

A ACTIVIDADE DOS XUÍCES ESPAÑOIS COMO FACTOR DO IMPACTO SOBRE O DEREITO DO TRABALLO ESPAÑOL DOS FALLOS DO TRIBUNAL DE XUSTIZA RESOLVENDO PETICIÓNS DE DECISIÓNS PREXUDICIAIS EN ASUNTOS AFECTADOS POR NORMAS DE POLÍTICA SOCIAL DA UNIÓN: CAMBIOS NORMATIVOS, INAPLICACIÓN DE PRECEPTOS E INTERPRETACIÓNS 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

RESUMO

Os fallos do Tribunal de Xustiza que resolven 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

¹ O presente estudo forma parte dos resultados do proxecto de investigación do Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades: *Dereito do Traballo español ante a doutrina do Tribunal de Xustiza en materia de política social e dereitos fundamentais*, con referencia RTI2018-097917-B-100.

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.

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 Estados miembros. Esa ampliación 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 ampliación 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.

Abreviaturas: AN (Audiencia Nacional, Sala do social), AS (*Aranzadi Social*), ATX (auto do Tribunal de Xustiza), CE (Constitución española do 27 de decembro de 1978), ECLI (Identificador europeo de xurisprudencia), ET 1995 (texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado por Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo), ET 2015 (texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado por Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro), FOGASA (Fondo de garantía salarial), LXDPD (texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobado por Real decreto lexislativo 1/2013, do 29 de novembro), LXSS (texto refundido da lei xeral de seguridade social; segundo se indique, o aprobado por Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño, ou por Real decreto lexislativo 8/2015, do 30 de outubro), LOTC (Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional), LRXS (Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social), RJ (*Repertorio de jurisprudencia*, de Aranzadi), TC (Tribunal Constitucional), TS (Tribunal Supremo), TSX (Tribunal Superior de Xustiza; Sala do social, salvo que se indique outra cousa), STC (sentenza do Tribunal Constitucional), STX (sentenza do Tribunal de Xustiza), STS (sentenza do Tribunal Supremo, da súa Sala do social, salvo que se indique outra cousa), STSX (sentenza de Tribunal Superior de Xustiza, da súa Sala do social e da comunidade autónoma que

expresamente se indique), TFUE (Tratado de Funcionamento da Unión Europea).

Certamente, a repercusión das sentenzas e dos autos do Tribunal de Xustiza que resolven peticións de decisións prexudiciais e proporcionan ao xuíz remitente elementos a ter en conta para decidir se unha determinada regulación nacional (estatal ou convencional) que traspón normas da Unión sobre materias propias da política social é ou non conforme a esas normas, esa repercusión -digo- non acaba, polo xeral, no Estado membro no que tivese orixe a formulación da correspondente petición. A miúdo, chega aos dereitos nacionais doutros Estados, nos que se fai visible a través de cambios normativos e dos criterios da xurisprudencia e doutrina xudicial inspirados nos fallos daquelas sentenzas e autos. Con todo, non cabe dúbida de que a repercusión ou o impacto é de maior intensidade no dereito nacional ao que pertenza, en cada caso, a disposición normativa axuízada. Nese dereito nacional, os efectos da repercusión son directos ou inmediatos. O son, ademais, en múltiples direccións, das que se dá conta máis adiante. O impacto sobre o Dereito do Traballo español deses fallos que resolven peticións de decisións prexudiciais elevadas en litixios sobre asuntos concernidos por disposicións normativas da Unión sobre política social (arts. 151 e sigs. do TFUE) non constitúe unha excepción ao anterior. Aínda que aquel exame pase, de forma necesaria e principal, pola atención aos fallos correspondentes ás peticións con orixe nos órganos xurisdiccionais españois, non será completo se se prescinde de atender os fallos -os seus efectos *indirectos*- correspondentes ás peticións presentadas polos órganos xurisdiccionais dos demais

Estados membros². A pesar diso, unha análise limitada ao primeiro grupo de fallos está xustificada cando do que se trata é de determinar en que medida a actividade dos órganos xurisdicionais dun Estado membro, no noso caso, España, provoca o referido tipo de impacto ao formular peticións de decisións prexudiciais no curso do tipo de litixios aos que se fixo referencia.

1. UN IMPACTO DERIVADO DUNHA CONCENTRADA, CRECENTE E EXISTOSA ACTIVIDADE XUDICIAL

Unha análise como a indicada revela que o impacto que ten sobre o Dereito do Traballo español o grupo de fallos contemplado é notable e froito dunha concentrada, crecente e exitosa actividade dos xuíces españois.

As peticións de decisións prexudiciais formuladas ata a data polos nosos tribunais en materias que contan con normas da Unión pertencentes ao que consideramos, a efectos do

² Cabe traer a colación respecto diso, por exemplo, a STX do 20 de xaneiro de 2009, *Schultz-Hoff* (asuntos acumulados C-350/06 e C-520/06; ECLI:EU:C:2009:18), determinante do cambio de criterio seguido ata entón polo TS en relación cos efectos sobre as vacacións da incapacidade temporal coincidente co período de gozo destas fixado con anterioridade á baixa médica. Cambiou o criterio, apoiándose na doutrina da citada sentenza, a STS do 24 de xuño de 2009 (RJ 2009/4286), de Sala Xeral e de unificación de doutrina (sobre o particular véxase *infra*, apartado 2.1, nota 107). Outro exemplo constitúe a STX do 26 de febreiro de 2008, *Sabine Mayr* [asunto C-506/06 (ECLI:EU:C: 2008:119): “Os artigos 2, apartado 1, e 5, apartado 1, da Directiva 76/207/CEE (...) opóñense ao despedimento dunha traballadora que, en circunstancias como as do asunto principal, atópase nunha fase avanzada dun tratamento de fecundación *in vitro*, é dicir, entre a punción folicular e a transferencia inmediata dos óvulos fecundados *in vitro* ao útero (...), na medida en que se demostre que este despedimento se basea esencialmente no feito de que a interesada se someteu a tal tratamento” (apartado 54 e fallo)], a cal levou á STS do 4 de abril de 2017, de casación para a unificación de doutrina (RJ 2017/1981), a declarar, en relación coa traballadora sometida a un proceso de fertilización e fecundación *in vitro* que é obxecto dun despedimento cando aínda non foron implantados os óvulos fecundados no seu útero, que o despedimento é nulo, por discriminatorio por razón de sexo, ao non quedar desvirtuados pola empresa os indicios existentes respecto diso.

presente estudo, ámbito estrito da política social³ exceden, con moito, o centenar; para ser máis precisos, superan xa as cento vinte. Ata o 1 de decembro de 2019, o Tribunal de Xustiza deu resposta, entrando no fondo do asunto, a oitenta e seis desas peticións; delas, sesenta e cinco resolvéronse por sentenza e catorce por medio de auto motivado. Tan alto número de peticións crecerá de forma notable proximamente, coa resolución das, polo menos, quince peticións elevadas durante 2018 e 2019 e pendentes dun pronunciamento por parte daquel. En calquera caso, basta con atender as peticións que contan cunha resolución de fondo⁴ para concluír que os tribunais españois son hoxe

³ O definido, ademais de por o art. 153 do TFUE, pola igualdade retributiva entre traballadores e traballadoras, obxecto do art. 157. A razón apuntada xustifica que non se teña en conta aquí, a STX do 15 de outubro de 2015 [*Ibáñez Gutiérrez*; asuntos C-352/14 e C-353/14 (ECLI:EU:C:2015:691)], que responde a dúas peticións de cuestión prexudicial formuladas polo Xulgado do Social nº 2 de Tarrasa no ano 2014. Aínda que no asunto obxecto do litixio principal o xuíz nacional dúbida sobre a compatibilidade co Dereito da Unión do importe das indemnizacións acordadas nun procedemento de despedimento colectivo, superiores ás mínimas legais, a dúbida refírese á cobertura dese importe con axudas concedidas polo Estado, ao amparo da Decisión C(2012) 8764 final da Comisión, do 28 de novembro de 2012, para a restructuración do grupo bancario no que se produciu o citado despedimento (Banco Financeiro e de Aforro, SA, e a súa filial Bankia, identificados na sentenza como "Grupo BFA"). Se se prefire, non se cuestiona en ningún momento a compatibilidade daquel importe máis elevado coas normas de política social da Unión que se ocupan do despedimento colectivo (a Directiva 98/59/CE). De acordo co fallo da sentenza, "a Decisión C(2012) 8764 final da Comisión, do 28 de novembro de 2012, relativa á axuda concedida polas autoridades españolas para a reestruturación e recapitalización do grupo BFA, e os artigos 107 TFUE e 108 TFUE, nos que se basea a Decisión, non se opoñen á aplicación, no marco dun litixio relativo a un despedimento colectivo comprendido no ámbito de aplicación da Decisión, dunha normativa nacional que, en caso de despedimento improcedente do traballador, fixa un importe de indemnización superior ao mínimo legal".

⁴ Descártanse ou non se teñen en conta as peticións arquivadas por retirarse, as declaradas inadmisibles na súa totalidade e, por último, aquelas nas que o Tribunal se considera manifestamente incompetente para responder as cuestións formuladas con carácter prexudicial. Pertencen ao primeiro grupo de peticións, por exemplo, a presentada polo TSX de Cataluña en 2016 e tramitada como asunto C-432/16 (ATX do 12 de abril

os máis dinámicos dos Estados membros á hora de demandar do Tribunal de Xustiza unha resposta segura sobre a interpretación que merecen determinados preceptos das normas da Unión sobre os contidos que forman parte da política social e decidir, en función da citada resposta, se a regulación nacional (estatal ou convencional) da materia ou a súa interpretación xudicial cumpren coas esixencias das aludidas normas.

Dende logo, un número de peticións de decisións prexudiciais tan alto como o indicado podería conducir a pensar que os nosos xuíces, en especial os da orde xurisdiccional social, son os máis inseguros á hora de interpretar o dereito da Unión e establecer, no caso concreto, se o dereito nacional se opón ou non a el. Non obstante, o coñecido dato numérico admite unha valoración ben diferente: un grupo de xuíces, cada vez máis receptivo ao axuizamento dos asuntos tendo en conta a regulación da materia por parte do dereito da Unión e a supremacía deste, terminou por converter os tribunais españois nos que

de 2018, *Minayo Luque*; ECLI:EU:C:2018:277); ou a presentada polo TSX de Galicia en 2007 e tramitada como asunto C-97/07 (ATX do 15 de xaneiro de 2008, *Méndez López*; ECLI:EU:C:2008:10). Pertencen ao segundo grupo de peticións, por exemplo, a presentada polo Xulgado do Social nº 2 de Cádiz en 2017, tramitada como asunto C-252/17 (ATX do 21 de marzo de 2018, *Vadillo González*; ECLI:EU:C:2018:202), a presentada polo Xulgado do Social nº 3 de Barcelona en 2016, tramitada como asunto C-97/16 (STX do 2 de marzo de 2017, *Pérez Retamero*; ECLI:EU:C:2017:158), a presentada polo Xulgado do Social nº 33 de Barcelona en 2014, tramitada como asunto C-351/14 (STX do 16 de xuño de 2016, *Rodríguez-Sánchez*; ECLI:EU:C:2016:447) e a presentada polo Xulgado do Contencioso-administrativo nº 3 de Almería en 2009, tramitada como asunto C-389/09 (ATX do 20 de xaneiro de 2010, *Sáenz Morales*; ECLI:EU:C:2010:22). En fin, no terceiro grupo de peticións inclúense, entre outras, a presentada polo Xulgado do Social nº 23 de Madrid en 2014 (STX do 5 de febreiro de 2015, *Nisttahuz Proclava*, asunto C-117/14; ECLI:EU:C:2015:60), a presentada polo Xulgado do Social nº 2 de Tarrasa en 2013 (STX do 27 de marzo de 2015; *Torralbo Marcos*, asunto C-265/13; ECLI:EU:C:2014:187) e a presentada polo Xulgado do Social nº 1 de Córdoba en 2012 (ATX do 7 de marzo de 2013, *Rivas Montes*, asunto C-178/12; ECLI:EU:C:2013:150).

menos reparos teñen en solicitar ao Tribunal de Xustiza un pronunciamento expreso sobre a interpretación da norma social da Unión e a conformidade a ela da correspondente norma laboral nacional.

Non sempre foi así. A atención dos xuíces españois aos requirimentos da regulación da Unión sobre materias propias da política social foi moi escasa durante moitos anos e, en concreto, durante a primeira metade do período que España leva formando parte da Unión. O número de peticións de decisións prexudiciais só comeza a crecer de forma significativa a partir de 2003.

Dende o ingreso de España na entón Comunidade Económica Europea, o 1 de xaneiro de 1986, e ata o 31 de decembro de 2002, as peticións de decisións prexudiciais dos xuíces españois foron doce. A primeira, de 1986, formulada pola sala cuarta do extinto Tribunal Central de Traballo, por medio de auto do 21 de marzo dese ano, foi resolta pola STX do 29 de setembro de 1987 (*Giménez Zaera*, asunto C-126/86)⁵. A referida petición viña solicitar unha resposta do Tribunal sobre se casaba cos obxectivos da política social unha medida regresiva da protección do sistema público de seguridade social como a contida no art. 52.1 da Lei 44/1983, do 28 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para 1984, que declarara a incompatibilidade da percepción da pensión de xubilación do sistema seguridade social "co exercicio de calquera cargo, profesión ou actividade retribuída en calquera administracións públicas e organismos constitucionais". A resposta do Tribunal foi tan breve como contundente: "Nin o artigo 2 nin os artigos 117 e 118 da Tratado CEE se opoñen á introdución por unha lexislación nacional dunha prohibición de acumulación dunha pensión de xubilación cunha remuneración de funcionario que implique unha redución de ingresos dos afectados".

Sen dúbida, o fallo transcrito explica a sorte que correría a seguinte das peticións do período, elevada pola Maxistratura

⁵ ECLI:EU:C:1987:395.

de Traballo número 19 de Barcelona, por medio de auto do 1 de setembro de 1987, tramitada como asunto C-304/87 (*Abarca Formiga*) e de contido coincidente co da primeira petición. Visto o fallo da sentenza que resolveu esta, non estraña que a agora contemplada segunda petición, formulada vinte e oito días antes da data dese fallo, conclúese co arquivo do asunto por parte do Tribunal, que se produciu por resolución do 16 de decembro de 1987⁶.

Dende a citada segunda petición ata a seguinte haberían de pasar case cinco anos. Esa terceira petición, do 31 de xullo de 1992 e do TSX de Cataluña, foi resolta pola STX do 16 de decembro de 1993 (*Wagner Miret*, asunto C-334/92)⁷, que constitúe a primeira decisión do Tribunal promovida por xuíces españois con impacto patente sobre o noso Dereito do Traballo. Semellante impacto foi nun dobre plano: sobre a doutrina xudicial e sobre a lexislación laboral. Tras deixar claro que o persoal de alta dirección estaba comprendido, en España, no ámbito de aplicación da que entón era a Directiva 80/987/CEE (hoxe sería a Directiva 2008/94/CE) e, por tanto, figuraba entre os suxeitos aos que debía alcanzar a protección da institución nacional de aseguramento do pago das cantidades que o empresario insolvente deba aos seus traballadores, como consecuencia dos respectivos contratos de traballo, conclúe o Tribunal que, no caso de que a regulación de tal institución nacional (o FOGASA) non consinta, nin sequera a través dunha interpretación conforme, levar aquela protección ao referido persoal, este tería dereito a solicitar ao Estado "a indemnización dos prexuízos sufridos como consecuencia do incumprimento da Directiva" [apartado 23 e fallo 2.b)]. Pois ben, recibida a anterior resposta, o órgano xurisdiccional remitente optou por resolver o caso (o litixio principal)

⁶ Publicada no Diario Oficial das Comunidades Europeas C 111, do 28 de abril de 1988.

