

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA LABORAL Y SOCIAL: DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR AL EJERCICIO DE DERECHOS DE ACCIÓN COLECTIVA¹

THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION CASE LAW IN LABOUR AND SOCIAL AFFAIRS. FROM CONCEPT OF WORKER TO EXERCISE OF COLLECTIVE ACTION RIGHTS

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Universidad Complutense de Madrid

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES
Universidad de Oviedo

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ
Universidad de Almería

MÓNICA LLANO SÁNCHEZ
Universidad Complutense de Madrid

NURIA DE NIEVES NIETO
Universidad Complutense de Madrid

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO
Universidad de Oviedo

RESUMEN: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral y social, muy abundante tras casi medio siglo de rodaje, ha tenido gran influencia en la conformación de los sistemas de relaciones de trabajo en el espacio europeo. Sus primeros pasos se dedicaron a la libre circulación de trabajadores y al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, pero con el transcurso de los años ha llegado a ocuparse de otras muchas dimensiones del empleo y del mercado de trabajo, desde la transmisión de empresa hasta las más recientes líneas de frontera de la no discriminación (edad, discapacidad, ideas o convicciones personales), pasando por la ordenación del tiempo de trabajo, las vacaciones anuales, la contratación temporal, los contratos a tiempo parcial, la conciliación de la vida laboral y familiar, el despido colectivo, la participación de los trabajadores en la empresa, el papel de los convenios colectivos en un contexto de libertades económicas o el ejercicio de acciones de huelga o conflicto colectivo. El concepto de trabajador, por otra parte, ha estado muy presente en toda la labor jurisdiccional e interpretativa de dicho Tribunal, que ha tratado siempre de combinar la competencia que aún mantienen los Estados miembros para identificar el ámbito subjetivo del ordenamiento laboral con la

¹ Estudio realizado en el marco del Proyecto de investigación DER2013-45781-P, sufragado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España. Los profesores García Murcia, Llano Sánchez y de Nieves Nieto pertenecen a la Universidad Complutense de Madrid; los profesores Castro Argüelles y Rodríguez Cardo, a la Universidad de Oviedo, y el profesor Escribano Gutiérrez, a la Universidad de Almería.

búsqueda de criterios comunes que contribuyan a la armonización de los sistemas nacionales y a la efectividad de las normas comunitarias.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; concepto de trabajador; protección de las mujeres trabajadoras; principio de equidad y no discriminación.

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union case law in labour and social affairs, very abundant after almost half a century, has had a great impact in the formation of the systems of labour relations in Europe. Its first steps were focused on the free movement of workers and the principle of equality and non-discrimination on grounds of sex, but over the years it has dealt with many other dimensions of employment and the labour market. The CJEU has decided on issues such as the transfer of undertakings and the most recent grounds of discrimination (age, disability, ideas or personal convictions). Its doctrine is also very relevant in relation to many other aspects of the employment relationship: working time, annual leave, temporary employment, part-time contracts, reconciliation of work and family life, collective dismissal, workers participation, the role of collective agreements in a context of economic freedoms or trade union action, including the right to strike. On the other hand, the concept of worker has been very present in all this case law. The Court has always sought to combine the powers of the Member States in order to identify the personal scope of Labour law with the search for common criteria contributing to the harmonization of national systems and the effectiveness of EU Law.

KEY-WORDS: Court of Justice of the European Union case law; concept of worker; protection of working women; principle of equality and non-discrimination.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) tiene como misión esencial garantizar la efectividad del denominado Derecho “comunitario”, esto es, del Derecho propio de esa comunidad de Estados. Dentro de ese sistema jurídico europeo suele distinguirse entre las normas que han servido para la construcción y el funcionamiento de la que inicialmente fue conocida como Comunidad Económica Europea (las que conforman el Derecho “fundacional” u “originario”), y las normas que han producido las instituciones comunitarias desde la puesta en marcha de esa organización supranacional (agrupadas bajo la calificación convencional de Derecho “derivado”). Hoy en día el Derecho originario se condensa básicamente en el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a los que habría que agregar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en tanto que goza del mismo valor jurídico que esos otros textos básicos. Por su parte, dentro del Derecho derivado sigue distinguiéndose entre las directivas (que son directrices a los Estados miembros para que adapten su ordenamiento nacional), los reglamentos (que son normas de aplicación directa en el ámbito de las correspondientes relaciones sociales) y las decisiones (que están dotadas asimismo de efecto directo y que vienen a cumplir funciones diversas, a veces como complemento aplicativo de los reglamentos). Por lo demás, los instrumentos normativos propiamente dichos suelen estar acompañados de otros productos jurídicos o institucionales de eficacia más mediata o indirecta, próximos a veces a lo que se conoce como *soft law*. Es lo que ocurre, sobre todo, con las recomendaciones y orientaciones, muy típicas, por cierto, en el ámbito de la política de empleo o en el terreno de la protección social.

La intervención del TJUE, como suele suceder en los órganos de naturaleza jurisdiccional, es siempre rogada. Pero los procedimientos aptos para su puesta en marcha son variados. El modo más común de instar la intervención de dicho Tribunal es la denominada “cuestión prejudicial”, que puede (o debe, según los casos) ser elevada ante el TJUE por un órgano jurisdiccional nacional, y que busca a fin de cuentas una

respuesta autorizada por parte del Tribunal de Justicia acerca de la interpretación o aplicación de una norma comunitaria, con la posibilidad añadida de que, a partir de ese juicio, se declare la conformidad, o en su caso la oposición, de una norma nacional (la implicada en el asunto) con el correspondiente vector del Derecho comunitario. Otro procedimiento apto para que se pronuncie el TJUE, también relativamente frecuente, es el que pueden poner en marcha las instituciones comunitarias para combatir eventuales incumplimientos por parte de los Estados miembros de sus obligaciones comunitarias (básicamente, de sus obligaciones de trasposición de normas comunitarias o de sus obligaciones de observancia de las reglas de juego comunitarias). Otros procedimientos posibles, de bastante menor uso (y, desde luego, mucho menos conocidos y practicados en el ámbito laboral o social), son los de nulidad, exigencia de responsabilidad o control previo de acuerdos internacionales en los que sea parte la propia Unión Europea.

Como era de esperar, la doctrina elaborada por el TJUE a partir de esos procedimientos cumple las dos funciones clásicas de toda jurisprudencia. Por un lado, la función complementaria, que resulta de la labor de interpretación y aplicación de las normas en cuestión, para completar el dictado de las mismas y, de ese modo, “complementar” el ordenamiento jurídico de referencia. Por otro lado, la función depuradora, que tiene un objeto más específico, cual es la eliminación o el desplazamiento de textos normativos contrarios al correspondiente orden de jerarquía o contraproducentes con la elemental convivencia normativa. Ciertamente, la función más habitual y más perceptible del TJUE es la complementaria, pero no debe olvidarse que con bastante frecuencia los asuntos que llegan a esa jurisdicción especializada tienen en su base algún tipo de divergencia o desajuste entre la norma comunitaria y la norma nacional, por lo que suele ser bastante alta la probabilidad de que el TJUE emita un juicio sobre el grado de conformidad u oposición de la norma nacional respecto de la norma comunitaria. Eso quiere decir, si bien se mira, que muchas veces el TJUE tendrá la oportunidad de “depurar” el sistema y, más concretamente, de revisar la operatividad o grado de aplicabilidad de las normas nacionales contrarias a Derecho comunitario. En todo caso, y a diferencia de los tribunales nacionales, esta particular función depuradora no permite al Tribunal de Justicia declarar la “ilegalidad” o “inconstitucionalidad” de una norma nacional, sino simplemente su “no conformidad” u oposición con las normas comunitarias de referencia, a la vista del sentido que el propio Tribunal les otorgue. Como puede verse, la declaración de no conformidad no significa exactamente que la norma nacional afectada pierda sus constantes vitales, sino más bien que el Estado implicado habrá de proceder a la revisión de su sistema y a la adaptación normativa pertinente.

