prejudicial en términos tales que avalen aquella, aun sin llegar a declararla de

forma expresa. La declaración expresa de la inaplicación, presente en los tres fallos anteriores, debe ser excepcional y no deja de poner en cuestión la autonomía de los ordenamientos de los Estados miembros (del legislador y de los órganos jurisdiccionales nacionales) para resolver o solucionar de forma satisfactoria la oposición de sus disposiciones normativas al derecho de la Unión. De ahí que parezca más apropiado dejar que sean sus propios órganos jurisdiccionales los que valoren la posibilidad de superar la referida oposición a través de la interpretación conforme de las normas cuestionadas y, decidan, de apreciar que no cabe tal interpretación, su inaplicación. En este sentido, con carácter general, siempre que la declaración del Tribunal de Justicia de oposición al derecho de la Unión, por provocar a una discriminación directa o indirecta, afecte a un precepto de la normativa nacional que niega de forma clara y categórica un derecho o beneficio a un grupo de trabajadores o beneficiarios de prestaciones de seguridad social que se encuentra en situación comparable a la de otro grupo al que se le concede, la interpretación conforme deviene imposible y el juez nacional habrá de resolver el asunto, ante la pasividad del legislador, no aplicando, expresa o tácitamente, el precepto en cuestión y reconociendo el derecho o beneficio al grupo discriminado. *Mutatis mutandis*, otro tanto sucederá cuando el precepto, en lugar de negar, sin más, el derecho o beneficio, omita hacer referencia a él y lo reduzca respecto de un grupo de personas cuya situación es asimismo comparable a la de otro al que se le concede de forma expresa o no se le aplica reducción alguna.

Resolviendo petición de decisión prejudicial planteada a propósito de los términos empleados en la versión inicial del párrafo segundo del art. 33.1 del ET 1995 para regular, en transposición de la Directiva 80/987/CEE, la cobertura del pago de los salarios de tramitación a cargo del FOGASA, la cual quedaba limitada al pago acordado por sentencia (exclusión de la cobertura en el caso de pago acordado en conciliación judicial), la primera de las dos sentencias antes mencionadas (la *Rodríguez Caballero*) declaró, en el punto 2) de su fallo, que una restricción como la indicada es

contraria al principio de igualdad de trato, tal y como se reconoce por el ordenamiento jurídico de la Unión, y, por lo tanto, no debe ser aplicada por el juez nacional (primacía del derecho de la Unión)¹²⁶.

Igual vulneración del principio de igualdad de trato e inaplicación del precepto que incurre en ella declaran los fallos de la sentencia *Olaso Valero* y del auto *Guerrero Pecino* en relación con la cobertura por el FOGASA del pago de la indemnización por despido o extinción del contrato de trabajo solo cuando tal indemnización figure “reconocida por sentencia o resolución administrativa”, dispuesta por la nueva redacción del art. 33.2 del ET 1995 dada por la Ley 60/1997, de 19 de diciembre. Para el Tribunal, la compatibilidad con aquel principio de igualdad de una restricción como la indicada precisa una justificación objetiva del diferente trato a que se ven sometidos los trabajadores con indemnización reconocida por conciliación judicial, que se encuentran en una situación comparable a la de aquellos con indemnización reconocida por sentencia o resolución administrativa. Esa justificación no la apreciaron la sentencia y el auto mencionados¹²⁷, igual que tampoco lo harían, ya con posterioridad a la modificación del precepto para su ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión, las sentencias *Cordero Alonso*¹²⁸ y *Velasco Navarro*¹²⁹, resolviendo sendas peticiones de decisiones prejudiciales elevadas con anterioridad a la referida modificación.

¹²⁶ Los términos del mencionado punto 2) del fallo son los siguientes: “El juez nacional debe dejar sin aplicar una normativa nacional que, vulnerando el principio de igualdad, excluye del concepto de «retribución», en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 80/987, los créditos correspondientes a salarios de tramitación, pactados en una conciliación celebrada ante un órgano jurisdiccional y aprobada por él, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el régimen vigente para los trabajadores asalariados cuyos créditos del mismo tipo estén comprendidos, en virtud de la definición nacional del concepto de «retribución», en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.”