⁷ ECLI:EU:C:1993:945.

atendendo á apuntada solución supletoria⁸, por non apreciar a posibilidade da interpretación conforme e descartar o efecto directo da Directiva 80/987/CEE no punto de que se trata⁹. Non quedou todo aí. Certamente, a existencia dunha xurisprudencia contraditoria sobre a materia¹⁰, a resposta do TS respecto da solución da contradición¹¹, a propia formulación da petición de decisión prexudicial por parte da Sala catalá e, de modo especial, as conclusións do Avogado Xeral sobre o asunto, do 15 de xullo de 1993, anticipando cal podería ser a resposta do Tribunal, contribuíran á creación dunha situación favorable a unha modificación legal que permitise o gozo da protección do FOGASA por parte do persoal de alta dirección e, ao cabo, cumprir respecto del o ordenado pola Directiva 80/987/CEE. Neste contexto, o fallo do Tribunal veu facer máis necesaria e, mesmo, obrigada a modificación introducida pola disposición adicional segunda da Lei 11/1994, do 19 de maio, que estableceu, con redacción posteriormente incorporada á disposición adicional quinta do ET (dos textos refundidos de 1995 e de 2015), que “as retribucións do persoal de alta dirección gozarán das garantías do salario establecidas nos artigos 27.2, 29, 32 e 33 do Estatuto dos traballadores”. En canto ás nove peticións que quedan, catro versan sobre a transmisión de empresas. A máis antiga delas, de 1995, foi resolta pola STX do 17 de abril de 1997 (*Burdalo*

⁸ Fíxoo na súa sentenza do 16 de febreiro de 1994 (AS 1994/577), con criterio que ten ocasión de volver aplicar a de igual Sala e Tribunal do 11 de novembro do mesmo ano (AS 1994/4364).

⁹ Seguindo a doutrina do TS, posta de manifesto nas súas sentenzas do 13 de xullo de 1991 (RJ 1991/5985) e 30 de decembro de 1992 (RJ 1992/10382), ambas de casación para a unificación de doutrina.

¹⁰ Así, acollendo a pretensión do persoal de alta dirección de acceder á protección do FOGASA, sentenzas do TSX da Rioxa do 27 de marzo e 31 de decembro de 1990 (AS 1990/2186 e AS 1990/2258, respectivamente); tamén STSX de Navarra do 21 de xuño de 1991 (AS 1991/3879). Desestimando a referida pretensión, STSX de Aragón do 12 de xaneiro, STSX de Cantabria do 18 de abril e STSX de Andalucía (Málaga) do 20 de decembro, as tres de 1991 (AS 1991/181, AS 1991/ 2553 e AS 1991/6942, respectivamente).

¹¹ Véxanse sentenzas citadas na nota 8.

Trevejo, asunto C-336/95)¹², declarando a imposibilidade da válida invocación da Directiva 77/187/CEE no caso obxecto do litixio principal, relativo a unha transmisión de empresa producida nunha data na que tal Directiva aínda non comezara a producir efectos xurídicos en España. Outra, presentada en 1996 polo TSX de Castela-A Mancha, foi resolta pola STX do 10 de decembro de 1998 (*Sánchez Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/96 e C-247/96)¹³ e, por último, as outras dúas, presentadas en 1996 e 1997 polo TSX de Murcia e o Xulgado do Social nº 1 de Pontevedra, respectivamente, foron resoltas pola STX do 10 de decembro de 1998 (*Hernández Vidal*, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 e C-74/97)¹⁴. Polo que se refire ás restantes cinco peticións do período, a primeira delas, de 1998 e do TSX da Comunidade Valenciana, foi resolta pola STX do 3 de outubro de 2000 [*Sindicato de médicos de asistencia pública (SIMAP)*, asunto C-303/98]¹⁵; dous máis, de 1999, do TSX de Galicia e do Xulgado do Social único de Alxeciras, foron resoltas, respectivamente, polo ATX do 3 de xullo de 2001 (*Confederación Intersindical Galega*; asunto C-241/99)¹⁶ e a STX do 4 de outubro de 2001 (*Jiménez Melgar*, asunto C-438/99)¹⁷; outra, do ano 2000 e presentada polo TSX de Castela-A Mancha, foi resolta pola STX do 12 de decembro de 2002 (*Rodríguez Caballero*, asunto C-442/00)¹⁸ e a última, de 2001, presentada polo Xulgado do Social nº 33 de Madrid, atopou resposta na STX do 18 de marzo de 2004 (*Merino Gómez*, asunto C-342-01)¹⁹.

A situación inicia un cambio radical no ano 2003. Creo que semellante cambio non é alleo á mellora da formación e á maior experiencia dos nosos xuíces no campo do dereito da

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.

¹⁹ ECLI:EU:C:2004:160.

Unión, en particular do social. Así mesmo, tampouco é alleo ao activismo ou especial celo dalgúns deles en velar por unha aplicación das disposicións nacionais axustada á súa plena conformidade coas esixencias das normas sociais da Unión das que sexan transposición e á adecuada interpretación desas normas.

Dende 2003 non falta un ano no que non se presentase polo menos unha petición de decisión prexudicial que merecese unha resposta de fondo do Tribunal e son maioría os anos en que aparecen dous ou máis peticións dese tipo. En particular, chama a atención o importante aumento de peticións a partir de 2013. Deixando ao carón as peticións retiradas, inadmitidas ou que contan cunha resolución do Tribunal na que este se declara incompetente para responder as cuestións formuladas, o ano 2013 marca o inicio dun período que comprende máis da metade das oitenta e seis peticións resoltas por sentenza ou auto dende 1986. Corresponden a tal período trinta e seis sentenzas e oito autos. Nesas corenta e catro resolucións, o Tribunal entra no fondo e resolve corenta e oito peticións, das cales seis formuláronse en 2013, sete en 2014, nove en 2015, sete en 2016, outras sete en 2017 e doce en 2018. A diferenza con calquera etapa anterior que se tome en consideración aínda será maior coas sentenzas ou autos que poidan resolver, entrando no fondo, as peticións pendentes (polo menos, quince).

Polo que respecta aos tribunais laborais, deles procede a maior parte das oitenta e seis peticións de decisións prexudiciais orixe das sentenzas e autos de fondo que se contemplan; en concreto, cincuenta e oito sentenzas e nove autos. Unha procede do extinto Tribunal Central de Traballo, dous aparecen formuladas pola Sala do social da AN²⁰ e

²⁰ Unha delas, presentada en 2014, foi resolta pola STX do 10 de setembro de 2015 (*Federación de servizos privados do sindicato Comisións Obreiras*, asunto C-266/14; ECLI:EU:C:2015:578); a outra, presentada en 2018, atopou resposta de fondo na STX do 14 de maio de 2019 (*Federación de servizos de Comisións Obreiras/Deutsche Bank*, asunto C-55/18; ECLI:EU:C:2019:402).

outras dúas pola Sala do social do TS²¹. As restantes proceden dos xulgados do social (trinta peticións) e das salas do social de tribunais superiores de xustiza (trinta e seis). A inclusión dos empregados públicos cunha relación de servizos temporal de natureza administrativa (persoal eventual, funcionarios interinos, persoal estatutario eventual) no ámbito de determinadas disposicións normativas da Unión reguladoras de materias propias da política social²² explica a presenza de cuestións prexudiciais elevadas por órganos xurisdiccionais da orde contencioso-administrativa en litixios principais que fan referencia a aqueles. Proceden destes órganos xurisdiccionais trece peticións resoltas por sete sentenzas e cinco autos; dous delas proceden da Sala do contencioso-administrativo do TS²³, unha da Sala do contencioso-administrativo do TSX do País Vasco e as demais de xulgados do contencioso-administrativo. En fin, as dúas peticións que restan teñen a súa orixe no Xulgado do Mercantil nº 3 de Barcelona.

O resultado da actividade dos nosos tribunais a partir do ano 2003 é, no que concirne ás peticións de decisións prexudiciais admitidas e resoltas por sentenza ou auto entrando no fondo, o seguinte:

²¹ A primeira delas, presentada en 2011, foi resolta pola STX do 21 de xuño de 2012 (*ANGED*, asunto C-78/11; ECLI:EU:C:2012:372); a segunda, presentada en 2017, tivo a súa orixe nos graves problemas suscitados pola aplicación da doutrina da STX do 14 de setembro de 2016 (*de Diego Porras*, asunto C-596/14; ECLI:EU:C:2016:683), relativa á pertinencia do pago de indemnización por finalización do contrato de interinidade. Esta segunda petición atopou resposta de fondo na STX do 21 de novembro de 2018 (*de Diego Porras II*, asunto C-619-17; ECLI:EU:C:2018:936), a cal rectificou o criterio mantido en 2016.

²² Entre elas, por exemplo, o Acordo marco sobre o traballo de duración determinada que figura no anexo da Directiva 1999/70/CE do Consello, do 28 de xuño de 1999, e a Directiva 2003/88/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo.

²³ A primeira delas, de 2014, foi resolta pola STX do 9 de xullo de 2015 (*Regojo Dans*, asunto C-177/14; ECLI:EU:C:2015:450); a segunda, de 2018, foi resolta polo ATX do 12 de xuño de 2019 (*Aragón Carrasco*, C-367/18; ECLI:EU:C:2019:487).

Ano 2003: unha petición procedente do TSX da Comunidade Valenciana, resolta pola STX do 16 de decembro de 2004 (*Olaso Valero*, asunto C-520/03)²⁴.

Ano 2004: unha petición procedente do Xulgado do Social nº 30 de Madrid, resolta pola STX do 16 de febreiro de 2006 (*Sarkatzis Herrero*, asunto C-294/04)²⁵.

Ano 2005: cinco peticións; unha do Xulgado do Social único de Alxeciras, dous do Xulgado do Social nº 33 de Madrid, outra do TSX de Castela e León e a última do Xulgado do Social nº 1 de San Sebastián. A resposta do Tribunal ás devanditas peticións atópase, respectivamente, no auto do 13 de decembro de 2005 (*Guerrero Pecino*, asunto C-177/05)²⁶ e nas sentenzas do 11 de xullo de 2006 (*Chacón Navas*, asunto C-13/05)²⁷, 16 de outubro de 2007 (*Palacios de la Villa*, asunto C-411/05)²⁸, 7 de setembro de 2006 (*Cordero Alonso*, asunto C-81/05)²⁹ e 13 de setembro de 2007 (*del Cerro Alonso*, asunto C-307/05)³⁰.

Ano 2006: dúas peticións procedentes do Xulgado do Social único de Alxeciras, resoltas polo Tribunal en 2008, nas súas sentenzas do 17 de xaneiro (*Velasco Navarro*, asunto C-246/06)³¹ e 21 de febreiro (*Robledillo Núñez*, asunto C-498/06)³².

Ano 2007: dúas peticións elevadas polo Xulgado do Mercantil nº 3 de Barcelona e o Xulgado do Social nº 30 de Madrid, resoltas, respectivamente, polas sentenzas do 16 de outubro de 2008 (*Kirtruna, SL*, asunto C-313/07)³³ e 16 de xullo de 2009 (*Gómez Limón*, asunto C-537/07)³⁴.

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.

³¹ ECLI:EU:C:2008:19.

³² ECLI:EU:C:2008:109.

³³ ECLI:EU:C:2008:574.

³⁴ ECLI:EU:C:2009:462.

Ano 2008: dúas peticións; unha formuladas polo Xulgado do Social nº 23 de Madrid e a outra polo TSX de Madrid. Tales peticións foron resoltas polo Tribunal en 2009, por medio das sentenzas do 10 de setembro (*Vicente Pereda*; asunto C-277/08)³⁵ e 10 de decembro (*Rodríguez Mayor*, asunto C-323/08)³⁶, respectivamente.

Ano 2009: cinco peticións. Dous delas, formuladas por xulgados do contencioso-administrativo (o nº 3 da Coruña e o nº 3 de Pontevedra), foron resoltas pola STX do 22 de decembro de 2010 (*Gavieiro Gavieiro*, asuntos acumulados C-444/09 e 456/09)³⁷. As tres peticións restantes, procedentes do Xulgado do Social único de Alxeciras, do TSX de Galicia e do TSX de Castela-A Mancha, foron resoltas, respectivamente, pola STX do 29 de xullo de 2010 (*Federación de servizos públicos da UXT*, asunto C-151/09)³⁸, a STX do 30 de setembro de igual ano (*Roca Álvarez*, asunto C-104/09)³⁹ e a STX do 20 de xaneiro de 2011 (*Clece, SA*, asunto C-463/09)⁴⁰.

Ano 2010: catro peticións. Unha delas, formulada polo TSX da Comunidade Valenciana, é resolta polo ATX do 18 de marzo de 2011 (*Montoya Medina*, asunto C-273/10)⁴¹. Dous, formuladas polo TSX de Castela e León, aparecen resoltas pola STX do 19 de maio de 2011 (*Barcenilla Fernández*, asuntos acumulados C-256/10 e C-261/10)⁴². A última, procedente do Xulgado do Contencioso-administrativo nº 12 de Sevilla, tamén é resolta polo Tribunal en 2011, na súa sentenza do 8 de setembro (*Rosado Santana*, asunto C-177/10)⁴³.

Ano 2011: tres peticións. Unha formulada pola Sala do social do TS, resolta pola STX do 21 de xuño de 2012

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.

⁴¹ ECLI:EU:C:2011:167.

⁴² ECLI:EU:C:2011:326.

⁴³ ECLI:EU:C:2011:557.

(*ANGED*, asunto C-78/11); outra formulada polo Xulgado do Social nº 33 de Barcelona, resolta pola STX do 22 de novembro de 2012 (*Elbal Moreno*, asunto C-385/11)⁴⁴, e a terceira e última formulada polo Xulgado do Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid, resolta polo ATX do 9 de febreiro de 2012 (*Lorenzo Martínez*, asunto C-556/11)⁴⁵.

Ano 2012: dúas peticións; unha formulada polo Xulgado do Social nº 1 de Benidorm e a outra polo Xulgado do Social nº 1 de Lleida. Ambas foron resoltas en 2013, a primeira, polo ATX do 21 de febreiro (*Maestre García*, asunto C-194/12)⁴⁶; a segunda, pola STX do 19 de setembro (*Betriu Montull*, asunto C-5/12)⁴⁷.

Ano 2013: seis peticións con orixe no Xulgado do Social nº 3 de Barcelona, o Xulgado do Social nº 1 de Benidorm, o Xulgado do Contencioso-administrativo nº 4 de Oviedo, o TSX de Galicia, o Xulgado do Social nº 33 de Barcelona e o Xulgado do Mercantil nº 3 de igual cidade. A resposta do Tribunal ás cinco primeiras produciuse, respectivamente, nas sentenzas do 13 de marzo (*Márquez Samohano*, asunto C-190/13)⁴⁸, 10 de xullo (*Julián Hernández*, asunto C-198/13)⁴⁹ e 13 de novembro de 2014 (*Vital Pérez*, asunto C- 416/13)⁵⁰ e 14 de abril (*Cachaldora Fernández*, asunto C-527/13)⁵¹ e 13 de maio de 2015 (*Rabal Cañas*, asunto C-392/13)⁵²; a da última atópase no auto do 28 de xaneiro deste último ano (*Gimnasio Deportivo San Andrés*, asunto C-688/13)⁵³.

Ano 2014: sete peticións procedentes do Xulgado do Social nº 1 de Granada, da Sala do contencioso-administrativo (sección 3ª) do TS, da Sala do social da AN, do Xulgado do

⁴⁴ ECLI:EU:C:2012:746.

⁴⁵ ECLI:EU:C:2012:67.

⁴⁶ ECLI:EU:C:2013:102.

⁴⁷ ECLI:EU:C:2013:571.

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.