El planteamiento de cuestiones prejudiciales ha sido, en verdad, el principal detonante del inmenso caudal de jurisprudencia comunitaria que nos acompaña en la actualidad en asuntos de carácter laboral o social. Como es fácil de entender, la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia a raíz de estos procesos se dirige antes que nada a facilitar la labor jurisdiccional de los órganos judiciales nacionales, proporcionándoles pautas autorizadas acerca de la interpretación de la norma europea implicada en el caso de referencia. Pero la jurisprudencia elaborada por el TJUE va mucho más allá del caso concreto. Examinada con perspectiva global, podría decirse que constituye verdaderamente un complemento excepcional de la norma comunitaria. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es útil por supuesto para aclarar el sentido de la norma y para perfilar su alcance y contenido, pero también ha servido para tomar conciencia de la verdadera dimensión del Derecho comunitario. Sería muy difícil, por ejemplo, alcanzar a ver el ámbito de aplicación del Derecho comunitario sin la

intervención del Tribunal de Justicia. Tampoco sería fácil vislumbrar los objetivos y fines de la norma comunitaria sin la esclarecedora doctrina que de forma paulatina pero constante ha ido elaborando dicho Tribunal. En definitiva, la labor del Tribunal de Justicia, además de contribuir a la resolución de casos concretos, ha tenido un impacto indudable en la labor del legislador (del legislador comunitario y del legislador nacional), y, vista desde una perspectiva más general, ha influido de manera muy apreciable en la conformación del Derecho de la Unión Europea. Muchas veces el Tribunal de Justicia ha completado con sus interpretaciones la labor normativa ya realizada, y en otras muchas ocasiones ha servido de guía para las operaciones de innovación, reforma o actualización de ese acervo comunitario.

Como dijimos al principio, son muchas las materias de orden laboral o social que cuentan con jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Entre las de mayor tradición y protagonismo se encuentra la libre circulación de trabajadores, que poco a poco ha ido transformándose en libre circulación de personas y que tiene mucho que ver con el propósito más general de la Unión Europea de creación de la denominada “ciudadanía” europea, algo que por supuesto ha servido para reforzar los originales derechos de movilidad o desplazamiento por el espacio europeo pero que también ha suscitado, sobre todo en periodos de crisis económica, dudas y cuestiones relevantes en el terreno del acceso a prestaciones y otros beneficios sociales. Muy cerca de la libre circulación, aunque con una problemática que ha aflorado en tiempos más recientes, se ubica el desplazamiento temporal de trabajadores de un país a otro dentro de la Unión Europea, motivado por compromisos de actividad asumidos por las empresas a lo largo y ancho del espacio comunitario al amparo de las libertades de establecimiento y prestación de servicios. Bastante proximidad con las libertades de movimientos y circulación, más probablemente de lo que en un primer momento cabría imaginar, mostraron asimismo los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las retribuciones, muy presentes desde el principio en la jurisprudencia comunitaria. En cualquier caso, desde esas matrices originarias de la libre circulación de trabajadores el ámbito de conocimiento y toma de decisiones por parte del TJUE en el terreno laboral y social se ha ido ampliando de forma exponencial con el paso del tiempo, hasta abarcar, como ocurre hoy en día, prácticamente todos los aspectos importantes del empleo y la protección social.

Ciertamente, la intervención jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha de constreñirse, como no puede ser de otro modo, a los contornos funcionales del Derecho comunitario, que en buena medida sigue siendo un Derecho fragmentario o incompleto, al menos si lo comparamos con la estructura y el ámbito material que normalmente ofrece el Derecho del Trabajo a escala nacional. No estamos, por decirlo de otro modo, ante un Derecho que aborde de manera sistemática la regulación del contrato de trabajo y las condiciones de empleo, sino más bien de un sistema de normas que se ha ido fraguando poco a poco para dar respuesta a problemas concretos del mercado de trabajo o del sistema productivo en esa dimensión europea, sin perjuicio de que en muchas ocasiones haya sido el resultado de una cierta programación, o de que desde hace algún tiempo goce de una mayor acotación y sistematización dentro del orden de competencias normativas de la Unión Europea. En todo caso, el espectro de materias a las que llega el Derecho comunitario de contenido laboral y social es ya sumamente amplio, y lo mismo cabe decir de la producción jurisdiccional del TJUE en este terreno. Junto a los temas más clásicos de libre circulación e igualdad por razón de sexo en materia salarial, la jurisprudencia del TJUE se ha ido ocupando de los efectos laborales de la transmisión o sucesión de empresas, de

la problemática especial que presentan ciertas modalidades de contratación laboral (como los contratos temporales y los contratos a tiempo parcial), de la protección de la mujer trabajadora con ocasión del embarazo y la maternidad (en sus distintas facetas, laboral y de seguridad social), de la conciliación de la vida laboral y familiar a través de los llamados permisos parentales, de la garantía del crédito salarial en caso de insolvencia del empresario, del despido colectivo o de las aplicaciones más contemporáneas del principio de igualdad y no discriminación (edad, discapacidad, religión o convicciones personales)

Todas esas materias han ido protagonizando desde hace tiempo decisiones importantes del Tribunal de Justicia, con un ritmo creciente de extensión e intensidad en muchas de ellas. La jurisprudencia comunitaria también ha llegado a tomar algún contacto con la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo, parcelas en las que el Derecho comunitario mantiene aún un mayor grado de discreción, o incluso de reserva, y en las que no parecía quedar mucho espacio para la intervención jurisdiccional a escala comunitaria. Pero lo cierto es que desde hace algún tiempo el TJUE ha venido abordando, preferentemente desde el prisma de las libertades económicas y empresariales, problemas relativos a la negociación colectiva y al papel del convenio colectivo, a la huelga y el conflicto colectivo, y a la participación de los trabajadores en la empresa. También el concepto de trabajador, como presupuesto de base para la aplicación del acervo comunitario de normas laborales, ha ido cobrando presencia en toda esta labor jurisdiccional, a veces de forma explícita (cuando ha sido necesario aclarar el alcance de alguna regla comunitaria o precisar su radio de acción), y otras veces de manera implícita o soterrada (como ha sucedido en todas aquellas ocasiones en las que el TJUE ha entrado en análisis de fondo sin cuestionarse la aplicabilidad o no de las normas en cuestión en razón del tipo de trabajo).

Tal vez valga la pena decir, para poner término a esta breve presentación del TJUE y de su jurisprudencia, que no estamos ante un tribunal de derechos fundamentales (o de “derechos humanos”), a diferencia de lo que ocurre con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que juzga sobre el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, o, en el ámbito americano, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hace lo propio respecto de la correspondiente Convención. Por ésa y por otras muchas razones, tampoco es equiparable el Tribunal de Justicia a las cortes constitucionales, una de cuyas principales funciones es, como se sabe, la garantía de esa clase de derechos. Pero no puede decirse que el TJUE sea totalmente ajeno a esta problemática, ni que sus aportaciones en este sentido carezcan de interés. Desde hace mucho tiempo el TJUE fue consciente de que, pese a la ausencia de reglas explícitas en el acervo comunitario, los derechos fundamentales, entendidos según la tradición o los textos de los países miembros, debían ser objeto de observancia y garantía en el espacio y en el contexto de la Comunidad Europea. Como era de esperar, esa actitud temprana de cuidado y sensibilidad hacia los derechos de la persona empezó a ganar enteros tras la aprobación, con la entrada del siglo XXI, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados básicos (el “Derecho originario”) y que puede ser invocada, en consecuencia, en los pleitos que llegan ante esa instancia jurisdiccional. Todo ello ha hecho que progresivamente el TJUE vaya apareciendo también como juez de derechos fundamentales, aunque su labor haya de ceñirse, en todo caso, al ámbito material y funcional marcado por las normas comunitarias. El derecho a la igualdad y no discriminación (por razón de sexo o por aquellos otros motivos que ya tuvimos ocasión de señalar) sigue siendo desde luego el

protagonista en este sentido, pero ya va siendo usual que también se invoquen ante el TJUE, para apoyar las demandas correspondientes, otros derechos fundamentales reconocidos asimismo en el acervo comunitario (como el de participación de los trabajadores en la empresa o el de negociación y acción colectiva).

2. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR EN EL CONTEXTO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Ya se ha dicho que uno de los temas de mayor presencia en la jurisprudencia del TJUE es el de la libre circulación de trabajadores. En realidad, la libertad de circulación de quienes buscan o viven de su trabajo es uno de los puntos cardinales en la construcción de un espacio supranacional que en su origen aspiraba a ser un “mercado común” para todos los factores de producción. Ya apuntamos también que con el paso del tiempo esa libertad de circulación reconocida al “factor trabajo” trataría de convertirse en libre circulación de personas, con el fin de hacer realidad la “ciudadanía europea”. Así puede apreciarse hoy en día tanto en los Tratados de la Unión como en la ya mencionada Carta de Derechos Fundamentales, textos en los que se consagra la libertad de circulación de trabajadores (dentro del capítulo de “libertades”) y la libertad de circulación de los nacionales de los Estados miembros (dentro del capítulo de “ciudadanía”). Pero mientras tanto, la libre circulación de trabajadores entrañaba un elemento de distinción entre quienes circulaban o pretendían circular por el espacio europeo con fines laborales o profesionales y quienes pretendieran hacerlo como parte de una estrategia puramente personal o vital; aún hoy, pese a ese proceso de extensión subjetiva, cabe encontrar algunas diferencias de relieve entre la libre circulación reconocida a quienes trabajan o viven de su trabajo (o han vivido de su trabajo), y la libre circulación ejercitada en otras condiciones. De ahí que el concepto de “trabajador” se convirtiera en un ingrediente de inexcusable protagonismo a la hora de interpretar y aplicar las normas comunitarias sobre libre circulación, con la particularidad de que dichas normas no proporcionaban una definición propiamente dicha de sus usuarios o últimos destinatarios.

En consecuencia, quedaba en manos del TJUE, como supremo intérprete de la normativa comunitaria, la trascendental tarea de acotar o precisar ese concepto, bajo el presupuesto de que sólo quien reuniera esa condición podría hacer uso de la libertad de movimientos reconocida específicamente a los trabajadores. Téngase en cuenta que esa libertad de circulación no sólo supone que todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea tiene derecho a trasladarse por el espacio europeo para trabajar u optar por un empleo en igualdad de condiciones que el nacional del Estado de referencia, sino también el derecho a permanecer y vivir en ese Estado y a disfrutar de las ventajas y beneficios (también en materia de educación, vivienda, impuestos, etc.) de los que pueden gozar los nacionales de dicho país, incluso una vez acabada la vida laboral. La libertad de circulación de los trabajadores conlleva además la aplicación de otros muchos instrumentos institucionales y jurídicos que facilitan tanto los desplazamientos como las condiciones de vida. Entre ellos, y en un lugar muy destacado, se encuentra la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social, que permite acceder a la protección de las contingencias y situaciones de necesidad en el país de residencia y, en su momento, acumular las cotizaciones efectuadas en cada país para devengar derechos de pensión.

Es fácil de entender que en ese contexto resultaba determinante acreditar la condición de trabajador, esto es, la condición de titular del derecho a la libre circulación, con todos sus ingredientes y beneficios. Ante la ausencia de precisiones normativas sobre ese concepto, el Tribunal de Justicia pronto puso manos a la obra, prácticamente desde sus primeros pronunciamientos de los años sesenta del siglo pasado. Desde ese mismo momento, el Tribunal dejó sentadas dos afirmaciones básicas: por un lado, que el término “trabajador” debía tener un significado propio en el Derecho de la Comunidad Europea, a resguardo de la definición de los ordenamientos nacionales; por otro, que ese concepto no podía ser objeto de interpretación restrictiva, para no menoscabar el alcance y la virtualidad de la libertad de circulación reconocida por las normas comunitarias a quienes trabajan o viven de su trabajo, es decir, para no privar de ese derecho a sus potenciales beneficiarios. Con estos presupuestos, el TJUE ha venido entendiendo que el término trabajador utilizado por las normas comunitarias sobre libre circulación incluye a “cualquier persona que realice un trabajo real y efectivo, bajo la dirección de otra persona, y por la que se le paga”, con independencia de la naturaleza jurídica o la calificación jurídica que esa relación tenga en cada derecho nacional. Debe existir trabajo, debe existir contraprestación del trabajo (aunque la remuneración sea escasa o limitada, en dinero o en especie), y debe existir una relación de subordinación entre aquel para el que se trabaja (empresario) y la persona que trabaja, como elemento distintivo respecto del trabajador autónomo (que goza, por su parte, de los derechos de libre establecimiento y prestación de servicios). El criterio decisivo parece residir en la naturaleza del trabajo, en el sentido de que es trabajador aquel que realiza una actividad con valor económico que sea real y efectiva, en el bien entendido de que tal clase de actividad puede formalizarse con fórmulas distintas (trabajo a tiempo parcial, trabajo en prácticas o formación, trabajo temporal o de breve duración).

Dentro de este concepto de trabajador “migrante” (esto es, el trabajador que ejerce el derecho a desplazarse o “migrar” por el espacio europeo por razones de empleo) caben desde luego situaciones o condiciones muy diversas. Una de ellas, particularmente curiosa, es la que en el argot comunitario se conoce como trabajador “transfronterizo”, aplicada a quienes residen en un Estado miembro y circulan diaria o periódicamente para trabajar en otro Estado miembro. Son trabajadores que pueden ejercer su derecho a la libre circulación en relación con ambos Estados, pues si trabajan en el territorio de uno de ellos, y en ese ámbito pueden reclamar las ventajas unidas al trabajo, no es menos cierto que mantienen su residencia en el país de origen, y que ello también produce sus consecuencias jurídicas. En realidad, los ciudadanos comunitarios pueden hacer valer su derecho a la libre circulación no sólo frente al Estado elegido o designado para el desplazamiento, sino también frente a su propio Estado de origen, por ejemplo con vistas al regreso, entre otras razones porque de lo contrario habría mayores obstáculos para que los ciudadanos europeos se decidieran a ejercer su derecho a la libre circulación. Como es de suponer, la libertad de circulación de trabajadores también cuenta con algunas limitaciones de relieve, que en todo caso deben interpretarse, según dice el Tribunal de Justicia, de modo restrictivo. Estos límites están referidos, en esencia, a dos tipos de razones: a razones de orden público (seguridad pública y salud pública), y a razones de “soberanía” (esto es, a empleos públicos que presupongan la salvaguarda de intereses generales del Estado en cuestión).

En términos generales, la intervención del Tribunal de Justicia en relación con la libre circulación de trabajadores ha representado un gran avance para este derecho. Puede decirse sin ambages que el Tribunal ha sido en este terreno sumamente garantista

y “progresista”, en el sentido de que se ha volcado en la tutela de quienes ejercían ese derecho y de que lo ha ido nutriendo de un contenido cada vez más rico y consistente. Por ejemplo, ha insistido mucho en que las normas comunitarias conceden a los trabajadores el derecho a desplazarse libremente en el territorio de los Estados miembros con el fin de responder a “ofertas efectivas de empleo”, lo cual le ha dado a entender que la libre circulación de trabajadores no tendría efectividad real si solo se aplicara a quienes hubieran obtenido previamente una oferta de empleo. Por lo tanto, el derecho a desplazarse por el espacio europeo debe aplicarse no sólo a los ciudadanos que tengan ya empleo (los “activos”) sino también a quienes, sin tenerlo (“inactivos”), buscan trabajo, siempre que acrediten esa búsqueda y que tengan oportunidades reales de ser contratados. Esta manera de entender las normas comunitarias de libre circulación, que es completamente lógica en un contexto de “mercado común de trabajo”, ha generado no obstante algunos problemas en los últimos años, probablemente por su entrecruzamiento con la libertad de circulación que la Unión Europea ha querido reconocer a todas las personas, como un derecho de “ciudadanía” y no sólo como un derecho profesional. En principio, la circulación de personas en el espacio europeo con meros fines de residencia o de asentamiento en otro país no tiene por qué ofrecer problemas. Pero los problemas pueden plantearse si las personas que circulan no lo hacen por motivos de trabajo y tampoco disponen de medios propios de vida. En tal caso, es muy probable que esas personas que se desplazan a otro país al amparo de la libre circulación pidan algún tipo de asistencia al Estado de acogida invocando la igualdad de derechos con los nacionales de ese territorio.