¹²⁷ Véase apartado 37 de la sentencia y 28 del auto.

¹²⁸ Véase apartado 40.

¹²⁹ Véase apartado 37.

Consecuencia de la inaplicación era, de nuevo, la obligada concesión a los trabajadores de la categoría perjudicada de la ventaja disfrutada por los de la categoría beneficiada¹³⁰.

Aunque la inaplicación de la norma nacional no aparezca declarada por el Tribunal de Justicia, la respuesta de este a la petición de decisión prejudicial brinda elementos suficientes para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan decidir aquella en la sentencia *Villar Láiz*, que, según se ha indicado¹³¹, considera constitutiva de discriminación indirecta y, por lo tanto, contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE las reglas a las que la LGSS 2015 somete el reconocimiento del derecho e importe de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, en la medida en que estos sean en su mayor parte mujeres,

¹³⁰ Así, sentencia *Olaso Valero* [fallo 2]): “Cuando, según la normativa nacional de que se trate, los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente, reconocidos en sentencia o resolución administrativa, estén comprendidos en el concepto de «retribución», los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación como el que es objeto del caso de autos, deben considerarse créditos de trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales y relativos a la retribución en el sentido de la Directiva 80/987. El juez nacional no debe aplicar una normativa interna que, vulnerando el principio de igualdad, excluye estos últimos créditos del concepto de «retribución» en el sentido de dicha normativa”. Términos parecidos en auto *Guerrero Pecino* (fallo): “Cuando debe considerarse, según la normativa nacional de que se trate, que las indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en una sentencia o en una resolución administrativa constituyen, en virtud del Derecho nacional, indemnizaciones debidas al término de la relación laboral comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 80/987/CEE (...), en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE (...), las indemnizaciones de la misma naturaleza establecidas en un procedimiento de conciliación judicial, como la controvertida en el asunto principal, deben considerarse también indemnizaciones en el sentido de dicha disposición. El juez nacional no debe aplicar una normativa que vulnera el principio de igualdad al excluir estas últimas indemnizaciones del concepto de indemnizaciones en el sentido de la citada norma”.

¹³¹ En el apartado 2.1.

consistentes en aplicar a una base reguladora ya inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable un porcentaje dependiente de los días cotizados determinados según el art. 247.a) incrementados con la aplicación de un coeficiente de 1'5.

Ciertamente, no deja de sorprender que la sentencia de la que ahora se da cuenta esquive responder a la segunda de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente (la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León), relativa a si debe entenderse que una norma de Derecho interno como la controvertida en el litigio es contraria, además de al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, al art. 21 (no discriminación) de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y, por lo tanto, aquel "está obligado" a la inaplicación la aludida norma "sin solicitar o esperar [a] su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional". El Tribunal de Justicia sale del paso manifestando, de forma lacónica, que "no procede responder" a esa segunda cuestión prejudicial "habida cuenta de la respuesta a la primera". Partiendo de que esta respuesta es la de que la normativa nacional resulta contraria al art. 4.1 de la Directiva y, por lo tanto, contradice el principio de igualdad de trato, que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, parece que el Tribunal pretende dejar caer que el órgano jurisdiccional remitente valore, por sí mismo, la oportunidad de la inaplicación de aquella normativa, lo cual no significa que dicho órgano jurisdiccional deba proceder a ella previa elevación de la oportuna cuestión de constitucionalidad al TC y apreciación, por este, de la oposición a la CE del precepto o preceptos de la referida normativa¹³². Afortunadamente, resolviendo cuestión interna de inconstitucionalidad, la STC 91/2019, de 3 de julio de 2019, da respuesta clara y precisa a lo que deja en el aire el Tribunal de Justicia e indica a los jueces cómo deben proceder ante la inconstitucionalidad y nulidad de la normativa de que se trata. Esta sentencia viene a avalar la decisión del órgano jurisdiccional remitente de resolver el