Social nº 33 de Barcelona, do TSX do País Vasco, do Xulgado do Social nº 1 de Córdoba e do TSX de Madrid. A primeira desas peticións é resolta polo Tribunal en 2014, por medio de auto do 11 de decembro (*León Medialdea*, asunto C-86/14)⁵⁴, e a última en 2016, pola sentenza do 14 de setembro (*de Diego Porras*, asunto C-596/14). As restantes recibiron a súa resposta en 2015, polas sentenzas do 9 de xullo (*Regojo Dans*, asunto C-177/14), 10 de setembro (*Federación de servizos privados do sindicato Comisiones Obreiras*, asunto C-266/14), 11 de novembro (*Pujante Rivera*, asunto C-422/14)⁵⁵, 26 de igual mes [*Administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF)*, asunto C-509-14]⁵⁶ e 17 de decembro (*Arjona Camacho*, asunto C-407/14)⁵⁷.

Ano 2015: nove peticións, das cales catro proceden do TSX do País Vasco; en concreto, tres da súa Sala do social e unha da súa Sala do contencioso-administrativo. As tres da Sala do social foron resoltas pola STX do 14 de setembro de 2016 (*Martínez Andrés*, asuntos acumulados C-184-15 e C-197/15)⁵⁸ e o ATX do 17 de novembro de 2015 (*Plaza Bravo*, asunto C-137/15)⁵⁹; a da Sala do contencioso-administrativo pola STX do 15 de novembro de 2016 (*Salaberría Sorondo*, asunto C-258/15)⁶⁰. Unha das outras cinco peticións, correspondente ao Xulgado do Contencioso-administrativo nº 4 de Madrid, foi resolta pola STX do 14 de setembro de 2016 (*Pérez López*, asunto C-16/15)⁶¹; outra, correspondente ao Xulgado do Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo, foi resolta polo ATX do 21 de setembro de 2016 (*Álvarez Santirso*, asunto C-631/15)⁶²; outra máis, do TSX de Galicia, foi resolta pola STX do 19 de outubro de

⁵⁴ ECLI:EU:C:2014:2447.

⁵⁵ ECLI:EU:C:2015:743.

⁵⁶ ECLI:EU:C:2015:781.

⁵⁷ ECLI:EU:C:2015:831.

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.

2017 (*Otero Ramos*, asunto C-531/15)⁶³. As dúas que restan, ambas do Xulgado do Social nº 33 de Barcelona, atoparon a resposta do Tribunal nas sentenzas do 1 de decembro de 2016 (*Daouidi*, asunto C-395/15)⁶⁴ e 9 de novembro de 2017 (*Espadas Recio*, asunto C-98/15)⁶⁵.

Ano 2016: sete peticións procedentes do Xulgado do Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo, do Xulgado do Contencioso-administrativo nº 8 de Madrid, do Xulgado do Social nº 1 de Cuenca, do TSX de Cataluña, do Xulgado do Social nº 33 de Madrid, do TSX de Castela e León e do TSX de Galicia. O Tribunal respondeu as dúas primeiras desas peticións en 2017, na sentenza do 20 de decembro (*Vega González*, asunto C-158/16)⁶⁶ e no auto do 9 de febreiro (*Rodrigo Sanz*, asunto C-443/16)⁶⁷, respectivamente. As demais peticións resolvéronse xa en 2018. A do Xulgado do Social nº 1 de Cuenca pola STX do 18 de xaneiro (*Ruiz Conejero*, asunto C-270/16)⁶⁸, a do TSX de Cataluña pola STX do 22 de febreiro (*Porras Guisado*, asunto C-103/16)⁶⁹, a do Xulgado do Social nº 33 de Madrid pola STX do 5 de xuño (*Montero Mateos*, asunto C-677/16)⁷⁰, a do TSX de Castela e León pola STX do 7 de agosto (*Colino Sigüenza*, asunto C-472/16)⁷¹ e a do TSX de Galicia pola STX do 5 de xuño (*Grupo Norte Facility, SA*, asunto C-574/16)⁷².

Ano 2017: sete peticións; unha formulada polo Xulgado do Social nº 2 de Tarrasa, outra polo Xulgado do Contencioso-administrativo nº 2 de Zaragoza, outra polo TSX da Comunidade Valenciana, dúas polo TSX de Galicia e a sexta e a sétima polo TSX de Castela-A Mancha e pola Sala do social do TS, respectivamente. Todas elas foron

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.

⁶⁹ ECLI:EU:C:2018:99.

⁷⁰ ECLI:EU:C:2018:393.

⁷¹ ECLI:EU:C:2018:646.

⁷² ECLI:EU:C:2018:390.

resoltas en 2018; a primeira pola STX do 25 de xullo (*Gardenia Veznaza*, C-96/17)⁷³, a segunda polo ATX do 22 de marzo (*Centeno Meléndez*, asunto C-315/17)⁷⁴, a terceira pola STX do 28 de xuño (*Checa Honrado*, asunto C-57/17)⁷⁵, a dúas do TSX de Galicia pola STX do 11 de xullo (*Somoza Hermo*, asunto C-60/17)⁷⁶ e 19 de setembro (*González Castro*, C-41/17)⁷⁷ e as dúas últimas por senllas sentenzas do Tribunal do 21 de novembro de 2018 [*Viejobueno Ibáñez* (asunto C-245/17)⁷⁸ e *de Diego Porras II* (asunto C-619-17)].

Año 2018: doce peticións, todas resoltas en 2019. Seis delas, procedentes do TSX de Galicia, atoparon resposta no ATX do 19 de marzo (*Sindicato Nacional de CCOO de Galicia/Universidade de Santiago de Compostela*, asunto C-293-18)⁷⁹, na STX do 11 de abril (*Cobra Servicios Auxiliares*, asuntos acumulados C-29/18, 30/18 e 44/18)⁸⁰ e no ATX do 15 de outubro (*EH* e *ER/AEAT*, asuntos acumulados C-439/18 e C-472/18)⁸¹. O resto das peticións corresponden ao Xulgado do Social nº 33 de Madrid, ao Xulgado do Social nº 3 de Barcelona, ao Xulgado do Contencioso-administrativo nº 1 de Pamplona, á Sala do social da AN, ao TSX de Castela e León e á Sala do contencioso-administrativo do TS. A resposta do Tribunal aparece, respectivamente, nas sentenzas do 18 e 11 de setembro [*Ortiz Mesonero* (asunto C-366/18) e *Nobel Plastiques Ibérica* (asunto C-397/18), respectivamente)]⁸², 20 de xuño (*Ustariz Aróstegui*, asunto C-72/18)⁸³, 14 e 8 de

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.

⁸⁰ ECLI:EU:C:2019:315.

⁸¹ ECLI:EU:C:2019:858.

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

⁸³ ECLI:EU:C:2019:516.

maio [CCOO/*Deutsche Bank* (asunto C-55/18)⁸⁴ e *Villar Láiz* (asunto C-161/18), respectivamente]] e 12 de xuño (*Aragón Carrasco*, asunto C-367/18).

Lémbrese que están pendentes de resolución polo menos quince peticións de 2018 e 2019⁸⁵.

A procedencia das peticións resoltas (recordo, unha vez máis, que se descartan as arquivadas por retirada da correspondente petición, as declaradas inadmisibles na súa totalidade e aquelas nas que o Tribunal se considera incompetente para responder as cuestións prexudiciais formuladas) ou pendentes de resolver e, no primeiro caso, tanto das resoltas por medio de sentenza (sesenta e cinco sentenzas) como por medio de auto motivado (catorce autos), mostra que a actividade dos órganos xurisdiccionais demandando a intervención do Tribunal de Xustiza dista moito de ser xeral e concéntrase nalgúns deles; en moi poucos deles. Á cabeza figura o TSX de Galicia, con trece peticións resoltas e dous pendentes da resposta do Tribunal, seguido, xa de lonxe, polo TSX do País Vasco, o TSX de Castela e León, o Xulgado do Social nº 33 de Madrid, o Xulgado do Social nº 33 de Barcelona e o Xulgado do Social único de Alxeciras; cada un deses órganos xurisdiccionais acredita cinco peticións xa resoltas. A continuación, figura o TSX de Castela-A Mancha, con catro peticións resoltas e

⁸⁴ ECLI:EU:C:2019:402.

⁸⁵ Dous delas do TSX de Galicia (*Axencia Estatal da Administración Tributaria*, asuntos C-705/18 e C-85/19), catro dos Xulgados nº 8, nº 14 (dúas peticións) e nº 24 do Contencioso-administrativo de Madrid [*Sánchez Ruiz* (asunto C-103/18), *Baldonado Martín* (asunto C-177/18), *Fernández Álvarez* (asunto C-429/18) e *Sindicato unificado de sanidade e hixiene da Comunidad de Madrid* (asunto C-103/19)], dous de xulgados do social de Madrid [*Acciona Agua* (asunto C-550/19) e *Fogasa* (asunto 841/19)] e as restantes da Sala do social da AN (*Fetico*, asunto C-588/18), do TSX de Castela-A Mancha (*RCC/MOL*, asunto C-314/19), do TSX de Madrid (*Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Agrario*, asunto C-726/19), do TSX de Canarias (*KA/INSS* e *TXSS*; asunto C-811/19), do TSX de Cataluña (*INSS*, asunto C-843/19), do Xulgado do Social nº 3 de Barcelona (*Marclean Technologies, SLU*, asunto C-300/19) e do Xulgado do Social nº 3 de Girona (*WA/INSS*, asunto C-450/18).

unha pendente de resolver, e o TSX da Comunidade Valenciana, con catro peticións resoltas.

Nos súas xa indicadas sesenta e cinco sentenzas e catorce autos, o Tribunal de Xustiza ten oportunidade de pronunciarse sobre un variado conxunto de materias e situacións respecto das cales é preciso que a normativa laboral española de aplicación corresponda a unha transposición e interpretación apropiadas das normas do Dereito da Unión que versan sobre contidos ou ámbitos propios da política social⁸⁶. 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, a súa intensidade varía en función dos asuntos sometidos ao coñecemento do Tribunal e, por suposto, do sentido do fallo emitido ou, o que é igual, de que este declare ou rexeite a conformidade co Dereito da Unión da referida normativa ou da forma en que se interpreta e aplica. Con maior precisión, igual que en calquera outro Estado membro, a repercusión de que se trata varía en función de que ese fallo:

- 1) Conducise ou debería conducir á modificación dos preceptos da normativa nacional nos que encaixen os feitos axuizados no litixio principal.
- 2) Obrigue ao xuíz nacional a absterse de aplicar algún deses preceptos por contrario aos dereitos fundamentais cuxa observancia garante o Tribunal de Xustiza, como sucede, sinaladamente, co principio de igualdade de trato.
- 3) Obrigue a realizar ou consinta unha interpretación conforme dos aludidos preceptos por parte dos xuíces e tribunais nacionais co obxecto de garantir a plena efectividade do Dereito da Unión⁸⁷.

⁸⁶ Véxase *supra*, nota 2.

⁸⁷ Sobre a necesidade desa interpretación conforme resultan moi ilustrativas as consideracións que fai a STS do 24 de xuño de 2009, cit. nota 1. Advirte a Sala (fundamento de dereito cuarto) que, conforme a "constante doutrina do TXCE, os tribunais nacionais han de interpretar ao

4) Levase ou debería levar a un cambio de criterio por parte dos referidos xuíces e tribunais.

5) Veña privar de validez a prácticas dos empregadores ou das administracións públicas, forzando ao seu abandono ou modificación.

6) Sexa trasladable a outros asuntos próximos ou análogos aos que fosen obxecto do litixio principal.

En fin, constitúen formas específicas de impacto, no caso de España, o emprego da doutrina do Tribunal de Xustiza fixada en interpretación do dereito da Unión con valor uniforme para todos os ordenamentos nacionais dos Estados membros.

7) Como valioso criterio interpretativo a empregar polo TC, con fundamento no art. 10.2 da CE, na tarefa de determinar, con ocasión da resolución dun recurso de inconstitucionalidade, unha cuestión de constitucionalidade (art. 35 da LOTC), unha cuestión interna de inconstitucionalidade (art. 55.2 da LOTC) ou un recurso de amparo, o sentido e alcance dos dereitos e liberdades que contan con recoñecemento constitucional⁸⁸.

8) Como doutrina de contraste a efectos da interposición de recurso de casación para a unificación de doutrina contra as sentenzas ditadas polas salas do social dos Tribunais Superiores de Xustiza que entren en contradición con aquela⁸⁹. De apreciar a contradición, o TS queda obrigado á estimación do recurso e a casar e anular a sentenza recorrida⁹⁰.

límite o dereito interno, ao obxecto de alcanzar unha interpretación que sexa acorde coas directivas e os principios do dereito comunitario”.

⁸⁸ Véxanse sentenzas do TC 75/2011, do 19 de maio de 2011, 61/2013, do 14 de marzo de 2013, e 91/2019 e 92/2019, de 3 e 15 de xullo de 2019, respectivamente.

⁸⁹ Art. 219.2 da LRXS. Sobre o asunto véxase o magnífico traballo 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 da referida contradición, aínda que referido a unha sentenza de contraste resolvendo petición de decisión prexudicial

9) Como “xurisprudencia” cuxa infracción por parte do órgano xurisdiccional que coñecese do asunto en primeira e única instancia constitúe é susceptible de ser examinada a través do recurso de suplicación⁹¹ ou de casación ordinaria⁹².

Estas dúas últimas formas de impacto correspóndense ou concordan coa obriga dos xuíces e tribunais de aplicar o dereito da Unión “de conformidade coa xurisprudencia” do Tribunal de Xustiza, establecida no art. 4.1bis da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do Poder Xudicial.

Nin que dicir ten que a cada unha de indicadas formas de impacto pode preceder ou seguir outra ou outras. Así, a realización de interpretacións conformes dos preceptos do dereito nacional ou o seu inaplicación xudicial por contrarios a dereitos fundamentais susceptibles de ser tutelados polo Tribunal de Xustiza poden desencadear, finalmente, a modificación dos aludidos preceptos, igual que, por exemplo, a estimación dun recurso de casación para a unificación de doutrina no que se achegou como sentenza de contraste unha daquela Tribunal. As mesmas interpretacións conformes poden levar ao abandono ou corrección de criterios xudiciais⁹³ ou de prácticas empresariais e tamén poden ser trasladables a asuntos próximos; é máis, as aludidas interpretacións poden chegar a non diferenciarse do cambio ou abandono de criterios seguidos pola xurisprudencia e a doutrina xudicial. Este cambio ou abandono pode ter a súa orixe na estimación dun recurso de casación para a unificación de doutrina confirmando a contradición da sentenza recorrida coa do

formulada por xuíz austriaco (a STX do 26 de febreiro de 2008, *Sabine Mayr*; asunto C-506/06), en STS do 4 de abril de 2017, cit.

⁹¹ Cfr. art. 193.c) da LRXS.

⁹² Cfr. art. 207.e) da LRXS.

⁹³ Como lembra a sentenza *CCOO/Deutsche Bank* (asunto C-55/18), “a esixencia de interpretación conforme inclúe a obriga dos órganos xurisdiccionais nacionais de modificar, no seu caso, unha xurisprudencia xa consolidada se esta se basea nunha interpretación do Dereito nacional incompatible cos obxectivos dunha directiva” (apartado 70).

Tribunal de Xustiza achegada como sentenza de contraste; ou na estimación dun recurso de suplicación ou de casación ordinaria motivado por infracción da xurisprudencia fixada por igual Tribunal como intérprete do dereito da Unión. Noutra orde de cousas, se se mira de xeito máis detido, a inactividade lexislativa ante fallos do Tribunal que conducen a que o xuíz nacional deba acudir a esas interpretacións conformes ou a cambios de criterios e, en definitiva, a recrear os correspondentes preceptos, vén converter a este en lexislador e, ao cabo, constitúe un argumento opoñible fronte a quen mantén a negativa para recoñecer o papel da xurisprudencia como fonte do dereito.