De acuerdo con la Directiva 2004/38 (“Directiva de Ciudadanía”), todo ciudadano europeo, durante los tres primeros meses, tiene derecho a residir en el territorio de otro país de la UE con la única condición de ser titular de un documento de identidad o un pasaporte válido. Transcurridos estos tres primeros meses, el derecho de residencia de los ciudadanos europeos se condiciona a su solvencia económica, que queda acreditada si son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado de acogida, o si en todo caso disponen para sí y los miembros de su familia de “recursos suficientes” para no convertirse en una “carga excesiva” para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Después de cinco años, los ciudadanos de la UE y los miembros de su familia obtienen el derecho de residencia permanente. En definitiva, la norma europea establece un sistema de reconocimiento gradual del derecho de residencia, y, como se verá, es en el primer tramo temporal cuando se plantean los principales problemas y obstáculos para la libre circulación, precisamente por razones ligadas a necesidades de protección social. A diferencia de quienes son trabajadores (“activos”, podría decirse), quienes circulan de un país a otro pero no tienen trabajo, aunque no puedan ser expulsados mientras mantengan una actitud proactiva de búsqueda de empleo, pueden quedar excluidos de las prestaciones de asistencia social siempre que así lo decida la legislación nacional del Estado de acogida. No es un problema nuevo, pero ha reaparecido con fuerza como consecuencia de dos fenómenos, a saber: la adhesión a la Unión Europea de diez nuevos Estados, y la grave crisis económica de los últimos años, lo que ha provocado un incremento muy significativo del número de ciudadanos de la Unión dispuestos a ejercer la libre circulación para buscar oportunidades laborales y mayor protección social.

Inicialmente el Tribunal de Justicia defendió la igualdad de trato y el reconocimiento del acceso a prestaciones sociales para los ciudadanos europeos inactivos económicamente en el Estado de acogida, bajo el presupuesto de que la ciudadanía europea debía considerarse como un estatuto fundamental de los nacionales

de los países miembros, y de que las normas sobre libre circulación reclamaban ciertas dosis de solidaridad por parte de los Estados de acogida. La denegación de prestaciones se sometía, por lo tanto, a un escrutinio muy riguroso, tratando de salvaguardar siempre la libertad de circulación y residencia. Sin embargo, en los últimos años el Tribunal de Justicia se ha separado de esa línea jurisprudencial y ha sostenido que los Estados miembros pueden condicionar la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos inactivos a que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida. Como señala el Tribunal, admitir que personas que no tienen recursos suficientes, y que por tanto no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38, puedan reclamar el derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que los nacionales iría en contra de la propia finalidad de la directiva, consistente, precisamente, en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida. Esta nueva interpretación podría conducir a la idea de que la ciudadanía europea no garantiza un título pleno de circulación y residencia, al quedar estas facetas condicionadas a la sostenibilidad económica de los ciudadanos. Es, visto desde otra perspectiva, un rechazo al denominado “turismo social”, esto es, a que los ciudadanos económicamente inactivos de la Unión utilicen el sistema asistencial de los Estados miembros para financiar su medio de vida.

Aunque la libre circulación haya sido su principal caldo de cultivo, lo cierto es que durante los últimos lustros el concepto de trabajador ha empezado a protagonizar la jurisprudencia del TJUE también desde otras perspectivas, a propósito de la aplicación de otras muchas normas sobre condiciones de empleo y de trabajo. Tres líneas interpretativas pueden apreciarse en este sentido dentro de dicha jurisprudencia. La primera de ellas ha puesto de relieve que la aplicación de las normas de la Unión Europea sobre el trabajo no requiere siempre la existencia de un contrato de trabajo, sino más bien de una prestación de servicios a cambio de una contraprestación económica, lo que ha permitido extender en algunos casos la protección o el ámbito de aplicación de las normas laborales a supuestos de hecho que desde la perspectiva del Derecho nacional suelen quedar excluidos (como la actividad propia de los miembros de un consejo de administración o la actividad realizada con fines de práctica o formación). La segunda línea interpretativa ha conducido a la aplicación de buen número de reglas y normas de la Unión Europea a relaciones de trabajo que no en todos los países se sujetan al derecho del Trabajo, como es el caso de los que en algunos países europeos (como España) conocemos como funcionarios públicos o contratados en régimen de Derecho administrativo. La tercera línea interpretativa ha dado lugar a la consideración como trabajador en sentido pleno, con el fin de otorgarle la protección propia de las normas laborales, a quien realiza actividad de carácter asalariado pero en situación de irregularidad, esto es, sin la autorización que en el seno de la Unión Europea se exige a quienes no son nacionales de alguno de sus Estados miembros.

3. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

La igualdad y la no discriminación están reconocidas como derecho en multitud de instrumentos y declaraciones internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y los Pactos de las Naciones

Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son signatarios todos los Estados miembros de la Unión Europea. De ahí que no precise mucha explicación que la igualdad entendida como “ausencia de toda discriminación directa e indirecta” sea también un principio fundamental en la Unión Europea y un derecho proclamado y garantizado tanto por sus normas básicas como por buen número de normas comunitarias de derecho derivado, como la Directiva 2006/54 sobre igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo y condiciones de trabajo (procedente de otras muchas directivas de larga tradición en el ámbito europeo), o las Directivas 2000/43 y 2000/78, sobre igualdad por edad, discapacidad, convicciones personales, orientación sexual u origen étnico o racial. En cualquier caso, en la definición y aplicación de este derecho ha jugado un papel muy importante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha reforzado su alcance y ha expandido progresivamente sus contornos.

Por lo pronto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha contribuido a la aclaración del significado y alcance de algunos de los conceptos que introduce la normativa comunitaria sobre igualdad y no discriminación, especialmente en lo que atañe a los supuestos que pueden considerarse “discriminación indirecta”, en los términos en que ha sido definida por las directivas comunitarias (“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”). Así ha sido a propósito de diferencias retributivas entre hombres y mujeres que resultan de criterios utilizados en la clasificación profesional, o de la utilización de complementos retributivos como la antigüedad, la formación profesional o la mayor flexibilidad del trabajador, que pueden favorecer al hombre respecto del trabajo de la mujer.

En todos estos asuntos el Tribunal de Justicia parte de una regla general en materia de igualdad salarial según la cual un mismo trabajo, o un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, debe estar retribuido de la misma forma, ya esté realizado por un hombre o por una mujer. El problema se plantea a la hora de determinar cuándo dos trabajos se han de entender como trabajos de igual valor, lo cual ha sido abordado por el TJUE en diversas ocasiones. En concreto, en la STJCE de 26 de junio de 2001, la duda era si pertenecer a una misma categoría profesional era argumento suficiente para concluir que los trabajos son de igual valor. Según esta sentencia, los trabajos son de igual valor cuando habida cuenta de la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, los trabajadores están en una situación comparable. Estar clasificados en la misma categoría no basta. Por ello, la diferencia retributiva no puede suscitar automáticamente una sospecha de discriminación que determine la inversión de la carga de la prueba, sino que será necesario que la trabajadora haya demostrado, con respecto de un número significativo de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de la trabajadoras es inferior a la retribución de los trabajadores. Sólo en ese caso la empresa deberá probar que su política salarial no es discriminatoria.