¹³² Véanse arts. 35 y sigs. de la LOTC.

litigio principal prescindiendo, aun sin manifestarlo abiertamente, de la aplicación la norma nacional cuya oposición al derecho de la Unión declara el Tribunal de Justicia¹³³. No importa que se omita la indicación expresa sobre la inaplicación de la norma; la concesión del derecho o beneficio sin la reducción que esta dispone lleva implícita la inaplicación.

En fin, inaplicación de la norma nacional, por contraria a la cláusula 4.1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada¹³⁴, se presenta como la decisión a tomar por los órganos jurisdiccionales españoles en relación con el precepto de la normativa nacional que niegue al personal eventual¹³⁵, a los funcionarios interinos, al personal estatutario eventual¹³⁶ o a los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada el acceso a un complemento retributivo (por ejemplo, trienios) y reserve su disfrute a los funcionarios de carrera, al personal estatutario fijo¹³⁷ o a aquellos cuyo contrato de trabajo sea por tiempo indefinido, apareciendo, en el caso concreto, que

¹³³ Lo hace en su sentencia de 11 de julio de 2019 (AS 2019/1680).

¹³⁴ Dispone la citada cláusula que, "por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas".

¹³⁵ Véase *supra*, nota 123.

¹³⁶ El nombrado por los servicios de salud para prestar "servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria", para "garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios" o para "la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria" (art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud).

¹³⁷ Lo sigue haciendo, a pesar de tener en contra la doctrina del Tribunal de Justicia, el art. 44 de la Ley 55/2003, cit. en la nota anterior: "el personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que, en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios".

la situación de los primeros es comparable a la de los segundos por lo que respecta a la percepción del aludido complemento y no existe una razón objetiva justificativa de la diferencia de trato. La inaplicación de que se trata encuentra apoyo, últimamente -no exclusivamente- en la doctrina de la sentencia *Ustariz Aróstegui*, de 2019 (asunto C-72/18), que declara que aquella cláusula del Acuerdo marco "debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva el derecho a un complemento retributivo [de grado] a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo, en particular, a los profesores contratados administrativos, si haber cubierto un determinado tiempo de servicios constituye el único requisito para la concesión de dicho complemento". En su virtud, una vez comprobado por el órgano jurisdiccional remitente (el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Pamplona) la concurrencia de esta condición y la situación comparable de ambos grupos de profesores, parece que habrá de imponerse la inaplicación del art. 11 del Decreto Foral 68/2009, de 28 de septiembre, por el que se regula la contratación de personal en régimen administrativo en las Administraciones públicas de Navarra, del siguiente tenor: "El personal contratado en régimen administrativo percibirá las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupe o función que desempeñe, el premio de antigüedad y la ayuda familiar. Se excluye el grado, como retribución personal básica inherente a la condición del personal funcionario"¹³⁸.

En un supuesto como el que se acaba de describir, la inaplicación se debe traducir en el reconocimiento, por el órgano jurisdiccional nacional, del derecho a disfrutar del complemento por parte del grupo discriminado (el personal eventual, los funcionarios interinos, el personal estatutario temporal o los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada). Tal es el *modus operandi* al que

¹³⁸ Los términos reproducidos corresponden a la nueva redacción del precepto dada por la disposición adicional única.1 del Decreto Foral 21/2017, de 29 de marzo.

lleva, entre otras, además de la doctrina de la sentencia *Ustáriz Arostegui*, la de las sentencias del *Cerro Alonso*, de 2007 (asunto C-307/05)¹³⁹ y *Regojo Dans*, de 2015 (asunto C-177/14)¹⁴⁰, así como la del auto *Montoya Medina*, de 2011 (asunto C-273/10)¹⁴¹. Tal es el *modus operandi* que sigue la STS de 21 de enero de 2016 (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 3ª)¹⁴² al resolver el litigio principal origen del planteamiento de la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia *Regojo Dans* y reconocer a la recurrente, que desempeñaba tareas administrativas al amparo de su nombramiento como personal eventual¹⁴³ y en situación comparable a la de los

¹³⁹ "La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco [sobre el trabajo de duración determinada] debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinado y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador" [apartado 59 y fallo.2]).