Mostra dalgunhas das descritas formas de impacto e, en concreto, das tres primeiras, particularmente intensas, son os fallos das sentenzas e autos que se examinan nos apartados que seguen. En calquera caso, insístese en que todas e cada unha das resolucións do Tribunal que entran no fondo do asunto, presentes (polo momento, as indicadas setenta e nove resolucións) e futuras, impactan sobre o ordenamento xurídico español. O impacto foi e será, en bastantes casos, directo e inmediato; noutros, é, se se quere, latente. Sucede isto último cando o fallo declare que non existe oposición entre a normativa nacional (estatal ou convencional) e o dereito da Unión. Un fallo en tal sentido ha de ser tido en conta polos nosos órganos xurisdiccionais, os cales non poderán apartarse del e declarar a oposición non apreciada polo Tribunal de Xustiza. Se o fan, o aludido impacto latente actívase e permite a antes indicada impugnación da súa sentenza⁹⁴, ben pola vía do recurso de

⁹⁴ Sería o caso, por exemplo, dunha sentenza de suplicación ou ditada en primeira e única instancia na cal o órgano xurisdiccional aprecie que a Directiva 98/59/CE conduce a considerar constitutiva de despedimento colectivo a extinción dos contratos de traballo de varios empregados como consecuencia da morte do empresario, o que descarta a sentenza *Rodríguez Mayor*, de 2009 (asunto C-323/08). Tamén o dunha sentenza con igual orixe que considere que a extinción por finalización dun contrato de traballo de interinidade ou doutra modalidade de contrato de duración determinada é comparable á extinción por causas obxectivas e esixe recoñecer ao traballador afectado, en virtude do Acordo marco sobre o

suplicación ou de casación ordinaria, ben pola vía do recurso de casación para a unificación de doutrina.

2. SOBRE OS FALLOS DESENCADEANTES DE CAMBIOS NORMATIVOS

2.1. XA PRODUCIDOS

Entre as formas máis fortes de impacto figura, sen dúbida, a que comporta ou forza a modificación de preceptos da normativa nacional. A serie de resolucións do Tribunal que tiveron este tipo de impacto comeza en 1993, coa sentenza *Wagner Miret* (asunto 334/92), que, segundo se indicou, veu facer máis necesaria e, mesmo, obrigada a modificación introducida pola disposición adicional segunda da Lei 11/1994, do 19 de maio, que procedeu a estender a cobertura do FOGASA aos créditos salariais do persoal de alta dirección.

Á anterior sentenza seguen a *Rodríguez Caballero* (asunto C-442/00) e a *Olaso Valero* (asunto C-520/03), de 2002 e 2004, respectivamente, así como o auto *Guerrero Pecino*, de 2005 (asunto C-177/05), que tamén constitúen exemplos doutra forma de impacto e, en concreto, da tratada no apartado 3, definida pola inaplicación xudicial dalgún dos preceptos do dereito nacional por contrario aos dereitos fundamentais. A referida inaplicación actuou aquí como factor desencadeante da modificación da normativa nacional.

Polo que agora interesa, na petición de decisión prexudicial orixe da primeira desas sentenzas (a *Rodríguez Caballero*) o órgano xurisdiccional remitente (a Sala do social do TSX de Castela-A Mancha) solicitaba do Tribunal, entre outras cousas, un pronunciamento sobre a conformidade ao dereito da Unión (á Directiva 80/987/CEE) do art. 33.1 do ET

contrato de duración determinada, o dereito ao pago da indemnización prevista no art. 53.1.b) do ET, o cal é descartado polas sentenzas *De Diego Porras II* (asunto C-619/17), *Montero Mateos* (asunto C-677/16) e *Grupo Norte Facility* (asunto C-574/16), de 2018, e o auto *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia/Universidade de Santiago de Compostela* (asunto C-293/18).

naquel momento en vigor, que limitaba a responsabilidade subsidiaria do FOGASA en relación ao pago dos salarios de tramitación aos acordados por sentenza (pola “xurisdición competente”, manifestaba o ET), sen valer o producido en conciliación xudicial. As conclusións do Avogado Xeral, presentadas o 27 de xuño de 2002 e propoñendo ao Tribunal unha resposta advertindo das circunstancias en que un precepto como o cuestionado deixa de ser conforme co dereito da Unión, así como a toma en consideración da máis que probable asunción da resposta polo fallo da resolución a adoptar, non parece que resulten alleas á nova redacción do citado art. 33.1 dada polo art. 2 da Lei 45/2002, do 12 de decembro, de medidas urxentes para a reforma do sistema de protección por desemprego e mellora da ocupabilidade (*sic*). Por mor de tal modificación, o precepto pasou a establecer a cobertura dos salarios de tramitación polo FOGASA “nos supostos en que legalmente procedan”, termos que permanecen en igual precepto do vixente texto refundido do ET. Chamo a atención sobre o feito de que a data da citada Lei é igual que a da sentenza do Tribunal de Xustiza.

Nas peticións de decisión prexudicial orixe da sentenza *Olaso Valero* e do auto *Guerrero Pecino*, a cuestión formulada versaba sobre a conformidade ao principio de igualdade e non discriminación da forma en que o art. 33.2 do ET 1995 pasara a regular, tras a súa nova redacción dada pola Lei 60/1997, do 19 de decembro, o pago da indemnización por despedimento ou extinción do contrato de traballo a cargo do FOGASA. De acordo con esa nova redacción, o dito pago só procedía cando a indemnización figurase “recoñecida por sentenza ou resolución administrativa”. Vista a situación creada por mor da resposta negativa do Tribunal, comprensiva da advertencia dirixida ao xuíz para a inaplicación do precepto axuizado, explícase a modificación deste, pouco tempo despois, en

xuño de 2006⁹⁵. Con tal modificación, o precepto pasou a dispoñer, con redacción que mantén o vixente texto refundido do ET, que o pago polo FOGASA das indemnizacións por mor de despedimento ou extinción dos contratos de traballo comprende as recoñecidas aos traballadores “como consecuencia de sentenza, auto, acto de conciliación xudicial ou resolución administrativa”. Os fallos de dúas sentenzas posteriores [a *Cordero Alonso* (asunto C-81/05), do 7 de setembro de 2006, e a *Velasco Navarro* (asunto C-246/06), do 17 de xaneiro de 2008], ambas respondendo a peticións de decisións prexudiciais similares, non viñeron senón a confirmar a oportunidade e o apropiado da referida modificación legal.

A forma en que a nosa lexislación de seguridade social veu regulando as condicións de acceso e gozo das prestacións por parte dos traballadores a tempo parcial constitúe outra das materias conducentes a peticións de decisións prexudiciais resoltas por fallos do tipo dos aquí contemplados. Tales fallos corresponden ás sentenzas *Elbal Moreno*, de 2012 (asunto C-385/11) e *Espadas Recio*, de 2017 (asunto C-98/15), a primeira delas considerando contraria ao art. 4 da Directiva 79/7/CEE do Consello, do 19 de decembro de 1978, relativa á aplicación progresiva do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en materia de seguridade social, a dobre repercusión negativa do traballo a tempo parcial sobre o acceso e gozo da pensión contributiva de xubilación. De acordo co seu fallo, opónse a esta Directiva unha regulación como a que naquel momento contiña a disposición adicional sétima da LXSS 1994⁹⁶, que esixía aos traballadores a tempo parcial, na súa inmensa maioría mulleres, en comparación cos traballadores a tempo completo, un período de cotización proporcionalmente maior (primeira repercusión negativa) para acceder, no seu caso, a unha pensión de xubilación

⁹⁵ Polo art. 12.4 do Real decreto-lei 9/2006, do 9 de xuño, para a mellora do crecemento e do emprego.

⁹⁶ Na súa redacción dada polo Real decreto-lei 15/1998, do 27 de novembro.

contributiva en contía proporcionalmente reducida á parcialidade da súa xornada (segunda repercusión negativa).

O anterior fallo, cuxa "indubidable relevancia" como criterio hermenéutico do art. 14 da CE (principio de igualdade e prohibición de discriminación) recoñeceu a STC 61/2013, do 14 de marzo de 2013, ao resolver o recurso de inconstitucionalidade interposto contra a citada disposición adicional⁹⁷, determinou, xunto co desta última sentenza⁹⁸, a modificación do precepto, levada a cabo polo Real decreto-lei 11/2013 e, tras a súa tramitación como proxecto de lei, pola Lei 1/2014. Con todo, semellante modificación mostrouse insuficiente tanto para superar a declaración de inconstitucionalidade do precepto⁹⁹ como a súa adaptación ás esixencias do Dereito da Unión. E outro tanto sucede respecto da actual regulación da materia por parte da LXSS 2015 e, en concreto, polos seus arts. 247.a) e 248.3, cuxo contido non difire, polo que agora interesa, do daquela disposición adicional sétima modificada. Declara a oposición desa nova regulación ao art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE a sentenza *Villar Láiz*, de 2019 (asunto C-161/18), de cuxo impacto sobre o dereito español ocúpome *infra*, nos apartados 2.2 e 3.

En igual oposición ao art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE incorría, segundo a sentenza *Espadas Recio*, a regulación naquel momento contida no art. 3.4 do Real decreto 625/1985, do 2 de abril, de desenvolvemento da Lei 31/1984, de protección por desemprego, cuxa aplicación provocaba que os traballadores a tempo parcial vertical

⁹⁷ Véxase fundamento xurídico 5.

⁹⁸ E os fallos doutras sentenzas de igual Tribunal resolvendo xa recursos de amparo relacionados coa aplicación da regra declarada inconstitucional (sentenzas 71/2013 e 72/2013, ambas do 8 de abril de 2013, e 116/2013 e 117/2013, ambas do 20 de maio de 2013). De acordo co fallo da STC 61/2013, é "inconstitucional e nula a regra segunda do apartado 1 da disposición adicional sétima da Lei xeral da seguridade social, texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 1/1994, do 20 de xuño, na redacción dada pola Real decreto-lei 15/1998, do 27 de novembro".

⁹⁹ Véxase STC 91/2019, do 3 de xullo de 2019.

(aqueles que concentran as súas horas de traballo en determinados días laborables da semana), na súa maioría mulleres, experimentasen unha redución do período de pago da prestación por desemprego en comparación cos traballadores a tempo parcial horizontal (aqueles cuxas horas de traballo distribúense ao longo de todos os días laborables da semana), ao excluírse do cálculo dos días cotizados os días non traballados. A sentenza conduciu á modificación do citado art. 3.4, levada a cabo polo Real decreto 950/2018, do 27 de xullo. Confésao de forma expresa a exposición de motivos desta norma regulamentaria¹⁰⁰. Coa súa modificación, o precepto pasou a dispoñer: “Cando as cotizacións acreditadas correspondan a traballos a tempo parcial realizados ao amparo do artigo 12 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, computarase o período durante o que o traballador permanecese en alta con independencia de que se traballasen todos os días laborables ou só parte dos mesmos, e iso, calquera que fose a duración da xornada”. Outra das sentenzas do Tribunal pertencentes ao grupo das que influíron na modificación do dereito nacional é a *Roca Álvarez*, de 2010 (asunto C-104/09), que dá resposta á petición de decisión prexudicial elevada pola Sala do social do TSX de Galicia respecto da regulación que naquel momento recibía o permiso por lactación no art. 37.4 do ET 1995. De acordo con tal regulación, o feito de que a titular do permiso fose a nai traballadora por conta allea non impedía o seu gozo, indistintamente, por ela ou polo pai.

¹⁰⁰ En diversas pasaxes; entre eles, o que manifesta que “dado que a sentenza do Tribunal de Xustiza do 9 de novembro de 2017, declara de forma inequívoca que o artigo 3.4 do Real Decreto 625/1985, do 2 de abril, se opón á norma europea, con independencia do seu efecto vinculante que determina, con carácter xeral, que o criterio nela contido debe aplicarse dende a súa publicación e por tanto ha de terse en conta na resolución das solicitudes de prestacións que afecten a tal suposto, evitando así futuros litixios por violación do dereito comunitario, a Avogacía do Estado no Ministerio de Emprego e Seguridade Social no seu informe do 22 de novembro de 2017, recomenda para maior seguridade xurídica, a modificación da norma regulamentaria o máis axiña posible”.

que tamén tivese a condición de traballador por conta allea; con todo, esa posibilidade de gozo polo pai precisaba, necesariamente, aquela condición de traballadora por conta allea da nai, polo que non era admisible no caso de que esta non realizase traballo ningún ou o seu traballo fose por conta propia, como sucedía no caso obxecto do litixio principal. A situación descrita leva á Sala galega a solicitar do Tribunal de Xustiza resposta sobre se un precepto como o citado art. 37.4 do ET vulnera o principio de igualdade de trato, que impide toda discriminación por razón de sexo, recoñecido na que entón era a Directiva 76/207/CEE do Consello, do 9 de febreiro de 1976, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo¹⁰¹. Pois ben, tras observar que unha regulación como a controvertida pode “contribuír a perpetuar unha repartición tradicional de funcións entre o home e a muller ao manter aos homes nunha función subsidiaria das mulleres respecto ao exercicio da súa función parental” (apartado 36), asumir, co Avogado Xeral, que tal regulación podería dar lugar a que unha muller traballadora por conta propia “se vise obrigada a limitar a súa actividade profesional e soportar soa a carga derivada do nacemento do fillo, sen poder recibir a axuda do pai do neno” (apartado 37), e manifestar, á vista do anterior, que non se está ante unha medida “que teña como efecto eliminar ou reducir as desigualdades de feito que puidesen existir para as mulleres na realidade da vida social (...) nin unha medida tendente a lograr unha igualdade substancial e non meramente formal ao reducir”

¹⁰¹ Aínda que a citada Directiva fora obxecto de modificación pola Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de setembro de 2002, tal modificación non resultaba aplicable aos feitos obxecto do litixio principal, ao ser estes anteriores ao 5 de outubro de 2005, data na que concluía o prazo para a súa transposición polos Estados membros. Téñase en conta que a Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación, derogou e substituíu a Directiva 76/207/CEE.

esas desigualdades (apartado 38), o Tribunal declara (fallo) que “o artigo 2, apartados 1, 3 e 4, e o artigo 5 da [versión inicial da] Directiva 76/207/CEE (...) ¹⁰²deben interpretarse no sentido de que se opoñen a unha medida nacional como a controvertida no litixio principal, que prevé que as mulleres, nais dun neno e que teñan a condición de traballadoras por conta allea, poden gozar dun permiso, segundo varias modalidades, durante os nove primeiros meses seguintes ao nacemento dese fillo, en tanto que os homes, pais dun neno e que teñan a condición de traballadores por conta allea, só poden gozar do citado permiso cando a nai dese neno tamén ten a condición de traballadora por conta allea”.

Aínda que o Real decreto-lei 3/2012, do 10 de febreiro, primeiro, e a Lei 3/2012, do 6 de xullo, despois, omitan, quizais por vergoña, poñelo de manifesto nas súas respectivas exposicións de motivos, non é difícil apreciar que a anterior sentenza impulsou ou está detrás da modificación do art. 37.4 do ET 1995 levada a cabo pola disposición final primeira.¹ de ambos os textos legais. A nova redacción que con eles recibe o precepto, coincidente coa que pasou ao ET 2015¹⁰³ e que conduciu a atribuír a titularidade do dereito tanto á nai como ao pai e, por tanto, a admitir o seu gozo por este sen necesidade de que a nai teña a condición de traballadora por conta allea, veu a axustar o que estaba desaxustado ou, o que é igual, a eliminar a oposición da normativa española sobre a materia ao dereito da Unión. Por certo, a comentada modificación normativa está precedida da utilización xudicial do criterio de interpretación conforme do precepto como solución ao problema da referida oposición¹⁰⁴.

¹⁰² Véxase nota anterior. Na versión modificada da Directiva, os indicados preceptos gardan correspondencia cos apartados 1 e 7 do art. 2 e co art. 3.