Sobre el carácter sospechoso (de discriminatorio) que pueda tener el recurso al mayor esfuerzo físico y a la mayor penosidad del trabajo en la definición de las categorías profesionales, por cuanto pueden favorecer el acceso a las mismas de los varones en comparación con las mujeres, la STJCE de 1 de julio de 1986, mantuvo que

el principio de igualdad de retribución exige, esencialmente, la toma en consideración objetiva de la naturaleza del trabajo a realizar, de manera que si las tareas requieren, por su naturaleza, un esfuerzo físico especial, o cuando son físicamente penosas, estas circunstancias se pueden tener en cuenta para definir las tareas y, en su caso, diferenciar niveles retributivos. Pero es necesario que el esfuerzo o la penosidad se evalúen objetivamente, sin tener en cuenta si el trabajo va a ser realizado por una mujer o por un hombre. Para el Tribunal de Justicia no es necesariamente discriminatorio que se atienda a la fuerza física o a la resistencia muscular, por más que pueda favorecer al hombre, pero no debe ser ése el único criterio sino que ha de combinarse con otros más neutros en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos, de modo que para que se considere discriminatorio ha de ponerse en relación con el resto de criterios.

Por su parte, la STJCE de 27 de octubre de 1993 admitió que hay una apariencia de discriminación en los trabajos cuando resultan estar feminizados y masculinizados a partir de datos estadísticos que, en todo caso, corresponde al juez nacional decidir si toma en consideración. En este asunto, la apariencia de discriminación obligaba al empresario a explicar las razones que podían justificar las diferencias retributivas. La cuestión era si entre dichas razones podían figurar necesidades objetivas de la empresa; en concreto, si la escasez de candidatos para un puesto y la necesidad de atraerlos podía constituir una razón económica, objetivamente justificada, de la diferencia de retribución entre trabajos de igual valor. Según esta sentencia será el juez nacional el que deba ponderar en qué medida esta razón puede objetivamente servir de justificación.

Cuando el sistema retributivo que aplica la empresa sea poco transparente procederá la inversión de la carga de la prueba. Así lo defendió la STJCE de 17 de octubre de 1989, en un litigio en el que se dudaba si constituía una discriminación por razón de sexo la aplicación de criterios retributivos que atienden a la antigüedad, la formación profesional o la mayor flexibilidad del trabajador, por cuanto pueden perjudicar a la mujer por las mayores dificultades de acceso al trabajo y a la formación; de mantenimiento del empleo; o como consecuencia de la conciliación de la vida laboral y familiar. Para el Tribunal de Justicia no es sospechoso el complemento de antigüedad desde el momento en que presupone mayor experiencia y mejor cumplimiento de las tareas. De ahí que el empresario no tenga que justificar de forma especial su utilización. Sin embargo la utilización del criterio de la mayor flexibilidad del trabajador precisa de una justificación por parte del empresario. En concreto, según esta sentencia, este criterio se podrá utilizar si se entiende en el sentido de mayor adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo o a las funciones; también si reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas. Sin embargo no estará justificado si se entiende referido a la calidad del trabajo realizado por el trabajador. El empresario también puede utilizar el criterio de formación profesional, pero deberá estar en condiciones de acreditar que es importante o facilita la polivalencia funcional del trabajador.

4. PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA EN SITUACIÓN DE EMBARAZO, PARTO O MATERNIDAD

Una de las líneas de expansión del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo promovidas por el Tribunal de Justicia se ha dirigido a la protección de la condición biológica de la mujer durante y tras el embarazo, y a la conclusión de que todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad

constituye discriminación sexual directa. La protección dispensada por el principio de igualdad de trato se une así a la protección que específicamente dedica a la mujer trabajadora en esas situaciones otra importante norma de la Unión Europea (la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, aprobada en el marco de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo). Para el Tribunal de Justicia, en efecto, es claro que cuando el motivo de rechazo de la trabajadora estriba en la circunstancia de que está embarazada la decisión está directamente relacionada con su sexo, con lo que el empresario que se niega a contratar por tal motivo a una candidata que haya sido considerada apta para ejercer la actividad de que se trate, viola directamente el principio de igualdad. Así lo entendió la STJCE de 8 de noviembre de 1990, según la cual constituye una discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo la no contratación de una trabajadora embarazada, aun cuando esa decisión empresarial se base en eventuales perjuicios económico que se seguirían de su contratación.

Constituye igualmente una discriminación directa por razón de sexo la ruptura de un contrato de trabajo que se apoye en la imposibilidad temporal de prestar servicios por embarazo, como consecuencia de la aplicación de una normativa interna de protección de la salud en situaciones de embarazo. Así lo mantuvo la STJCE 5 de mayo de 1994, en un supuesto en el que la decisión empresarial se había justificado en la prohibición, prevista en la normativa interna, de trabajo nocturno durante la situación de embarazo, que impedía que la trabajadora, que había sido contratada para prestar servicios de noche, pudiera cumplir el contrato. Esta solución se ha mantenido por el Tribunal de Justicia con independencia de que el contrato sea indefinido o temporal. En este sentido se pronunció la STJCE de 4 de octubre de 2001, en respuesta a la cuestión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional nacional que planteaba si se opone al derecho comunitario que una persona sea despedida por estar embarazada, cuando ha sido contratada para un tiempo determinado, estando embarazada no lo advierte al empresario y el embarazo supone que no va a poder cumplir una parte significativa de su contrato. Según el Tribunal de Justicia, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y después tras el parto no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su permiso de maternidad es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada. A su juicio, la interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE.

Las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada tampoco pueden tener como consecuencia un trato desfavorable en las condiciones de trabajo, por ejemplo, en el cómputo de antigüedad y el acceso a los correspondientes beneficios. Así lo mantuvo la STJCE de 16 de febrero de 2006, según la que la Directiva 76/207/CEE se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora en situación de permiso de maternidad los mismo derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, aplazando la toma de posesión hasta el término del permiso, sin tener en cuenta la duración del mismo a efectos de antigüedad.

Ha sido el Tribunal de Justicia, asimismo, el que en su día aclaró que esta protección de las mujeres embarazadas se ha de extender a situaciones vinculadas al embarazo, como las de incapacidad temporal causada por complicaciones de salud durante el mismo, incluso cuando las regulaciones nacionales no incluyan diferencias en los efectos que han de atribuirse a las situaciones de incapacidad temporal en función de que el hecho causante sea el embarazo o cualquier patología. En definitiva, la situación

de una trabajadora encinta que se encuentra en un estado de incapacidad laboral causada por los trastornos relacionados con su embarazo no puede compararse con la situación de un trabajador masculino enfermo, que esté ausente por incapacidad laboral durante el mismo espacio de tiempo. A esta conclusión llegó la STJCE de 30 de junio de 1998, en el marco de un litigio que se había planteado por la aplicación de una cláusula que se incorporaba en los contratos de trabajo celebrados por la empresa, según la cual, en caso de baja por enfermedad superior a veintiséis semanas ininterrumpidas, se despediría al trabajador afectado, fuera hombre o mujer. En este asunto, el Tribunal de Justicia rechaza que esa cláusula pueda aplicarse también a las situaciones de incapacidades derivadas de trastornos relacionados con el embarazo puesto que son situaciones diferentes a las de IT que traigan su causa de cualquier patología.

El mismo razonamiento se siguió en la STJCE de 30 de junio de 1998, según la cual el despido de una trabajadora producido durante el embarazo y motivado por ausencias debidas a la incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, debe considerarse fundado esencialmente en el embarazo. Sobre el alcance de la protección de estas situaciones de IT relacionadas con el embarazo y el parto, como riesgos inherentes a ese estado, volvió a pronunciarse el Tribunal de Justicia en la STJCE de 8 de septiembre de 2005, en la que reitera jurisprudencia precedente que había introducido una importante matización que obliga a atender a si la IT se produce antes y durante, o después, del permiso de maternidad. Para el Tribunal de Justicia aunque la situación patológica que sufre la mujer tenga su origen en el embarazo o parto, si se produce una vez agotado el descanso por maternidad tendrá el mismo tratamiento general de la enfermedad.