¹⁴⁰ "La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos, en particular, a los funcionarios de carrera, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento salarial, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables, lo que corresponde verificar al tribunal remitente" [apartado 62 y fallo.2]).

¹⁴¹ "La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reserva, sin ninguna justificación objetiva, el derecho a percibir un complemento salarial por antigüedad únicamente a los profesores contratados doctores, excluyendo a los profesores ayudantes doctores, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables" (apartado 47 y fallo).

¹⁴² Roj 180/2016; ECLI:ES:TS:2016:180.

¹⁴³ Véanse *supra*, notas 123 y 117.

funcionarios de carrera ocupados en iguales tareas, el derecho a la percepción de trienios que le había sido negado por la Administración Pública empleadora en virtud de lo establecido en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado y, últimamente, en virtud del art. 26.4 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012. Ni que decir tiene que la concesión de aquel derecho comporta la inaplicación de la norma contraria a él. Asimismo, el referido *modus operandi* también es el seguido por la STSJ Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2011¹⁴⁴ al resolver el litigio principal que llevó a la Sala a plantear la cuestión prejudicial resuelta por el auto *Montoya Medina* y confirmar la sentencia de instancia que había reconocido al recurrente el derecho a percibir trienios durante el período de servicios prestados en la Universidad de Alicante como profesor ayudante doctor (temporal). La Sala valenciana confirma la aludida sentencia de instancia por apreciar que la situación de los profesores ayudantes doctores es comparable a la de los profesores contratados doctores (por tiempo indefinido), únicos de las dos categorías de profesores a los que la normativa aplicable¹⁴⁵ concede los trienios como concepto integrante de sus retribuciones.

4. EL IMPACTO PROVOCADO POR LA INTERPRETACIÓN CONFORME

Uno de los ejemplos del impacto ahora contemplado es la sentencia *Roca Álvarez*, de 2010, la cual, según se ha señalado, aunque acabó por llevar a la modificación, en 2012, de la redacción que en aquel momento tenía el art. 37.4 del ET 1995, condujo, previamente, a que los órganos jurisdiccionales nacionales tuvieran que proceder a realizar, entre tanto una interpretación conforme del precepto. Tal interpretación conforme la adopta, precisamente, la Sala de

¹⁴⁴ Roj STSJ CV 4112/2011; ECLI:ES:TSJCV:2011:4112.

¹⁴⁵ Los arts. 14.1 y 15 del Decreto 174/2002, de 15 de octubre, del Gobierno valenciano, sobre régimen y retribuciones del personal docente e investigador contratado laboral de las universidades públicas valencianas y sobre retribuciones adicionales del profesorado universitario.

lo Social del TSJ de Galicia al resolver la cuestión de fondo sometida al recurso de suplicación cuya interposición le había conducido a plantear la petición de decisión prejudicial origen de la sentencia. La adopta en su sentencia de 12 de noviembre de 2010¹⁴⁶, que revoca la de instancia y declara el derecho del actor a disfrutar, en su condición de padre trabajador por cuenta ajena, el discutido permiso por lactancia aunque la madre no tuviera esa misma condición. La expresada interpretación conforme aparece al final del fundamento jurídico segundo de la sentencia. Una vez sentado que la regulación del permiso por lactancia en el art. 37.4 del ET de 1995 era, en la fecha en que lo había solicitado el recurrente, y seguía siendo “discriminatoria por razón de sexo” y contraria a la Directiva 76/207/CEE, la Sala concluye que “aquella debe ser aplicada al caso concreto de modo que se elimine la discriminación apreciada, lo que no puede sino conllevar el reconocimiento, como padre trabajador por cuenta ajena, al [sic] derecho en su día solicitado y negado”.