¹⁰³ E mantívose neste último texto legal ata a súa modificación levada a cabo polo art. 2. Nove do Real decreto-lei 6/2019, do 1 de marzo, de medidas urxentes para garantía da igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes no emprego e a ocupación.

¹⁰⁴ Véxase *infra*, apartado 4.

Tamén silencian as exposicións de motivos do Real decreto-lei 3/2012 e da Lei 3/2012, igual que o facía antes a exposición de motivos da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, a influencia que tivo a doutrina do Tribunal de Xustiza na modificación do apartado 3 do art. 38 do ET 1995. Neste sentido:

1) Polo que respecta ao parágrafo segundo do citado apartado 3, engadido pola Lei orgánica 3/2007, o cal dispón, para o caso de que coincidan no tempo o período de vacacións fixado no calendario de vacacións da empresa e unha suspensión do contrato por incapacidade temporal derivada do embarazo, do parto ou da lactación natural ou por parto e situacións asimiladas, o dereito a gozar das vacacións noutro momento, ao termo do período de suspensión, aínda que finalizase o ano natural ao que correspondan, estase ante un precepto que vén ser consecuencia do fallo da sentenza *Merino Gómez*, de 2004 (asunto C-342/01), segundo o cal “o artigo 7, apartado 1, da Directiva 93/104/CE do Consello, do 23 de novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo, o artigo 11, apartado 2, letra a), da Directiva 92/85/CEE do Consello, do 19 de outubro de 1992, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que dese a luz ou en período de lactación (...), e o artigo 5, apartado 1, da Directiva 76/207/CEE do Consello, do 9 de febreiro de 1976, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo, han de interpretarse no sentido de que unha traballadora deberá poder gozar das súas vacacións anuais nun período distinto do do seu permiso de maternidade, tamén en caso de coincidencia entre o período de permiso de maternidade e o fixado con carácter xeral, mediante un acordo colectivo, para as vacacións anuais do conxunto do persoal”. Con anterioridade á sentenza, o criterio seguido pola

xurisprudencia española era o de rexeitar o expresado dereito ao gozo das vacacións en data distinta daquela prevista no calendario de vacacións¹⁰⁵; o cambio dese criterio por outro acorde co da mencionada sentenza, do que é mostra a STS do 10 de novembro de 2005¹⁰⁶, precede á modificación legal da que se deu conta.

2) En canto á nova redacción que recibe o comentado apartado 3 na disposición final primeira.4 do Real decreto-lei 3/2012 e da Lei 3/2012 e, en concreto, parágrafo terceiro que se engade, segundo o cal “no caso de que o período de vacacións coincida cunha incapacidade temporal por continxencias distintas ás sinaladas no parágrafo anterior que imposibilite ao traballador gozalas, total ou parcialmente, durante o ano natural a que corresponden, o traballador poderá facelo unha vez finalice a súa incapacidade e sempre que non transcorresen máis de dezaioito meses a partir do final do ano en que se orixinaron”, sobre a modificación legal apréciase a influencia da sentenza *Vicente Pereda*, de 2009 (asunto C-277/08), de acordo con cuxo fallo “o artigo 7, apartado 1, da Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo, debe interpretarse no sentido de que se opón a disposicións nacionais ou convenios colectivos que establezan que un traballador que se atope en situación de incapacidade temporal durante o período de vacacións anuais fixado no calendario de vacacións da empresa na que está contratado non ten dereito, unha vez dado de alta médica, a gozar as súas vacacións anuais nun período distinto do fixado

¹⁰⁵ Segue o expresado criterio, por exemplo, a STS do 30 de novembro de 1995 (RJ 1995/8771), de casación para a unificación de doutrina.

¹⁰⁶ RJ 2005/10084, de casación para a unificación de doutrina (“a doutrina que recolle a sentenza impugnada no presente recurso unificador de doutrina choca, frontalmente, co criterio recollido na recente sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (...), ditada no procedemento C-342/2001 no caso María Paz Merino Gómez e a empresa Continental Industrias de Caucho, SA, en decisión prexudicial formulada polo Xulgado do Social núm. 33 de Madrid”).

inicialmente, no seu caso fóra do período de referencia de que se trate". De novo, a modificación legal atópase precedida do abandono do criterio da xurisprudencia oposto a ese gozo das vacacións noutra data posterior á alta médica¹⁰⁷. Levou a cabo o cambio de criterio, pola vía da realización dunha interpretación conforme, a STS do 24 de xuño de 2009¹⁰⁸, pouco antes de que o Tribunal de Xustiza ditase a *Vicente Pereda* e apoiándose en diversos apartados da STX do 20 de xaneiro de 2009, *Schultz-Hoff* (asuntos acumulados C-350/06 e C-520/06), resolvendo petición de decisión prexudicial formulada polo Landesarbeitsgericht

¹⁰⁷ Sentou o indicado criterio a STS do 3 de outubro de 2007 (RJ 2008/606), de Sala Xeral e casación para a unificación de doutrina. É contundente a resposta negativa da Sala a se o deber legal do empresario correlativo ao dereito a vacacións do traballador alcanza a facerse cargo das posibles incidencias provocadas pola situación de incapacidade temporal en que se atope este na data de gozo fixada por pacto individual ou colectivo: "a obriga legal do empresario de respectar o dereito a vacacións do traballador é unha obriga de medio e non de resultado, que se cingue, salvo ampliación convencional ou contractual do seu contido, á libranza das datas fixadas nun acordo individual de vacacións ou nun acordo colectivo de planificación e fixación do calendario de vacacións (...). Estes acordos bilaterais de determinación da data de gozo das vacacións teñen un claro propósito de axuste ou compromiso entre o interese produtivo do empresario e o interese do traballador para desenvolver actividades de tempo libre no período de vacacións. Como sucede en todo axuste ou compromiso, pode haber sacrificios e cesións de preferencias por unha ou outra parte. Entre os sacrificios posibles para o empresario figura a imposibilidade de contar co traballador durante os días sinalados de vacacións; entre os sacrificios posibles para o traballador figura a asunción do risco de incapacidade temporal unha vez que o período de vacacións foi fixado regularmente".

¹⁰⁸ Deuse conta dela *supra*, na nota 1. Confesa que procede a realizar a indicada interpretación conforme a propia sentenza: "impónsenos que o litixio haxa de ser resolto en maneira axustada á interpretación que do art. 7 da Directiva 2003/88 efectuou a citada STXCE 28/01/09. Pero no ben entendido de que tal conclusión se formula non xa pola aplicación directa e prioritaria do Dereito Comunitario e a súa xurisprudencia [iso podería estar condicionado á formulación da cuestión prexudicial], senón dende unha nova hermenéutica das propias disposicións nacionais [arts. 40.2 CE e 38 ET], que certamente (...) non ofrecen resposta clara á cuestión controvertida (...). E imponse aquel criterio en razón a que (...) resulta obrigada unha interpretación *pro communitate* das nosas normas internas".

Düsseldorf (Alemaña) e a House of Lords (Reino Unido). Na situación descrita, a sentenza *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*, de 2012, resolvendo en igual sentido que a *Vicente Pereda* a cuestión prexudicial formulada pola Sala do social do TS en 2011, non veu máis que a confirmar o apropiado do indicado cambio de criterio xurisprudencial e do novo parágrafo do art. 38.3 do ET 1995 xa engadido polo Real decreto-lei 3/2012¹⁰⁹. O mesmo cabe manifestar respecto do auto *Maestre García*, de 2013 (asunto C-194/12), resolvendo en igual sentido que as sentenzas *Vicente Pereda* e *ANGED*, cuxos criterios lembra¹¹⁰, a petición de cuestión prexudicial formulada polo Xulgado do Social de Benidorm o 22 de febreiro de 2012, poucos días despois da entrada en vigor do Real decreto-lei 3/2012, con ocasión de coñecer de feitos acaecidos con anterioridade.

O influxo da intervención do Tribunal de Xustiza faise sentir, finalmente, na modificación que experimenta o art. 34 do ET 2015 co Real decreto-lei 8/2019, do 8 de marzo, cuxo art. 10 dá nova redacción ao apartado 7 e engade un novo apartado 9 a aquel artigo establecendo a obriga do empresario de “garantir o rexistro horario de xornada”. É certo que semellante influxo non é, neste caso, dunha sentenza, senón, como confesa a propia exposición de

¹⁰⁹ De acordo co fallo da citada sentenza, “o artigo 7, apartado 1, da Directiva 2003/88/CE (...) debe interpretarse no sentido de que se opón a disposicións nacionais que establezan que un traballador que se atope en situación de incapacidade laboral sobrevida durante o período de vacacións anuais retribuídas non ten dereito a gozar posteriormente das vacacións anuais coincidentes co período de incapacidade laboral”.

¹¹⁰ Véxanse apartados 18, 19 e 23. Declara o Tribunal, no fallo do auto, que “o artigo 7, apartado 1, da Directiva 2003/88/CE (...) debe interpretarse no sentido de que se opón a unha interpretación da normativa nacional segundo a cal un traballador que se atopa en situación de incapacidade temporal por enfermidade durante o período de vacacións anuais fixado unilateralmente no calendario de vacacións da empresa na que traballa non ten dereito a gozar das súas vacacións anuais, ao termo da devandita incapacidade temporal, durante un período distinto ao fixado inicialmente, no seu caso fóra do período de referencia correspondente, por razóns de tipo produtivo ou organizativo da empresa”.

motivos do Real decreto-lei, das conclusións do Avogado Xeral que anticipan a posible resposta do Tribunal ás cuestións prexudiciais formuladas pola Sala do social da AN en 2018, entre elas a relativa a se o art. 31.2 da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea e os arts. 3, 5, 6, 16 e 22 da Directiva 2003/88/CE, en relación cos arts. 4.1, 11.3 e 16.3 da Directiva 89/391/CEE, deben interpretarse no sentido de que se opoñen a unha normativa nacional interna como son os arts. 34 e 35 do ET 2015, “dos que, segundo puxo de manifesto a doutrina xurisprudencial [española] consolidada¹¹¹, non cabe deducir que resulte esixible para as empresa[s] o establecemento dun sistema de rexistro da xornada diaria efectiva de traballo para os traballadores a xornada completa que non se comprometeron de forma expresa, individual ou colectiva, a realizar horas extraordinarias e que non teñen a condición de traballadores móbiles, da mariña mercante ou ferroviarios”. A modificación introducida polo Real decreto-lei revélase máis que oportuna vista a que foi resposta do Tribunal de Xustiza, contida na sentenza *CCOO/Deutsche Bank* (asunto C-55/18): “Os artigos 3, 5 e 6 da Directiva 2003/88/CE (...), interpretados á luz do artigo 31, apartado 2, da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea e dos artigos 4, apartado 1, 11, apartado 3, e 16, apartado 3, da Directiva 89/391/CEE (...), deben interpretarse no sentido de que se opoñen a unha normativa dun Estado membro que, segundo a interpretación desa normativa adoptada pola xurisprudencia nacional, non impón aos empresarios a obriga de establecer un sistema que permita computar a xornada laboral diaria realizada por cada traballador”. Nesta ocasión, a dilixencia na adopción da modificación legal evitou aos tribunais laborais españois a necesidade de recorrer á interpretación conforme.

¹¹¹ As sentenzas do TS do 23 de marzo e 20 de abril de 2017, a primeira de Pleno e ambas de casación ordinaria (RJ 2017/1174 e RJ 2017/1869, respectivamente).

2.2. NON DESCARTABLES E ATA DESEXABLES E CONVENIENTES

Encaixa aquí, por exemplo, a modificación das regras dos arts. 247.a) e 248.3 da LXSS de 2015 para acomodalalas ao art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE mediante a supresión dos factores en virtude dos cales o Tribunal de Xustiza aprecia, na medida en que a maior parte dos traballadores a tempo parcial sexan mulleres, que aquelas provocan unha discriminación indirecta por razón de sexo. Así as cousas, faise preciso a revisión da dobre repercusión negativa do traballo a tempo parcial sobre a determinación do importe da pensión contributiva de xubilación que seguen mantendo tales regras, cuxo contido non difire substancialmente do que recibiu a disposición adicional sétima da LXSS 1994 coa súa nova redacción dada polo Real decreto-lei 11/2013 e, tras a súa tramitación como proxecto de lei, pola Lei 1/2014. Debería conducir a unha modificación como a postulada o fallo da recente sentenza *Villar Láiz*, do 8 de maio de 2019 (asunto C-161/18)¹¹². Dita modificación faise imperiosa, ademais de por ese fallo, pola STC 91/2019, do 3 de xullo de 2019, a cal, despois de poñer de manifesto, na súa fundamentación xurídica, igual que o fixo a STC 61/2013, a "indubidable" relevancia que teñen para resolución do asunto "os criterios seguidos nas sentenzas do Tribunal de Xustiza" (entre elas, á parte da *Elbal Moreno*, a

¹¹² Segundo o cal "o artigo 4, apartado 1, da Directiva 79/7/CEE (...) debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa dun Estado membro, como a controvertida no litixio principal [a composta polos arts. 247.a) e 248.3 da LXSS de 2015], segundo a cal o importe da pensión de xubilación na modalidade contributiva dun traballador a tempo parcial calcúlase multiplicando unha base reguladora, determinada en función dos salarios efectivamente percibidos e das cotizacións efectivamente satisfeitas, por unha porcentaxe que depende da duración do período de cotización -período ao que se aplica un coeficiente de parcialidade equivalente á relación existente entre a xornada a tempo parcial efectivamente traballada e a xornada realizada por un traballador a tempo completo comparable e que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5-, na medida en que esta normativa prexudique en particular ás traballadoras respecto dos traballadores de sexo masculino".

Villar Láiz)¹¹³, termina declarando (fallo) que é inconstitucional e, por tanto, nulo "o inciso «de xubilación e» do parágrafo primeiro da letra c) da regra terceira da disposición adicional sétima, apartado 1, do texto refundido da Lei xeral da seguridade social aprobado por Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño, na redacción dada ao precepto polo art. 5.2 do Real decreto-lei 11/2013, do 2 de agosto". Consecuencia de semellante nulidade é a fixada no fundamento xurídico 12: "a determinación da contía das pensións de xubilación dos traballadores a tempo parcial aos que se aplique a disposición adicional sétima LXSS 1994 deberá realizarse sen tomar en consideración o referido coeficiente de parcialidade, é dicir, sen a redución derivada deste". Nese sentido debería ir a modificación, que xa tarda, do actual art. 248.3 da LXSS 2015. Unha modificación dese alcance parece que tamén sería suficiente para poñer fin á actual oposición do precepto ao art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE; así o permiten entender as consideracións realizadas nos apartados 54 e 55 da sentenza *Villar Láiz*.

Non descartable e desexable é, así mesmo, a eventual modificación do art. 51.1.a) do ET 2015 en termos tales que pase a referir as extincións de contratos de traballo computables a efectos de apreciar se se está ante un despedimento colectivo tanto ás producidas na empresa como no centro de traballo, segundo resulte máis vantaxoso para os traballadores. Anima a unha modificación como a indicada a sentenza *Rabal Cañas*, de 2015 (asunto C-392/13), cuxo importante impacto sobre o dereito español saldouse, polo momento, dada a sorprendente e criticable pasividade mostrada polo lexislador, na interpretación conforme do citado precepto a que ven obrigados os tribunais laborais. Sobre esta interpretación conforme remito ao que se expón no apartado 4.