Conviene no pasar por alto que, a pesar de esta especial protección que la mujer embarazada recibe durante las situaciones de IT ligadas al embarazo, del derecho comunitario, las normas de la Unión Europea nunca han impuesto la obligación de mantener la retribución íntegra de las trabajadoras durante su permiso de maternidad. De ahí que el Tribunal de Justicia no haya considerado como una discriminación por razón de sexo que la trabajadora vea disminuida la retribución que percibe durante estas situaciones de IT, con el límite de que el importe de las prestaciones que se les abonen no puede quedar reducido hasta un punto que ponga en peligro el objetivo del permiso de maternidad, que es proteger a las trabajadoras antes y después del parto. (STJCE de 13 de febrero de 1996).

La extensión que de esta forma han adquirido las garantías comunitarias que protegen a la trabajadora embarazada ha obligado al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre si las mismas se aplican también cuando para procrear la mujer acude a técnicas de reproducción asistida u opta por la maternidad subrogada. En concreto, en la STJCE 26 de febrero de 2008, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba al Tribunal de Justicia, en esencia, si la Directiva 92/85/CEE, antes mencionada (dedicada a la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia), y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas que en ella se establece, debía interpretarse en el sentido de que se aplican a una trabajadora que se ha sometido a una fecundación *in vitro*, cuando en el momento en que se le notifica el despido ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer y, por lo tanto, aún no hay embarazo. La respuesta del Tribunal de Justicia fue negativa en ese sentido, pero a juicio de ese mismo Tribunal en tales casos resulta de aplicación la Directiva sobre igualdad de trato por razón de sexo, por lo que tal despido puede ser discriminatorio en la medida en que se demuestre

que se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento. Entiende el Tribunal de Justicia que aunque es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden verse temporalmente impedidos para efectuar su trabajo debido a tratamientos médicos a los que han de someterse, es evidente que la etapa esencial del tratamiento que se refiere en el asunto principal sólo afecta directamente a las mujeres.

Entiende el Tribunal de Justicia, por el contrario, que la segunda de esas situaciones (la relativa a la situación de la madre subrogante) no encaja en el ámbito de aplicación de ninguna de las dos Directivas mencionadas. Así lo entendió la STJUE de 18 de marzo de 2014, según la cual los Estados miembros de la Unión Europea no están obligados a conferir un permiso de maternidad en los términos de la Directiva 92/85 (destinado a la recuperación de la madre), al no haber embarazo. Considera el TJUE, además, que en estas situaciones ningún dato permite mantener que la denegación del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores, con lo que no es posible entender que en esa negativa haya una discriminación por razón de sexo. En definitiva, una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que no ha estado encinta de ese niño.

5. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

Encaminada inicialmente a lograr la paridad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo, la regla de igualdad y no discriminación se ha ido extendiendo en el Derecho de la Unión Europea, desde hace algunos lustros, a otros motivos, entre los que se encuentra la edad. La Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 es el resultado más patente de ese interesante proceso de ampliación. Su principal objetivo es por supuesto el establecimiento de un marco general para alcanzar la igualdad de trato y evitar discriminaciones por esas otras causas (entre ellas la edad) en el ámbito del empleo, aunque también aclara esta norma comunitaria que no se considerarán discriminatorias las diferencias de trato por razón de edad que estén justificadas objetiva y razonablemente y, en particular, las que respondan a objetivos de política de empleo, mercado de trabajo o formación profesional dentro de la correspondiente programación de los Estados miembros.

Esas diferencias pueden consistir en condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, incluidas las condiciones de empleo y de trabajo, en condiciones mínimas referidas a la edad, experiencia profesional o antigüedad para acceder al empleo o a determinadas ventajas, en la fijación de edades máximas para la contratación ligadas a las necesidades de formación o a periodos de actividad razonable previa a la jubilación, y en condiciones de edad para acceder a beneficios de los regímenes profesionales de la seguridad social (siempre que no exista discriminación por razón de sexo). En todo caso, incluso en estos terrenos será esencial distinguir entre las diferencias de trato justificadas, por basarse en objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y las diferencias (o discriminaciones) que por el contrario deben prohibirse, distinción a la que ha contribuido en gran medida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que por lo demás ha reconocido a los Estados miembros un amplio margen de apreciación acerca de las mejores medidas para la consecución de sus objetivos de política laboral y social.

Dentro de esa ya abundante jurisprudencia cabe citar la STJCE de 18 de junio de 2009, que calificó como discriminatoria una regla que introducía una diferencia de trato

basada exclusivamente en la edad en la que se había adquirido la experiencia profesional (que se computaba a efectos de promoción económica), aunque esa experiencia fuera de naturaleza y duración análoga. De esta forma se daba un trato menos favorable a las personas cuya experiencia profesional había sido adquirida, aunque fuera sólo parcialmente, antes de los 18 años de edad, con relación a las que la hubieran obtenido después de haber alcanzado dicha edad. Para el Tribunal de Justicia, una normativa de esta naturaleza, en la que se establece una diferencia de trato en función de la edad a la que se hubiera adquirido la experiencia profesional, podía conducir a una diferencia de trato entre dos personas que hubieran cursado los mismos estudios y adquirido la misma experiencia profesional, exclusivamente en función de las edades respectivas de esas personas. En definitiva, se utilizaba un criterio vinculado a la edad que no guardaba relación con el objetivo de la medida, que no era otro que recompensar la experiencia profesional, con lo que no resultaba adecuado.

En parecidos términos se pronuncia la STJCE de 22 de noviembre de 2005, que, de la misma manera, consideró que no cumplía aquellas exigencias de adecuación y proporcionalidad una normativa nacional que favorecía la contratación temporal de mayores de 52 años sin límites respecto del número de contratos que a tal efecto se podían celebrar de modo sucesivo o “encadenado”. Los objetivos perseguidos por esa norma eran ciertamente los de “facilitar la inserción laboral de los trabajadores de más edad” y “prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada”, pero había que tener en cuenta que la medida se aplicaba independientemente de que los trabajadores mayores de 52 años se encontraran desempleados inmediatamente antes de la contratación, o de cuál fuera la duración del eventual periodo de desempleo en que se encontraran en ese momento. Además, no había quedado demostrado que la fijación de un límite de edad fuera algo necesario para alcanzar el objetivo de inserción laboral de los trabajadores desempleados de más edad, ni se había puesto en relación dicha medida con la situación del mercado de trabajo. También pesó en la respuesta del Tribunal de Justicia el riesgo que esa medida representaba desde el punto de vista de la estabilidad en el empleo.

En otros casos, y con otras circunstancias, sí ha aceptado la limitación de la edad de acceso al empleo, por entenderse adecuada y proporcionada al objetivo legítimo de garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio correspondiente. Así se declara en la STJUE de 12 de enero de 2010, a propósito del cuerpo de bomberos, y en la STJUE de 15 de noviembre de 2016, para agentes de policía. En ambos supuestos el Tribunal reconoce que la especial capacidad física requerida para el desarrollo del trabajo está vinculada a la edad y que, por lo tanto, esa condición constituye un requisito profesional esencial y dominante. De esta forma, el Tribunal de Justicia avanza en la precisión de los supuestos excepcionales en los que una circunstancia relacionada con la edad puede constituir un requisito profesional esencial y determinante, partiendo de la cláusula general de aquella misma Directiva 2000/78 según la cual “una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión”.

Con el mismo fundamento, pero en circunstancias diversas, el Tribunal de Justicia ha considerado otras veces que el establecimiento de límites por edad constituye discriminación. Así sucedió en la STJUE de 13 de noviembre de 2014, habida cuenta que las funciones que el trabajador tenía que desarrollar no precisaban de una

excepcional capacidad física. Se trataba en ese caso de una convocatoria para ingreso en el cuerpo de Policía local en cuyas bases se fijaba una edad máxima de 30 años, requisito que el Tribunal estimó desproporcionado a la vista del objetivo que se perseguía, que no era otro que garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de dicho cuerpo, así como el mantenimiento de una determinada estructura de edad en su seno.