Otro de los ejemplos, de relevancia incluso mayor, pues, como se ha indicado (apartado 2.2), no ha llevado, por el momento, a la modificación del precepto de la normativa nacional involucrado, es el de la sentencia *Rabal Cañas*, de 2015 (asunto C-392/13), la cual ha declarado que se opone a la Directiva 98/59/CE [a su art. 1.1, párrafo primero, letra a)] una regulación nacional, como la del art. 51.1.a) del ET, que se limita a referir las extinciones de contratos de trabajo computables a efectos de determinar la existencia de un despido colectivo a las producidas en la empresa. Semejante incompatibilidad no es general, sino que se produce en relación con aquellas situaciones en las que, de atenderse al número de extinciones producidas en el centro de trabajo, se estaría ante un supuesto de despido colectivo sometido, como tal, a la tramitación que corresponde a este¹⁴⁷. Así sucede, por ejemplo, en el caso de una empresa

¹⁴⁶ AS 2011/73. Es ponente de la sentencia la Magistrada Isabel Olmos Pares.

¹⁴⁷ En términos del fallo.1) de la sentencia, “el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa

de ciento cincuenta trabajadores que decide extinguir por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción los contratos de diez trabajadores de uno de sus centros de trabajo que ocupa a más de veinte y menos de cien; también en el de una empresa de cuatrocientos trabajadores que extinga por iguales causas los contratos de los veinticinco trabajadores integrantes de la totalidad de la plantilla de uno de sus centros de trabajo. Tales extinciones, constitutivas, por su número, de un despido colectivo según el art. 1.1.a.i) de la Directiva¹⁴⁸, no lo serían, en cambio, según el citado precepto del ET. La sustitución de la referencia a las extinciones producidas en el centro de trabajo, tomada por la Directiva 98/59/CE, por la referencia a las extinciones producidas en la empresa, seguida por el ET, solo es admisible, por resultar más favorable para los trabajadores¹⁴⁹, "si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección" de estos en los casos "en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos" que requiere el art. 1.1.a).i) de aquella para considerar que se está ante un despido colectivo (apartado 52). Esa "añadidura", que cabe apreciar en lo que disponen las letras b) y c) del art. 51.1 del ET, no siempre concurre, como revelan los ejemplos puestos, en las situaciones comprendidas en la letra a). En espera de una deseable reforma del art. 51.1 del ET que elimine el desajuste resultante de lo observado por el

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 aquel primer artículo.

¹⁴⁸ Se estaría ante extinciones "por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores" cuyo número es "al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores".

¹⁴⁹ Véase art. 5 de la Directiva.

Tribunal de Justicia, los tribunales laborales se ven obligados a adoptar, cuando la empresa disponga de dos o más centros de trabajo, la interpretación “conforme” de dicho precepto con el derecho de la Unión¹⁵⁰ y referir las extinciones computables a las decididas en el ámbito de cada centro, no de toda la empresa, si ello permite apreciar la concurrencia de un despido colectivo en el sentido de la Directiva 98/59/CE y, por lo tanto, aplicar las garantías y protección dispuestas al respecto. Dicho de otra forma, han de considerar que figuran sometidas a la tramitación propia del despido colectivo las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por otros motivos no inherentes a la persona del trabajador que afecten al menos a diez trabajadores de un centro de trabajo de más de veinte trabajadores y de menos de cien y que se produzcan en el período de referencia de noventa días. Descubre los elementos necesarios que autorizan la referida interpretación “conforme” el TS, en sentencias posteriores a *Rabal Cañas*, la primera de ellas de 17 de octubre de 2016, de Pleno y unificación de doctrina¹⁵¹, la cual concluye, manifestando que ratifica y completa el criterio seguido por la de 18 de marzo de 2009¹⁵² (en rigor, rectifica de forma clara dicho criterio), también de unificación de doctrina, que “deben calificarse como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos

¹⁵⁰ Véase art. 4 bis de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadido por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio.