Outra das sentenzas cuxo impacto sobre o dereito español ben podería terminar por traducirse nunha modificación legal é a *Porras Guisado*, de 2018 (asunto C-103/16), na

¹¹³ Véxase fundamento xurídico 7.

que o Tribunal ten a oportunidade declarar, en relación co concepto de despedimento colectivo e con ocasión do exame das relacións entre a Directiva 98/59/CE e a protección fronte ao despedimento dispensada á traballadora embarazada pola Directiva 92/85/CEE do Consello, do 19 de outubro de 1992, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que dese a luz ou en período de lactación, que o punto 1) do art. 10 desta última Directiva “debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa nacional que non prohibe, en principio, con carácter preventivo o despedimento dunha traballadora embarazada, que dese a luz ou en período de lactación, e que establece unicamente, en concepto de reparación, a nulidade dese despedimento cando sexa ilegal”. Das declaracións que realiza a sentenza, esta é, ao meu xuízo, a de maior impacto sobre o dereito español, no cal non se descobre a tutela preventiva á que se refire o Tribunal respecto do despedimento colectivo e tamén respecto do despedimento obxectivo, do despedimento disciplinario e do despedimento asimilado a el (por exemplo, unha extinción irregular dun contrato de traballo de duración determinada).

O citado art. 10 da Directiva 92/85/CEE protexe á traballadora fronte ao seu despedimento durante o período comprendido entre o comezo do seu embarazo e o final do permiso de maternidade nun dobre plano: preventivo, no punto 1) (“Os Estados membros tomarán as medidas necesarias para prohibir o despedimento das traballadoras”), que actúa fronte ao risco dun posible despedimento por motivos relacionados co embarazo¹¹⁴, e reparador, no punto 2) [“Os Estados membros tomarán as medidas necesarias para protexer ás traballadoras (...) contra as consecuencias dun despedimento que sería ilegal en virtude do punto 1”]. No dereito español, a nulidade do referido despedimento e os efectos que produce cumpren co

¹¹⁴ Véxase considerando décimo quinto da Directiva 92/85/CEE.

disposto nese punto 2) e falta por cumprir o que ordena o punto 1), que alcanza á prohibición das actividades tendentes á realización do despedimento ou, en termos da sentenza agora contemplada, de "os actos preparatorios do despedimento, como a procura e previsión dun substituto definitivo da empregada de que se trate"¹¹⁵. Sen o establecemento desa dobre protección polo dereito nacional non hai correcta transposición da Directiva¹¹⁶, que viría quedar privada do seu efecto útil.

Por último, non descartables e desexables son as modificacións dos preceptos das disposicións reguladoras do réxime xurídico dos empregados públicos, estatais e autonómicas, que contan con fallos do Tribunal de Xustiza declarando a súa oposición -ou a oposición dos preceptos substancialmente iguais doutras- ao dereito da Unión e, en particular, ao art. 4.1 do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada¹¹⁷. Lonxe de eliminar a necesidade e conveniencia da súa modificación, que os órganos xurisdiccionais nacionais poidan e deban salvar esa oposición dos preceptos mediante a súa inaplicación no caso concreto, fai máis inexplicable e criticable que non se procedese a aquela. Non cabe perder a esperanza de que os aludidos fallos poidan levar algún día á oportuna modificación do tipo de preceptos afectados. Non cabe perder a esperanza, por exemplo, de que a sentenza *Regojo Dans*, de 2015 (asunto C-177/14) termine por suprimir das sucesivas leis de orzamentos xerais do Estado o precepto que exclúe os trienios das retribucións ás que ten dereito o persoal eventual¹¹⁸.

2.3. CONDUCENTES AO ABORTO DUNHA PREVIA EXPECTATIVA DE CAMBIO NORMATIVO

¹¹⁵ Apartado 63, con cita da sentenza do 11 de outubro de 2007 [*Paquay*, asunto C-460/06, (ECLI:EU:C:2007:601)].

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

¹¹⁷ Sobre o asunto, véxase apartado 3, *in fine*, deste estudo.

¹¹⁸ Véxase art. 22.4 da Lei 6/2018, do 3 de xullo, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2018.

Os fallos agora contemplados cancelan a previa expectativa dun cambio normativo aberta por un fallo anterior equivocado ou froito de non utilizarse canles (sinaladamente, solicitude por España do coñecemento do asunto pola Gran Sala e actuacións tendentes a conseguir o estudo e presentación de conclusións por parte do Avogado Xeral) que permitisen que o Tribunal coñecese e comprendese ben o sentido da normativa aplicable ao asunto obxecto do litixio principal. Tal é a situación vivida en relación coa non concesión de indemnización por extinción do contrato de traballo de interinidade, disposta polo art. 49.1.c) do ET 1995 (e 2015), e o recoñecemento ao traballador afectado da indemnización prevista para o caso da extinción por causas obxectivas, prevista no art. 53.b) de igual texto legal. A expectativa dun posible cambio normativo aberta pola moi polémica sentenza *De Diego Porras I*, en 2016 (asunto C-596/14), cuxo resposta¹¹⁹ ás cuestións prejudiciais formuladas pola Sala do social do TSX de Madrid levaron a esta a resolver o litixio principal, en sentenza do 5 de outubro de 2016¹²⁰, recoñecendo á recorrente o dereito a percibir, por razón da extinción do seu contrato de interinidade, igual indemnización que a establecida para o despedimento obxectivo no art. 53.1.b) do ET ("igual indemnización que a que correspondería a un traballador fixo comparable de extinguirse o seu contrato por outra causa obxectiva"), quedou definitivamente frustrada como consecuencia da rectificación e cambio de

¹¹⁹ Do seguinte teor [fallo, 2]): "A cláusula 4 do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, que figura no anexo da Directiva 1999/70, debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa nacional, como a controvertida no litixio principal, que denega calquera indemnización por finalización de contrato ao traballador con contrato de interinidade, mentres que permite a concesión de tal indemnización, en particular, aos traballadores fixos comparables. O mero feito de que este traballador prestase os seus servizos en virtude dun contrato de interinidade non pode constituír unha razón obxectiva que permita xustificar a negativa a que o citado traballador teña dereito á mencionada indemnización."

¹²⁰ AS 2016/1298.

criterio que levan a cabo en 2018, primeiro, as sentenzas *Grupo Norte Facility* (asunto C-574/16) e *Montero Mateos* (asunto C-677/16) e, un pouco máis tarde, respondendo a petición de decisión prexudicial formulada pola Sala do social do TS ao coñecer do recurso de casación para a unificación de doutrina interposto contra a citada sentenza da sala madrileña, a sentenza *De Diego Porras II* (asunto C-619/17)¹²¹.

O recente auto *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia/Universidade de Santiago de Compostela*, de marzo de 2019 (asunto C-293/18), non fai outra cousa que

¹²¹ Declara o fallo da primeira desas tres sentenzas que “a cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, (...) que figura no anexo da Directiva 1999/70/CE (...), debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa nacional segundo a cal a indemnización pagada aos traballadores con contratos de duración determinada realizados para cubrir a xornada de traballo deixada vacante por un traballador que se xubila parcialmente, como o contrato de substitución controvertida no litixio principal, ao vencer o termo polo que estes contratos se realizaron, é inferior á indemnización concedida aos traballadores con contrato de duración indefinida con motivo da extinción do seu contrato de traballo por unha causa obxectiva”. Cos anteriores termos coinciden substancialmente os que emprega o fallo da *Montero Mateos* [“a cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, (...) que figura no anexo da Directiva 1999/70/CE (...), debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa nacional que non prevé o pago de indemnización ningunha aos traballadores con contratos de duración determinada realizados para cubrir temporalmente un posto de traballo durante o proceso de selección ou promoción para a cobertura definitiva do mencionado posto, como o contrato de interinidade de que se trata no litixio principal, ao vencer o termo polo que estes contratos se realizaron, mentres que se concede indemnización aos traballadores fixos con motivo da extinción do seu contrato de traballo por unha causa obxectiva”] e o apartado 1 do fallo da *De Diego Porras II* [“A cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, (...) que figura no anexo da Directiva 1999/70/CE (...), debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa nacional que non prevé o pago de indemnización ningunha aos traballadores con contratos de duración determinada realizados para substituír a un traballador con dereito a reserva do posto de traballo, como o contrato de interinidade de que se trata no litixio principal, ao vencer o termo polo que estes contratos se realizaron, mentres que se concede indemnización aos traballadores fixos con motivo da extinción do seu contrato de traballo por unha causa obxectiva”].

responder as cuestións prexudiciais formuladas pola Sala do social do TSX de Galicia nuns termos que poden deducirse claramente da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza e, con máis precisión, das dúas sentenzas ultimamente citadas, o que xustifica a resolución do asunto por medio de auto motivado, en aplicación do art. 99 do Regulamento de procedemento daquel¹²². A dúbida da Sala galega -suscitada, sen dúbida, pola doutrina de *De Diego Porras I*-acerca de se a extinción por termo do contrato de traballo celebrado baixo a modalidade de contrato predoutoral (arts. 21 e 22 da Lei 14/2011, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación) é comparable á extinción por causas obxectivas dos contratos de traballo por tempo indefinido e, de ser así, sobre que razón legal podería xustificar a diferenza de trato consistente en non aplicar a aquela primeira extinción a indemnización prevista no art. 53.1.b) do ET, é resolta polo Tribunal de Xustiza aplicando, *mutatis mutandis*, o criterio de *Montero Mateos*, de Grupo *Norte Facility* e de *De Diego Porras II*. Tras apreciar, con estas sentenzas, que “o obxecto específico da indemnización por despedimento establecida no artigo 53, apartado 1, letra b), do Estatuto dos traballadores, do mesmo xeito que o contexto particular no que se paga a dita indemnización, constitúen unha razón obxectiva que xustifica a diferenza de trato controvertida” (apartado 52), o Tribunal declara “que a cláusula 4, apartado 1, do Acordo Marco sobre o traballo de duración determinada (...) debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa nacional que non prevé o pago de indemnización ningunha aos traballadores con contratos predoutorais ao vencemento do termo polo que estes contratos se realizaron, mentres que se concede indemnización aos traballadores fixos con motivo da

¹²² “Cando unha cuestión prexudicial sexa idéntica a outra sobre a que o Tribunal xa resolverse, cando a resposta a tal cuestión poida deducirse claramente da xurisprudencia ou cando a resposta á cuestión prexudicial non suscite ningunha dúbida razoable, o Tribunal poderá decidir en calquera momento, a proposta do xuíz relator e tras oír ao Avogado Xeral, resolver mediante auto motivado”.

extinción do seu contrato de traballo por unha causa obxectiva" [fallo.2)]¹²³.

Dito sexa de paso, o aínda máis recente auto *Aragón Carrasco*, de xuño de 2019 (asunto C-367/18), pecha tamén a dúbida acerca de se o persoal eventual¹²⁴ se atopa en situación comparable á do traballador con contrato por tempo indefinido e, de ser así, se o seu cesamento, que é libre, é equiparable á extinción por causas obxectivas deste último e, por tanto, debe ir acompañado do pago dunha indemnización de importe equivalente ao previsto para esa extinción. O curioso é que a resposta en tal sentido do Tribunal incorre en clara incongruencia respecto do contido da cuestión prexudicial á que vai referida, que é a primeira e a única das tres cuestións prexudiciais formuladas polo órgano xurisdiccional remitente (a Sala do contencioso-administrativo do TS) que aquel considera admisible (as outras dúas decláranse inadmisibles pola súa natureza hipotética). Ao meu xuízo, demandándose nesa primeira cuestión prexudicial resposta a se a cláusula 4 do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada se opón á normativa española que dispón, no art. 12.3 do Estatuto

¹²³ Recibido o auto, a Sala galega procede resolver o litixio principal desestimando a petición principal formulada polo sindicato demandante en preito de conflito colectivo, solicitando o dereito dos traballadores con contrato de traballo predoutoral a percibir unha indemnización por cesamento ou finalización do seu contrato equivalente á fixada para o despedimento obxectivo polo art. 53.1.b) do ET. Con todo, acolle, frívolamente, con, no mellor dos casos, insuficiente e moi preguiceiro razoamento, sen entrar na menor valoración da indiscutible finalidade formativa da referida modalidade contractual, a petición subsidiaria de recoñecemento do dereito á indemnización de doce días por ano de servizo prevista no art. 49.1.c) daquel texto legal, cualificando esa modalidade contractual, non como formativa e, en canto tal, equiparable aos contratos formativos do art. 11 de igual texto legal, senón como contratos "temporais de obra ou servizo".

¹²⁴ O definido no art. 12.1 do texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, vinculado por unha relación xurídica de dereito público ("É persoal eventual o que, en virtude de nomeamento e con carácter non permanente, só realiza funcións expresamente cualificadas como de confianza ou asesoramento especial, sendo retribuído con cargo aos créditos orzamentarios consignados para este fin").

básico do empregado público, o cesamento libre sen indemnización do persoal eventual, e pola contra, establece unha indemnización de 12 días por ano de servizo, no art. 49.1.c) do ET 2015, para o caso de extinción dun contrato de traballo por expiración do tempo conviado ou realización da obra ou servizo constitutiva do seu obxecto, o Tribunal tamén debería declarar o seu inadmisibilidade:

1) Porque non formula unha comparación entre traballadores con contrato ou relación de servizos de duración determinada e traballadores fixos, que constitúe condición para a aplicación da citada cláusula 4 do Acordo marco.

2) Porque a indemnización por extinción do contrato que prevé o art. 49.1.c) do ET 2015 non entra no ámbito de aplicación da cláusula 5 de igual Acordo marco, que, como lembra o Tribunal, só é aplicable no suposto de sucesivos contratos ou relacións laborais de duración determinada¹²⁵, cousa que non se daba no litixio principal nin forma parte dos elementos sobre os que o órgano xurisdiccional remitente redacta a cuestión de que se trata.

O Tribunal, volvendo formular á súa conveniencia ou antollo a referida cuestión prexudicial primeira ("do auto de remisión despréndese que, en realidade, o tribunal remitente pide ao Tribunal de Xustiza que interprete a cláusula 4 do Acordo marco á luz da diferenza existente entre o réxime de indemnización por cesamento do persoal eventual das Administracións públicas españolas e o réxime de indemnización do despedimento, baseado nunha das causas previstas no artigo 52 do Estatuto dos traballadores, do persoal laboral fixo que presta servizos para as devanditas Administracións, previsto no artigo 53, apartado 1, letra b), do mencionado Estatuto"), conclúe: "A cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración

¹²⁵ Véxanse sentenzas do 22 de novembro de 2005 (*Mangold*, asunto C-144/04, apartados 41 e 42; (ECLI:EU:C:2005:709) e do 26 de xaneiro de 2012 (*Kücük*, asunto C-586/10; ECLI:EU:C:2012:39, apartado 45).

determinada (...) debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa nacional que non prevé o pago de indemnización ningunha ao persoal eventual, que exerce funcións expresamente cualificadas de confianza ou asesoramento especial, con motivo do cesamento libre nas súas funcións, mentres que se concede unha indemnización ao persoal laboral fixo con motivo da extinción do seu contrato de traballo por unha causa obxectiva" [fallo.1]).