También se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria sobre la interesante cuestión de fijación de edades de jubilación forzosa, técnica cuya legitimidad parece presumir el Tribunal de Justicia. Así ocurre, por ejemplo, en las sentencias TJCE de 16 de octubre de 2007 y 5 de marzo de 2009. En la primera de ellas el Tribunal de Justicia mantiene que la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional -como la controvertida en el litigio principal- que consideraba válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en convenio colectivo y para cuya aplicación se exigía que el trabajador hubiera alcanzado la edad legal de jubilación (fijada en 65 años por la normativa nacional de referencia), y que cumpliera con las condiciones establecidas por la legislación de seguridad social para acceder a la correspondiente pensión. Para el Tribunal dicha medida era aceptable siempre que persiguiera una finalidad legítima relacionada con la política de empleo y de mercado de trabajo, y siempre que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resultasen inadecuados o innecesarios desde esa perspectiva. Para el Tribunal, la medida enjuiciada en ese caso parecía proporcionada por cuanto su aplicación no se basaba sólo en el cumplimiento de una edad determinada, sino que tenía en cuenta también la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtuvieran una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación en un nivel que no podía considerarse inadecuado.

En definitiva, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece desprenderse la idea de que los objetivos que pueden considerarse «legítimos» en el sentido de que pueden justificar que se establezcan excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad son objetivos de política social, entre ellos los que se vinculan a políticas de empleo, de mercado de trabajo o de formación profesional. De acuerdo con la STJCE de 5 de marzo de 2009, estos objetivos legítimos tienen interés general y se deben distinguir de los motivos puramente individuales, como serían aquellos que sólo estuvieran relacionados con la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad, sin que, pese a ello, pueda excluirse que una norma nacional reconozca a los empleadores, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad, cuestión que a la postre habrá de ser valorada por el juez nacional que se encargue del asunto concreto. Por cierto, esta misma sentencia hace ver que la Directiva 2000/78 no impone a los Estados miembros la obligación de prever, dentro de la operación de transposición de esa regla comunitaria a su Derecho interno, una lista en la que se identifiquen o especifiquen las diferencias de trato que podrían entenderse justificadas atendiendo a su finalidad legítima. Lo previsible, por lo tanto, es que esas circunstancias queden en manos de la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada supuesto de hecho.

6. ¿SON EQUIPARABLES LAS SITUACIONES DE ENFERMEDAD O INCAPACIDAD TEMPORAL A LA DISCAPACIDAD COMO CAUSA DE NO DISCRIMINACIÓN?

La discapacidad es uno de los motivos que se han incorporado en los últimos tiempos a las cláusulas de igualdad y no discriminación, y de ello es buena prueba, una vez más, el Derecho de la Unión Europea, como puede comprobarse tanto en su Carta de Derechos Fundamentales como en la Directiva 2000/78/CE. Pero no siempre ha estado claro el concepto de discapacidad que ha de manejarse a estos efectos, sin perjuicio de la ayuda que en tal sentido puedan prestar determinados instrumentos o textos normativos, como la Convención sobre Derechos de las personas con Discapacidad aprobada en 2006 en el seno de la ONU. En el contexto de la Unión Europea, estos problemas de definición se vienen planteando particularmente a propósito de las situaciones de incapacidad temporal o de enfermedad que inhabilita temporalmente para el trabajo. La cuestión puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿es discriminatoria la decisión del empleador que despide al trabajador por ese tipo de circunstancias, especialmente cuando advierte que la incapacidad inicialmente transitoria se prolonga en el tiempo?

El asunto es bastante conocido en la experiencia española, donde tanto el Tribunal supremo como el Tribunal Constitucional han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la procedencia o no de esa clase de decisiones empresariales. En un primer momento, ambos órganos jurisdiccionales coincidieron en que el despido de un trabajador en incapacidad temporal, sin mayor matización, resulta ilícito, pero no necesariamente discriminatorio, entre otras razones porque la incapacidad temporal puede tener su origen en multitud de circunstancias. La incapacidad suele nacer de accidentes o enfermedades, y tales vicisitudes presentan habitualmente diferentes características y generan, asimismo, consecuencias distintas. La ausencia de una mínima homogeneidad impide ubicar a los afectados en un grupo social identificable, y mucho menos en un grupo estigmatizado o especialmente “señalado”, por lo que no parece que se cumplan las condiciones que habitualmente conducen a la tacha de discriminación. En verdad, ni el accidente ni la enfermedad son equiparables *per se* a una discapacidad. La naturaleza común o profesional de la contingencia tampoco parece que pueda tener una influencia determinante para este tipo de juicios.

Con esos presupuestos, la jurisprudencia española ha venido considerando que la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario debida a la incapacidad temporal del trabajador no vulnera el principio de igualdad y no discriminación, siempre que la razón de dicha decisión no sea otra que la propia incapacidad temporal, o dicho de otro modo, la ineficiencia económica de un trabajador que debe permanecer un tiempo considerable de baja por motivos médicos, al margen de que el despido se entienda o no justificado (“procedente” en la terminología española), en función de que se base o no en causa legítima. Cuestión distinta, por supuesto, es que la decisión empresarial no esté motivada por el proceso de incapacidad en sí mismo, sino que esté vinculada, o bien a la maternidad (bajas médicas por complicaciones en la gestación), o bien a una concreta dolencia o enfermedad sufrida por el trabajador (como el SIDA) que pueda ser considerada como un elemento segregador y que por lo tanto conduzca a la discriminación. Así lo advirtió, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una sentencia de 3 de octubre de 2013, relativa al despido de un trabajador portador del VIH.

En todo caso, el TJUE siguió en un primer momento una línea interpretativa similar a la de los tribunales españoles, como pudo apreciarse en la sentencia de 11 de

julio de 2006. Sin embargo, la STJUE de 11 de abril de 2013 iba a suponer un evidente punto de inflexión, en tanto que en ella no se sostiene con idéntica contundencia que la enfermedad no encaja en el concepto de discapacidad, ni tampoco que el despido de un trabajador en incapacidad temporal haya de calificarse como improcedente y no como nulo por discriminatorio. El TJUE advirtió en ese caso que dentro del concepto de discapacidad puede encajar la situación causada por una «enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración». De ese modo, y sin perjuicio de que siga siendo necesario hacer un análisis minucioso de cada caso para proceder a la oportuna calificación, el TJUE viene a exigir una valoración de las concretas dolencias que dan lugar a la incapacidad temporal para determinar si esa situación puede quedar comprendida en el concepto de discapacidad, bajo el presupuesto de que en tal caso la decisión extintiva sí podría incurrir en discriminación.

Con ese nuevo escenario, la STJUE de 1 de diciembre de 2016 ha venido a ensanchar más aún la noción de discapacidad a efectos de aplicación de las reglas antidiscriminatorias. En ese caso, se trataba de un ayudante de cocina que había sido despedido durante una baja médica a consecuencia de un accidente de trabajo que le había producido una dislocación del codo, cuando no se habían cumplido todavía dos meses desde el inicio de la suspensión contrato y en un momento en que no constaba cuándo podría reincorporarse a la actividad. A la vista de estos hechos, el TJUE precisa que a efectos de la consideración de una dolencia como discapacidad no es determinante que la normativa nacional de referencia articule la protección del trabajador afectado a través de la incapacidad temporal o la incapacidad permanente, sino que debe valorarse si esa dolencia puede calificarse como «duradera». Para esa valoración se debe tener en cuenta sobre todo que la dolencia padecida por el trabajador «no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo» y que «pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona». A tal fin, serán determinantes los «documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales», al margen de que la dolencia provenga de enfermedad o de accidente.