¹⁵¹ RJ 2016/4654. Desestima el TS el recurso interpuesto contra la STSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2015 (AS 2015/1238) que había calificado de despido colectivo doce extinciones de contratos de trabajo por causas productivas y organizativas producidas en un centro de trabajo en el que prestaban sus servicios setenta y siete trabajadores de los más de tres mil con que contaba la empresa.

¹⁵² RJ 2009/4163.

mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores”¹⁵³.

También llevan a la realización de una interpretación conforme por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, sin ánimo exhaustivo, los fallos de las sentencias *Nobel Plastiques*, de 2019 (asunto C-397/18), y *Ruiz Conejero*, de 2018 (asunto C-270/16). Esa interpretación conforme afecta, en ambas sentencias, a los arts. 52 y 53 del ET 2015 y también, en la primera de ellas, al art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (“protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”). Por lo que respecta al art. 52 del ET 2015, afecta a las causas objetivas de extinción del contrato de trabajo que tipifica sus letras c) (extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en número inferior al establecido para el despido colectivo) y d) (extinción por absentismo del trabajador). Por lo que respecta al art. 53, afecta a su apartado 4; a la declaración de la nulidad de la extinción que resulte discriminatoria.

De acuerdo con la segunda de esas sentencias, excluido que lo dispuesto en la letra d) del art. 52 del ET 2015 constituya una discriminación directa por razón de la discapacidad¹⁵⁴, para no dar lugar su aplicación a una discriminación indirecta, opuesta a la Directiva 2000/78/CE¹⁵⁵, es preciso

¹⁵³ En igual sentido, también en unificación de doctrina, salvo la tercera, sentencias del TS de 6 de abril, 13 de junio y 14 de julio de 2017 y 7 de febrero de 2018 (RJ 2017/2275, RJ 2017/3009, RJ 2017/4155 y RJ 2017/1033, respectivamente).

¹⁵⁴ Así, apartado 37 de la sentencia: “el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo. En estas circunstancias, no cabe considerar que esta disposición establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad, en el sentido del artículo 1 en relación con el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, dado que se basa en un criterio que no está indisolublemente ligado a la discapacidad”.

¹⁵⁵ Del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

interpretar el precepto en el sentido de que entre las inasistencias al trabajo computables a efectos de dicha extinción se pueden incluir las debidas a enfermedades contraídas a consecuencia de la discapacidad del trabajador solo cuando se den las condiciones que a tales efectos identifica el inciso i) del art. 2.2.b) de la citada Directiva; a saber:

1) Que la diferencia de trato entre trabajadores con discapacidad y trabajadores sin discapacidad que puede derivarse del art. 52.d) del ET 2015 se encuentre objetivamente justificada por una finalidad legítima, a cuyos efectos el Tribunal admite que es suficiente el objetivo perseguido por tal precepto, de combatir el absentismo laboral¹⁵⁶.

2) Que se compruebe, por el órgano jurisdiccional nacional, que los medios dispuestos por el legislador para la consecución de la anterior finalidad legítima sean adecuados y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar la aludida finalidad¹⁵⁷. Por lo que se refiere a la adecuación, habrá de determinarse reparando en "si los datos numéricos" fijados en el citado art. 52.d) "se han concebido efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas"¹⁵⁸, en "los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral"¹⁵⁹ y, por último, en si el despido por faltas de asistencia intermitentes por causa de enfermedad durante un determinado número de días, tiene, respecto a los empresarios, el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo"¹⁶⁰. Por lo que respecta a la segunda exigencia, relativa a que los medios previstos por el art. 52.d) del ET 2015 (el despido del trabajador) no vayan más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima del precepto, procede situar este "en el contexto en que se inscribe y tomar en

¹⁵⁶ Apartado 44 y fallo.