3. O IMPACTO POLA OBRIGADA INAPLICACIÓN DE PRECEPTOS DA NORMATIVA NACIONAL CONTRARIOS AOS DEREITOS FUNDAMENTAIS CUXA OBSERVANCIA GARANTE O TRIBUNAL

Lémbrese, en primeiro lugar, que os fallos do Tribunal de Xustiza dispoñendo a inaplicación de que se trata ou abrindo camiño a ela poden conducir e conduciron en España a posteriores modificacións da nosa normativa laboral. En segundo lugar, que pertencen a tal grupo de fallos os correspondentes á sentenza *Rodríguez Caballero* (asunto C-442/00), á sentenza *Olaso Valero* (asunto C-520/03) e ao auto *Guerrero Pecino* (asunto C-177/05). Polo demais, téñase en conta que a inaplicación contemplada non é algo que poida decidir por si mesmo o órgano xurisdiccional nacional ou, o que é igual, este ha de acordala á vista dun fallo do Tribunal de Xustiza que resolvese cuestión prexudicial en termos tales que avalen aquela, aínda sen chegar a declarala de forma expresa. A declaración expresa da inaplicación, presente nos tres fallos anteriores, debe ser excepcional e non deixa de poñer en cuestión a autonomía dos ordenamentos dos Estados membros (do lexislador e dos órganos xurisdiccionais nacionais) para resolver ou solucionar de forma satisfactoria a oposición das súas disposicións normativas ao dereito da Unión. Por iso é polo que parece máis apropiado deixar que sexan os seus propios órganos xurisdiccionais os que valoren a posibilidade de superar a referida oposición a través da interpretación conforme das normas cuestionadas e, decidan, de apreciar que non cabe tal interpretación, a súa inaplicación. Neste

sentido, con carácter xeral, sempre que a declaración do Tribunal de Xustiza de oposición ao dereito da Unión, por provocar unha discriminación directa ou indirecta, afecte un precepto da normativa nacional que nega de forma clara e categórica un dereito ou beneficio a un grupo de traballadores ou beneficiarios de prestacións de seguridade social que se atopa en situación comparable á doutro grupo ao que se lle concede, a interpretación conforme devén imposible e o xuíz nacional haberá de resolver o asunto, ante a pasividade do lexislador, non aplicando, expresa ou tacitamente, o precepto en cuestión e recoñecendo o dereito ou beneficio ao grupo discriminado. *Mutatis mutandis*, outro tanto sucederá cando o precepto, en lugar de negar, sen máis, o dereito ou beneficio, omita facer referencia a el e redúzao respecto dun grupo de persoas cuxa situación é así mesmo comparable á doutro ao que se lle concede de forma expresa ou non se lle aplica redución ningunha.

Resolvendo petición de decisión prexudicial formulada acerca dos termos empregados na versión inicial do parágrafo segundo do art. 33.1 do ET 1995 para regular, en transposición da Directiva 80/987/CEE, a cobertura do pago dos salarios de tramitación a cargo do FOGASA, a cal quedaba limitada ao pago acordado por sentenza (exclusión da cobertura no caso de pago acordado en conciliación xudicial), a primeira das dúas sentenzas antes mencionadas (a *Rodríguez Caballero*) declarou, no punto 2) do seu fallo, que unha restrición como a indicada é contraria ao principio de igualdade de trato, tal e como se recoñece polo ordenamento xurídico da Unión, e, por tanto, non debe ser aplicada polo xuíz nacional (primacía do dereito da Unión)¹²⁶.

¹²⁶ Os termos do mencionado punto 2) do fallo son os seguintes: "O xuíz nacional debe deixar sen aplicar unha normativa nacional que, vulnerando o principio de igualdade, exclúe do concepto de «retribución», no sentido do artigo 2, apartado 2, da Directiva 80/987, os créditos correspondentes a salarios de tramitación, pactados nunha conciliación celebrada ante un órgano xurisdiccional e aprobada por el, e debe aplicar aos membros do

Igual vulneración do principio de igualdade de trato e inaplicación do precepto que incorre nela declaran os fallos da sentenza *Olaso Valero* e do auto *Guerrero Pecino* en relación coa cobertura polo FOGASA do pago da indemnización por despedimento ou extinción do contrato de traballo só cando tal indemnización figure “recoñecida por sentenza ou resolución administrativa”, disposta pola nova redacción do art. 33.2 do ET 1995 dada pola Lei 60/1997, do 19 de decembro. Para o Tribunal, a compatibilidade con aquel principio de igualdade dunha restrición como a indicada precisa unha xustificación obxectiva do diferente trato a que se ven sometidos os traballadores con indemnización recoñecida por conciliación xudicial, que se atopan nunha situación comparable á daqueles con indemnización recoñecida por sentenza ou resolución administrativa. Esa xustificación non a apreciaron a sentenza e o auto mencionados¹²⁷, igual que tampouco o farían, xa con posterioridade á modificación do precepto para o seu axuste ás esixencias do Dereito da Unión, as sentenzas *Cordero Alonso*¹²⁸ e *Velasco Navarro*¹²⁹, resolvendo senllas peticións de decisións prexudiciais elevadas con anterioridade á referida modificación. Consecuencia da inaplicación era, de novo, a obrigada concesión aos traballadores da categoría prexudicada da vantaxe gozada polos da categoría beneficiada¹³⁰.

grupo prexudicado pola devandita discriminación o réxime vixente para os traballadores asalariados cuxos créditos do mesmo tipo estean comprendidos, en virtude da definición nacional do concepto de «retribución», no ámbito de aplicación da dita Directiva.”

¹²⁷ Véxase apartado 37 da sentenza e 28 do auto.

¹²⁸ Véxase apartado 40.

¹²⁹ Véxase apartado 37.

¹³⁰ Así, sentenza *Olaso Valero* [fallo 2]): “Cando, segundo a normativa nacional de que se trate, os créditos correspondentes a indemnizacións por despedimento improcedente, recoñecidos en sentenza ou resolución administrativa, estean comprendidos no concepto de «retribución», os créditos idénticos, establecidos nun acto de conciliación como o que é obxecto do caso de autos, deben considerarse créditos de traballadores asalariados derivados de contratos de traballo ou relacións laborais e relativos á retribución no sentido da Directiva 80/987. O xuíz nacional non

Aínda que a inaplicación da norma nacional non apareza declarada polo Tribunal de Xustiza, a resposta deste á petición de decisión prexudicial brinda elementos suficientes para que os órganos xurisdiccionais nacionais poidan decidir aquela na sentenza *Villar Láiz*, que, segundo se indicou¹³¹, considera constitutivas de discriminación indirecta e, por tanto, contrarias ao art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE as regras ás que a LXSS 2015 somete o recoñecemento do dereito e importe da pensión de xubilación dos traballadores a tempo parcial, na medida en que estes sexan na súa maior parte mulleres, consistentes en aplicar a unha base reguladora xa inferior á dun traballador a tempo completo comparable unha porcentaxe dependente dos días cotizados determinados segundo o art. 247.a) incrementados coa aplicación dun coeficiente de 1,5.

Certamente, non deixa de sorprender que a sentenza da que agora se dá conta esquive responder a segunda das cuestións formuladas polo órgano xurisdiccional remitente (a Sala do social do TSX de Castela e León), relativa a se debe entenderse que unha norma de Dereito interno como a controvertida no litixio é contraria, ademais de ao art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE, ao art. 21 (non discriminación) da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea e, por

debe aplicar unha normativa interna que, vulnerando o principio de igualdade, exclúe estes últimos créditos do concepto de «retribución» no sentido da dita normativa”. Termos parecidos en auto *Guerrero Pecino* (fallo): “Cando debe considerarse, segundo a normativa nacional de que se trate, que as indemnizacións por despedimento improcedente recoñecidas nunha sentenza ou nunha resolución administrativa constitúen, en virtude do Dereito nacional, indemnizacións debidas ao termo da relación laboral comprendidas no ámbito de aplicación do artigo 3, apartado 1, da Directiva 80/987/CEE (...), na súa versión modificada pola Directiva 2002/74/CE (...), as indemnizacións da mesma natureza establecidas nun procedemento de conciliación xudicial, como a controvertida no asunto principal, deben considerarse tamén indemnizacións no sentido da devandita disposición. O xuíz nacional non debe aplicar unha normativa que vulnera o principio de igualdade ao excluír estas últimas indemnizacións do concepto de indemnizacións no sentido da citada norma”.

¹³¹ No apartado 2.1.

tanto, aquel “está obrigado” á inaplicación da aludida norma “sen solicitar ou esperar [a] a súa previa derogación polo lexislador ou mediante calquera outro procedemento constitucional”. O Tribunal de Xustiza sae do paso manifestando, de forma lacónica, que “non procede responder” esa segunda cuestión prexudicial “tendo en conta a resposta á primeira”. Partindo de que esta resposta é a de que a normativa nacional resulta contraria ao art. 4.1 da Directiva e, por tanto, contradí o principio de igualdade de trato, que supón a ausencia de toda discriminación por razón de sexo, parece que o Tribunal pretende deixar caer que o órgano xurisdiccional remitente valore, por si mesmo, a oportunidade da inaplicación daquela normativa, o cal non significa que o citado órgano xurisdiccional deba proceder a ela previa elevación da oportuna cuestión de constitucionalidade ao TC e apreciación, por este, da oposición á CE do precepto ou preceptos da referida normativa¹³². Afortunadamente, resolvendo cuestión interna de inconstitucionalidade, a STC 91/2019, do 3 de xullo de 2019, dá resposta clara e precisa ao que deixa no aire o Tribunal de Xustiza e indica aos xuíces como deben proceder ante a inconstitucionalidade e nulidade da normativa de que se trata. Esta sentenza vén avalar a decisión do órgano xurisdiccional remitente de resolver o litixio principal prescindindo, aínda sen manifestalo abertamente, da aplicación da norma nacional cuxa oposición ao dereito da Unión declara o Tribunal de Xustiza¹³³. Non importa que se omita a indicación expresa sobre a inaplicación da norma; a concesión do dereito ou beneficio sen a redución que esta dispón leva implícita a inaplicación.

En fin, a inaplicación da norma nacional, por contraria á cláusula 4.1 do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada¹³⁴, preséntase como a decisión a tomar polos

¹³² Véxanse arts. 35 e sigs. da LOTC.

¹³³ Faino na súa sentenza do 11 de xullo de 2019 (AS 2019/1680).

¹³⁴ Dispón a citada cláusula que, “polo que respecta ás condicións de traballo, non poderá tratarse aos traballadores cun contrato de duración

órganos xurisdiccionais españois en relación co precepto da normativa nacional que negue ao persoal eventual¹³⁵, aos funcionarios interinos, ao persoal estatutario eventual¹³⁶ ou aos traballadores con contrato de traballo de duración determinada o acceso a un complemento retributivo (por exemplo, trienios) e reserve o seu gozo aos funcionarios de carreira, ao persoal estatutario fixo¹³⁷ ou a aqueles cuxo contrato de traballo sexa por tempo indefinido, aparecendo, no caso concreto, que a situación dos primeiros é comparable á dos segundos polo que respecta á percepción do aludido complemento e non existe unha razón obxectiva xustificativa da diferenza de trato. A inaplicación de que se trata atopa apoio, ultimamente -non exclusivamente- na doutrina da sentenza *Ustariz Aróstegui*, de 2019 (asunto C-72/18), que declara que aquela cláusula do Acordo marco “debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa nacional, como a controvertida no litixio principal, que reserva o dereito a un complemento retributivo [de grao] aos profesores funcionarios de carreira, excluindo, en particular, aos profesores contratados administrativos, se cubrir un determinado tempo de servizos constitúe o único requisito para a concesión do devandito complemento”. Na súa virtude, unha vez comprobado polo órgano xurisdiccional remitente (o Xulgado do Contencioso-administrativo nº 1 de

determinada dunha maneira menos favorable que aos traballadores fixos comparables polo mero feito de ter un contrato de duración determinada, a menos que se xustifique un trato diferente por razóns obxectivas”.

¹³⁵ Véxase *supra*, nota 123.

¹³⁶ O nomeado polos servizos de saúde para prestar “servizos determinados de natureza temporal, conxuntural ou extraordinaria”, para “garantir o funcionamento permanente e continuado dos centros sanitarios” ou para “a prestación de servizos complementarios dunha redución de xornada ordinaria” (art. 9.3 da Lei 55/2003, do 16 de decembro, do estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde).

¹³⁷ Séguese facendo, a pesar de ter en contra a doutrina do Tribunal de Xustiza, o art. 44 da Lei 55/2003, cit. na nota anterior: “o persoal estatutario temporal percibirá a totalidade das retribucións básicas e complementarias que, no correspondente servizo de saúde, correspondan ao seu nomeamento, con excepción dos trienios”.

Pamplona) a concorrência desta condición e a situación comparable de ambos os grupos de profesores, parece que haberá de impoñerse a inaplicación do art. 11 do Decreto Foral 68/2009, do 28 de setembro, polo que se regula a contratación de persoal en réxime administrativo nas Administracións públicas de Navarra, do seguinte teor: "O persoal contratado en réxime administrativo percibirá as retribucións correspondentes ao posto de traballo que ocupe ou función que desempeñe, o premio de antigüidade e a axuda familiar. Exclúese o grao, como retribución persoal básica inherente á condición do persoal funcionario"¹³⁸.

Nun suposto como o que se acaba de describir, a inaplicación débese traducir no recoñecemento, polo órgano xurisdiccional nacional, do dereito a gozar do complemento por parte do grupo discriminado (o persoal eventual, os funcionarios interinos, o persoal estatutario temporal ou os traballadores con contrato de traballo de duración determinada). Tal é o *modus operandi* ao que leva, entre outras, ademais da doutrina da sentenza *Ustáriz Arostegui*, a das sentenzas *del Cerro Alonso*, de 2007 (asunto C-307/05)¹³⁹ e *Regojo Dans*, de 2015 (asunto C-177/14)¹⁴⁰,

¹³⁸ Os termos reproducidos corresponden á nova redacción do precepto dada pola disposición adicional única.1 do Decreto Foral 21/2017, do 29 de marzo.

¹³⁹ "A cláusula 4, punto 1, do Acordo marco [sobre o traballo de duración determinada] debe interpretarse no sentido de que se opón ao establecemento dunha diferenza de trato entre traballadores cun contrato de duración determinada e traballadores fixos que estea xustificada pola mera circunstancia de que estea prevista por unha disposición legal ou regulamentaria dun Estado membro ou por un convenio colectivo concertado entre a representación sindical do persoal e o empregador" [apartado 59 e fallo.2)].

¹⁴⁰ "A cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada debe interpretarse no sentido de que se opón a unha norma nacional, como a controvertida no litixio principal, que exclúe, sen xustificación ningunha por razóns obxectivas, ao persoal eventual do dereito a percibir os trienios concedidos, en particular, aos funcionarios de carreira, cando, en relación coa percepción do devandito complemento salarial, ambas as categorías de traballadores se achan en situacións comparables, o que corresponde verificar ao tribunal remitente" [apartado 62 e fallo.2)].

así como a do auto *Montoya Medina*, de 2011 (asunto C-273/10)¹⁴¹. Tal é o *modus operandi* que segue a STS do 21 de xaneiro de 2016 (Sala do contencioso-administrativo, sección 3ª)¹⁴² ao resolver o litixio principal orixe da formulación da cuestión prexudicial resolta pola sentenza *Regojo Dans* e recoñecer á recorrente, que desempeñaba tarefas administrativas ao amparo do seu nomeamento como persoal eventual¹⁴³ e en situación comparable á dos funcionarios de carreira ocupados en iguais tarefas, o dereito á percepción de trienios que lle era negado pola Administración pública empregadora en virtude do establecido nas sucesivas leis de orzamentos xerais do Estado e, ultimamente, en virtude do art. 26.4 da Lei 2/2012, do 29 de xuño, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2012. Nin que dicir ten que a concesión daquel dereito comporta a inaplicación da norma contraria a el. Así mesmo, o referido *modus operandi* tamén é o seguido pola STSX Comunidade Valenciana do 16 de xuño de 2011¹⁴⁴ ao resolver o litixio principal que levou á Sala a formular a cuestión prexudicial resolta polo auto *Montoya Medina* e confirmar a sentenza de instancia que recoñecera ao recorrente o dereito a percibir trienios durante o período de servizos prestados na Universidade de Alacante como profesor axudante doutor (temporal). A Sala valenciana confirma a aludida sentenza de instancia por apreciar que a situación dos profesores axudantes doutores é comparable á dos profesores contratados doutores (por tempo indefinido), únicos das dúas categorías de profesores aos que a

¹⁴¹ "A cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo con contrato de duración determinada (...) debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa nacional que reserva, sen ningunha xustificación obxectiva, o dereito a percibir un complemento salarial por antigüidade unicamente aos profesores contratados doutores, excluindo aos profesores axudantes doutores, cando, en relación coa percepción do devandito complemento, ambas as categorías de traballadores se achan en situacións comparables" (apartado 47 e fallo).

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

¹⁴³ Véxanse *supra*, notas 123 e 117.

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

normativa aplicable¹⁴⁵ concede os trienios como concepto integrante das súas retribucións.

4. O IMPACTO PROVOCADO POLA INTERPRETACIÓN CONFORME

Un dos exemplos do impacto agora contemplado é a sentenza *Roca Álvarez*, de 2010, a cal, segundo se sinalou, aínda que acabou por levar á modificación, en 2012, da redacción que naquel momento tiña o art. 37.4 do ET 1995, conduciu, previamente, a que os órganos xurisdicionais nacionais tivesen que proceder a realizar, entre tanto unha interpretación conforme do precepto. Tal interpretación conforme adóptaa, precisamente, a Sala do social do TSX de Galicia ao resolver a cuestión de fondo sometida ao recurso de suplicación cuxa interposición lle conduciu a formular a petición de decisión prexudicial orixe da sentenza. Adóptaa na súa sentenza do 12 de novembro de 2010¹⁴⁶, que revoga a de instancia e declara o dereito do demandante a gozar, na súa condición de pai traballador por conta allea, o discutido permiso por lactación aínda que a nai non tivese esa mesma condición. A expresada interpretación conforme aparece ao final do fundamento xurídico segundo da sentenza. Unha vez sentado que a regulación do permiso por lactación no art. 37.4 do ET de 1995 era, na data en que o solicitaba o recorrente, e seguía sendo “discriminatoria por razón de sexo” e contraria á Directiva 76/207/CEE, a Sala conclúe que “aquela debe ser aplicada ao caso concreto de modo que se elimine a discriminación apreciada, o que non pode senón implicar o recoñecemento, como pai traballador por conta allea, ao [*sic*] dereito no seu día solicitado e negado”.

Outro dos exemplos, de relevancia mesmo maior, pois, como se indicou (apartado 2.2), non levou, polo momento,

¹⁴⁵ Os arts. 14.1 e 15 do Decreto 174/2002, do 15 de outubro, do Goberno valenciano, sobre réxime e retribucións do persoal docente e investigador contratado laboral das universidades públicas valencianas e sobre retribucións adicionais do profesorado universitario.

¹⁴⁶ AS 2011/73. É relator da sentenza a Maxistrada Isabel Olmos Pares.

á modificación do precepto da normativa nacional involucrado, é o da sentenza *Rabal Cañas*, de 2015 (asunto C-392/13), a cal declarou que se opón á Directiva 98/59/CE [ao seu art. 1.1, parágrafo primeiro, letra a)] unha regulación nacional, como a do art. 51.1.a) do ET, que se limita a referir as extincións de contratos de traballo computables a efectos de determinar a existencia dun despedimento colectivo ás producidas na empresa. Semellante incompatibilidade non é xeral, senón que se produce en relación con aquelas situacións nas que, de ter en consideración o número de extincións producidas no centro de traballo, estaríase ante un suposto de despedimento colectivo sometido, como tal, á tramitación que corresponde a este¹⁴⁷. Así sucede, por exemplo, no caso dunha empresa de cento cincuenta traballadores que decide extinguir por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción os contratos de dez traballadores dun dos seus centros de traballo que ocupa a máis de vinte e menos de cen; tamén no dunha empresa de catrocentos traballadores que extinga por iguais causas os contratos dos vinte e cinco traballadores integrantes da totalidade do persoal dun dos seus centros de traballo. Tales extincións, constitutivas, polo seu número, dun despedimento colectivo segundo o art. 1.1.a.i) da Directiva¹⁴⁸, non o serían, en cambio, segundo o citado precepto do ET. A substitución da referencia ás extincións producidas no centro de traballo, tomada pola Directiva 98/59/CE, pola referencia ás

¹⁴⁷ En termos do fallo.1) da sentenza, "o artigo 1, apartado 1, parágrafo primeiro, letra a), da Directiva 98/59/CE (...) debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa nacional que introduce, como única unidade de referencia, a empresa e non o centro de traballo, cando a aplicación do devandito criterio implica obstaculizar o procedemento de información e consulta establecido nos artigos 2 a 4 desta Directiva, sendo así que, se se utilizase como unidade de referencia o centro de traballo, os despedimentos de que se trata deberían cualificarse de «despedimento colectivo» á luz da definición que figura" naquel primeiro artigo.

¹⁴⁸ Estaríase ante extincións "por un ou varios motivos non inherentes á persoa dos traballadores" cuxo número é "polo menos igual a 10 nos centros de traballo que empreguen habitualmente máis de 20 e menos de 100 traballadores".

extincións producidas na empresa, seguida polo ET, só é admisible, por resultar máis favorable para os traballadores¹⁴⁹, “se o citado elemento supón un engadido e non implica o abandono ou a redución da protección” destes nos casos “nos que, se se aplicase o concepto de centro de traballo, alcanzaríase o número de despedimentos” que require o art. 1.1.a).i) daquela para considerar que se está ante un despedimento colectivo (apartado 52). Ese “engadido”, que cabe apreciar no que dispoñen as letras b) e c) do art. 51.1 do ET, non sempre concorre, como revelan os exemplos postos, nas situacións comprendidas na letra a).

En espera dunha desexable reforma do art. 51.1 do ET que elimine o desaxuste resultante do observado polo Tribunal de Xustiza, os tribunais laborais vense obrigados a adoptar, cando a empresa dispoña de dous ou máis centros de traballo, a interpretación “conforme” do devandito precepto co dereito da Unión¹⁵⁰ e referir as extincións computables ás decididas no ámbito de cada centro, non de toda a empresa, se iso permite apreciar a concorrencia dun despedimento colectivo no sentido da Directiva 98/59/CE e, por tanto, aplicar as garantías e protección dispostas respecto diso. Dito doutra forma, han de considerar que figuran sometidas á tramitación propia do despedimento colectivo as extincións por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción e por outros motivos non inherentes á persoa do traballador que afecten polo menos a dez traballadores dun centro de traballo de máis de vinte traballadores e de menos de cen e que se produzan no período de referencia de noventa días. Descubre os elementos necesarios que autorizan a referida interpretación “conforme” o TS, en sentenzas posteriores a Rabal Cañas , a primeira delas do 17 de outubro de 2016,

¹⁴⁹ Véxase art. 5 da Directiva.

¹⁵⁰ Véxase art. 4 bis da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do Poder Xudicial, engadido pola Lei orgánica 7/2015, do 21 de xullo.

de Pleno e unificación de doutrina¹⁵¹, a cal conclúe, manifestando que ratifica e completa o criterio seguido pola do 18 de marzo de 2009¹⁵² (en rigor, rectifica de forma clara ese criterio), tamén de unificación de doutrina, que “deben cualificarse como despedimento colectivo e respectar por conseguinte o réxime legal aplicable nesta materia, tanto as situacións nas que as extincións de contratos computables superen os limiares do art. 51.1º ET tomando a totalidade da empresa como unidade de referencia, como aquelas outras nas que se excedan eses mesmos limiares afectando a un único centro de traballo que empregue habitualmente a máis de 20 traballadores”¹⁵³.

Tamén levan á realización dunha interpretación conforme por parte dos órganos xurisdiccionais nacionais, sen ánimo exhaustivo, os fallos das sentenzas *Nobel Plásticos*, de 2019 (asunto C-397/18), e *Ruiz Conejero*, de 2018 (asunto C-270/16). Esa interpretación conforme afecta, en ambas as sentenzas, aos arts. 52 e 53 do ET 2015 e tamén, na primeira delas, ao art. 25 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais (“protección de traballadores especialmente sensibles a determinados riscos”). Polo que respecta ao art. 52 do ET 2015, afecta as causas obxectivas de extinción do contrato de traballo que tipifica as súas letras c) (extinción por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción en número inferior ao establecido para o despedimento colectivo) e d) (extinción por absentismo do traballador). Polo que respecta

¹⁵¹ RJ 2016/4654. Desestima o TS o recurso interposto contra a STSX do País Vasco do 21 de maio de 2015 (AS 2015/1238) que cualificara de despedimento colectivo doce extincións de contratos de traballo por causas produtivas e organizativas producidas nun centro de traballo no que prestaban os seus servizos setenta e sete traballadores dos máis de tres mil con que contaba a empresa.

¹⁵² RJ 2009/4163.

¹⁵³ En igual sentido, tamén en unificación de doutrina, salvo a terceira, sentenzas do TS do 6 de abril, 13 de xuño e 14 de xullo de 2017 e 7 de febreiro de 2018 (RJ 2017/2275, RJ 2017/3009, RJ 2017/4155 e RJ 2017/1033, respectivamente).

ao art. 53, afecta o seu apartado 4; á declaración da nulidade da extinción que resulte discriminatoria.

De acordo coa segunda desas sentenzas, excluído que o disposto na letra d) do art. 52 do ET 2015 constituía unha discriminación directa por razón da discapacidade¹⁵⁴, para non dar lugar a súa aplicación a unha discriminación indirecta, oposta á Directiva 2000/78/CE¹⁵⁵, é preciso interpretar o precepto no sentido de que entre as inasistencias ao traballo computables a efectos da devandita extinción pódense incluír as debidas a enfermidades contraídas como consecuencia da discapacidade do traballador só cando se dean as condicións que a tales efectos identifica o inciso i) do art. 2.2.b) da citada Directiva; a saber:

1) Que a diferenza de trato entre traballadores con discapacidade e traballadores sen discapacidade que pode derivarse do art. 52.d) do ET 2015 atópese obxectivamente xustificada por unha finalidade lexítima, a cuxos efectos o Tribunal admite que é suficiente o obxectivo perseguido por tal precepto, de combater o absentismo laboral¹⁵⁶.

2) Que se comprobe, polo órgano xurisdiccional nacional, que os medios dispostos polo lexislador para a consecución da anterior finalidade lexítima sexan adecuados e non vaian máis aló do necesario para alcanzar a aludida finalidade¹⁵⁷. Polo que se refire á adecuación, haberá de determinarse reparando en "se os datos numéricos" fixados no citado art. 52.d) "concibíronse efectivamente para responder á

¹⁵⁴ Así, apartado 37 da sentenza: "o artigo 52, letra d), do Estatuto dos traballadores aplícase de maneira idéntica ás persoas con discapacidade e ás persoas sen discapacidade que faltasen ao traballo. Nestas circunstancias, non cabe considerar que esta disposición estableza unha diferenza de trato directa por motivos de discapacidade, no sentido do artigo 1 en relación co artigo 2, apartado 2, letra a), da Directiva 2000/78, dado que se basea nun criterio que non está indisolublemente ligado á discapacidade".

¹⁵⁵ Do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación.

¹⁵⁶ Apartado 44 e fallo.

¹⁵⁷ Así, apartados 40 e 45 e fallo.

finalidade de combater o absentismo laboral, sen incluír ausencias meramente puntuais e esporádicas"¹⁵⁸, en "os custos directos e indirectos que han de soportar as empresas como consecuencia do absentismo laboral"¹⁵⁹ e, por último, en se o despedimento por faltas de asistencia intermitentes por causa de enfermidade durante un determinado número de días, ten, respecto aos empresarios, o efecto dun incentivo para a contratación e o mantemento no posto de traballo"¹⁶⁰. Polo que respecta á segunda esixencia, relativa a que os medios previstos polo art. 52.d) do ET 2015 (o despedimento do traballador) non vaian máis aló do necesario para alcanzar a finalidade lexítima do precepto, procede situar este "no contexto en que se inscribe e tomar en consideración o prexuízo que pode ocasionar ás persoas a que se refire"¹⁶¹. A tales efectos, o órgano xurisdiccional nacional deberá examinar: a) "se o lexislador español non tivo en conta datos relevantes que se refiren, en particular, aos traballadores con discapacidade"¹⁶²; b) se as disposicións normativas nacionais destinadas á protección específica destes inclúen medidas adecuadas para previr ou compensar as desvantaxes ocasionadas pola discapacidade dende a perspectiva da igualdade no traballo¹⁶³; e c) "o risco que corren as persoas afectadas por unha discapacidade", as cales, "en xeral atopan máis dificultades que os traballadores sen discapacidade para reincorporarse ao mercado de traballo e teñen necesidades específicas ligadas á protección que require o seu estado"¹⁶⁴.

En ausencia das condicións expostas, a interpretación conforme dos arts. 52.d) e 53.4 do ET 2015 obriga ao órgano xurisdiccional a non computar, a efectos da extinción

¹⁵⁸ Apartado 46.

¹⁵⁹ Apartado 47.

¹⁶⁰ Apartado 48.

¹⁶¹ Apartado 49.

¹⁶² Apartado 50.

¹⁶³ Apartado 55 en relación co 49. Entre as medidas para valorar polo xulgador figuran as do art. 40 da LGDPD.

¹⁶⁴ Apartado 51.

do contrato por absentismo do traballador, as inasistencias ao traballo debidas a enfermidades contraídas como consecuencia da discapacidade e, de non chegar as inasistencias computables ás porcentaxes que establece o precepto, a declarar nula a extinción do contrato, por móbil discriminatorio.

En canto á interpretación conforme do art. 52.c) e, de novo, do art. 53.4 do ET 2015, a doutrina da sentenza *Nobel Plastiques* obriga ao xulgador a non cualificar a extinción, cando afecte a traballadores con discapacidade, sen comprobar que os criterios tomados pola empresa para a súa selección non son constitutivos, a pesar do seu carácter aparentemente neutro (aplicación de iguais criterios aos traballadores sen discapacidade), dunha discriminación indirecta por motivos de discapacidade, por desfavorecer a tales traballadores fronte aos non discapacitados e non probar a empresa a adopción de medidas adecuadas, no sentido do art. 5 da Directiva 2000/78/CE (e do art. 35.4 da LXDPD), coa fin de eliminar as desvantaxes que supón para aqueles a aplicación dos aludidos criterios. En virtude do exposto, a menos que figure acreditada a adopción dos axustes razoables que implican aquelas medidas, do que son exemplos as descritas nos considerandos 20 e 21 da Directiva¹⁶⁵, o xulgador debe declarar nula, por discriminatoria, a extinción do contrato de traballo do traballador discapacitado por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción cando os criterios de selección aplicados pola empresa sexan do tipo dos utilizados por esta no asunto obxecto do litixio principal; a

¹⁶⁵ Isto é, “medidas eficaces e prácticas para acondicionar o lugar de traballo en función da discapacidade, por exemplo adaptando as instalacións, equipamentos, pautas de traballo, asignación de funcións ou provisión de medios de formación ou encadre” (considerando 20); tales medidas non deben representar unha carga desproporcionada para as empresas, a determinar, de forma particular, en función de “os custos financeiros e doutro tipo que (...) impliquen, o tamaño, os recursos financeiros e o volume de negocios total da organización ou empresa e a dispoñibilidade de fondos públicos ou doutro tipo de axuda” para a súa adopción (considerando 21).

saber: a) o nivel de produtividade, b) o índice de absentismo e c) o grao de polivalencia para os diferentes postos de traballo¹⁶⁶. En suma, a extinción só se poderá cualificar de procedente cando o xulgador chegue ao convencemento de que a empresa adoptou previamente adaptacións constitutivas dos referidos axustes razoables.

¹⁶⁶ Polo que concierne aos mencionados criterios de selección, advirte a sentenza que, “en principio, un traballador con discapacidade está máis exposto ao risco de ter un elevado índice de absentismo que un traballador sen discapacidade, dado que incorre no risco adicional de estar de baixa por unha enfermidade relacionada coa súa discapacidade” (apartado 59) e, así mesmo, tamén ten, “en principio, como consecuencia da limitación da súa capacidade, menos posibilidades de obter bos resultados” a efectos dos criterios relativos á produtividade inferior a un determinado nivel e a unha menor polivalencia nos postos de traballo da empresa (apartado 60).