¹⁵⁷ Así, apartados 40 y 45 y fallo.

¹⁵⁸ Apartado 46.

¹⁵⁹ Apartado 47.

¹⁶⁰ Apartado 48.

consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a que se refiere¹⁶¹. A tales efectos, el órgano jurisdiccional nacional deberá examinar: a) "si el legislador español no ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad"¹⁶²; b) si las disposiciones normativas nacionales destinadas a la protección específica de estos incluyen medidas adecuadas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad desde la perspectiva de la igualdad en el trabajo¹⁶³; y c) "el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad", las cuales, "en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado"¹⁶⁴.

En ausencia de las condiciones expuestas, la interpretación conforme de los arts. 52.d) y 53.4 del ET 2015 obliga al órgano jurisdiccional a no computar, a efectos de la extinción del contrato por absentismo del trabajador, las inasistencias al trabajo debidas a enfermedades contraídas a consecuencia de la discapacidad y, de no llegar las inasistencias computables a los porcentajes que establece el precepto, a declarar nula la extinción del contrato, por móvil discriminatorio.

En cuanto a la interpretación conforme del art. 52.c) y, de nuevo, del art. 53.4 del ET 2015, la doctrina de la sentencia *Nobel Plastiques* obliga al juzgador a no calificar la extinción, cuando afecte a trabajadores con discapacidad, sin comprobar que los criterios tomados por la empresa para su selección no son constitutivos, a pesar de su carácter aparentemente neutro (aplicación de iguales criterios a los trabajadores sin discapacidad), de una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, por desfavorecer a tales trabajadores frente a los no discapacitados y no haber probado la empresa la adopción

¹⁶¹ Apartado 49.

¹⁶² Apartado 50.

¹⁶³ Apartado 55 en relación con el 49. Entre las medidas a valorar por el juzgador figuran las del art. 40 de la LGDPD.

¹⁶⁴ Apartado 51.

de medidas adecuadas, en el sentido del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE (y del art. 35.4 de la LGDPD), en orden a eliminar las desventajas que supone para aquellos la aplicación de los aludidos criterios. En virtud de lo expuesto, a menos que figure acreditada la adopción de los ajustes razonables que implican aquellas medidas, del que son ejemplos las descritas en los considerandos 20 y 21 de la Directiva¹⁶⁵, el juzgador debe declarar nula, por discriminatoria, la extinción del contrato de trabajo del trabajador discapacitado por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando los criterios de selección aplicados por la empresa sean del tipo de los utilizados por esta en el asunto objeto del litigio principal; a saber: a) el nivel de productividad, b) el índice de absentismo y c) el grado de polivalencia para los diferentes puestos de trabajo¹⁶⁶. En suma, la extinción solo se podrá calificar de procedente cuando el juzgador llegue al convencimiento de que la empresa ha adoptado

¹⁶⁵ Esto es, “medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre” (considerando 20); tales medidas no deben representar una carga desproporcionada para las empresas, a determinar, de forma particular, en función de “los costes financieros y de otro tipo que (...) impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda” para su adopción (considerando 21).

¹⁶⁶ Por lo que concierne a los mencionados criterios de selección, advierte la sentencia que, “en principio, un trabajador con discapacidad está más expuesto al riesgo de tener un elevado índice de absentismo que un trabajador sin discapacidad, dado que incurre en el riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad” (apartado 59) y, asimismo, también tiene, “en principio, como consecuencia de la limitación de su capacidad, menos posibilidades de obtener buenos resultados” a efectos de los criterios relativos a la productividad inferior a un determinado nivel y a una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa (apartado 60).

previamente adaptaciones constitutivas de los referidos ajustes razonables.