Está por ver aún el impacto de esta nueva línea interpretativa en los sistemas nacionales y en la labor jurisdiccional de los Estados miembros de la Unión Europea, aunque ya se está asistiendo a un intenso debate doctrinal y judicial acerca de si la incapacidad puede tratarse o no como discapacidad a los efectos de aplicación de las cláusulas antidiscriminatorias. No es arriesgado aventurar un incremento notable de la litigiosidad en materia de despido durante la incapacidad temporal, y volverán a confrontarse argumentos basados en la justicia o injusticia social y análisis más técnicos sobre el concepto de discapacidad, que a partir de esta doctrina del TJUE podría perder alguna de sus señas tradicionales de identidad, hasta el punto de que quizá como resultado de todo ello se lleguen a configurar dos categorías de discapacidad diferentes: una clásica, basada en una pérdida permanente de capacidad a partir de reducciones anatómicas o funcionales, o deficiencias congénitas, y otra más moderna, de carácter temporal, curable o superable, que viene referida a condiciones o situaciones que provocan una limitación para el normal desenvolvimiento laboral, e inclusive para la vida social.

En todo caso, no debe perderse de vista que en estos casos de incapacidad, y a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos más o menos cercanos (como el de maternidad), la decisión empresarial no viene motivada por la concreta dolencia del trabajador, sino por sus ausencias al trabajo en una situación que se prolonga más de lo que en principio podía esperarse o preverse. Las decisiones de despido que han motivado estas resoluciones jurisdiccionales está basado exclusivamente en razones de eficiencia económica y organización del trabajo, y han afecta, a la vista de la experiencia, a trabajadores en situaciones o circunstancias muy diversos, con el único rasgo en común de encontrarse en incapacidad temporal. La discriminación requiere, como es sabido, un término de comparación en condiciones de identidad o mínima homogeneidad, y eso no es fácil que ocurra en una casuista de perfiles tan variados. Por otra parte, podrá convenirse en que el concepto de discapacidad no puede extenderse hasta un punto en el que se desnaturalice la noción misma de discapacitado.

7. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN CON LA RELIGIÓN Y LAS CONVICCIONES PERSONALES

La Directiva de la Unión Europea 2000/78/CE, que, como ya se ha dicho, proporciona un marco general para la lucha contra la discriminación en el ámbito del empleo, hace referencia también a la religión y las convicciones personales, junto a la discapacidad, la edad y la orientación sexual. En verdad, la prohibición de discriminación en razón de las ideas (religiosas o de otro tipo) forma parte ya del clausulado de multitud de textos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de la ONU (arts. 2 y 18), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de esa misma Organización (art. 18), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa (art. 9), o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 12). Sin embargo, no habían sido muchas las ocasiones, hasta el momento, en las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había tenido que pronunciarse sobre esa especial problemática, a diferencia de lo que ha ocurrido con otros motivos de discriminación, como el sexo o incluso la edad. Dos sentencias de 2017 han cambiado no obstante este panorama. Ambas son de 14 de marzo de este año y ambas se ocupan de problemas en el trabajo ligados al uso de símbolos religiosos por parte las trabajadoras que protagonizaron uno y otro caso.

La religión y, en general, las ideas y convicciones personales, merecen ante todo respeto y, en su caso, capacidad de expresión o manifestación, siempre con la consideración debida a los restantes derechos o intereses legítimos que pudieran concurrir en un determinado momento o en un determinado ámbito de la vida social. También requieren, obviamente, la prohibición de los actos que puedan implicar discriminación, y ese ha sido muy probablemente el propósito principal de las normas que se dedican a reconocer y proclamar esos derechos, que buscan sobre todo evitar que la religión o las ideas personales se conviertan en factores de exclusión. La libertad religiosa y la libertad ideológica se ejercitan y disfrutan desde luego frente al Estado, pero también rigen en las relaciones privadas y, particularmente, en el ámbito de la relación laboral. En este terreno, no cabe duda de que el empleador ha de respetar la vertiente negativa o pasiva de la libertad religiosa, pues el contrato de trabajo no priva a la persona de esos derechos ni justifica injerencias en su ejercicio, ni, por supuesto, trato peyorativo o discriminatorio por la adhesión o no a determinadas ideas o creencias. Se exige del empresario, en definitiva, una conducta neutral o no confesional. Pero la

libertad religiosa e ideológica puede plantear otras cuestiones en el ámbito de la relación de trabajo. ¿Hasta qué punto exige que el empresario permita su manifestación o expresión? Más aún: ¿hasta qué punto exige que el empresario facilite su práctica mediante las oportunas adaptaciones en la organización del trabajo? Son problemas que hasta hace algún tiempo apenas se suscitaban, pero que han aflorado en las últimas décadas por la concurrencia de varios fenómenos, entre ellos la extensión de las corrientes migratorias y el mayor grado de pluralismo cultural, que han conducido a la convivencia dentro de una misma sociedad de religiones y formas de vida muy distintas.

Las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017 se pronuncian expresamente sobre las limitaciones de las manifestaciones de signo religioso en el entorno laboral, tomando como referencia, por cierto, una importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de enero de 2013 (Eweida y otros vs. Reino Unido). Abordan, en particular, la cuestión relativa a si el trabajador puede portar símbolos religiosos en su trabajo, lo cual puede chocar, como es fácil de imaginar, o bien con la pretensión del empleador de mantener una neutralidad ideológica en el seno de la empresa, o bien con los deseos o criterios de los clientes de la empresa. La primera de esas sentencias (caso *Achbita*) parte de que el concepto de religión comprende «tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa», y llega a la conclusión de que la decisión empresarial de prohibir a la trabajadora que llevara pañuelo islámico en el lugar de trabajo y de despedirla tras la negativa de ésta, tenía justificación y no resultaba discriminatoria por ajustarse a una línea de neutralidad fijada en la empresa que no hacía distinción entre unas y otras religiones, y que no se había aplicado de forma distinta o más relajada a unos trabajadores en relación con otros. Entiende el TJUE que la medida empresarial podría entrañar en hipótesis discriminación indirecta si la «obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas», aunque la discriminación habría de descartarse en todo caso si la diferencia de trato se justifica objetivamente con una finalidad legítima y los medios utilizados para la consecución de esa finalidad son adecuados y necesarios. Precisa el TJUE, en este sentido, que es legítima «la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado», algo que, por lo demás, está vinculado a la libertad de empresa.

En ese escenario la sentencia considera que el propósito de conseguir una neutralidad ideológica justifica la prohibición empresarial relativa al uso visible de símbolos ideológicos o religiosos, pero es imprescindible que la aplicación de esa prohibición sea «congruente y sistemática». Asimismo, y en relación con el carácter necesario de la medida, el TJUE la valida, sin duda ninguna, en relación con los trabajadores que presten servicios de cara al público, pero no parece tan flexible respecto de los demás, pues pone de relieve que para la solución correcta del caso se había de comprobar «si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, la empresa tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido». Resulta especialmente significativo que el TJUE exija que se sopesen los intereses presentes en el caso y se limiten a lo estrictamente necesario las restricciones que pudieran sufrir los trabajadores en sus libertades religiosas.

La segunda sentencia (caso *Boungaoui*) se asienta sobre idénticas bases y sigue parecidos derroteros, aunque en esta ocasión el TJUE contempla la posibilidad de que la decisión empresarial no esté basada en el incumplimiento de un código previo de conducta, sino exclusivamente en el deseo manifestado por un cliente de que se le atendiera sin manifestación de símbolos religiosos. Eso lleva al TJUE a plantearse la interesante cuestión relativa a si la manera de vestir o de aparecer el trabajador ante el cliente constituye un requisito profesional esencial y determinante, esto es, un factor que puede legitimar al empresario para exigir del trabajador determinado comportamiento a ese respecto (conforme a lo que prevé la propia Directiva 2000/78). A estos efectos, el Tribunal recuerda que «lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo», y que «sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante», puesto que ese requisito se convierte en esencial y determinante «debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo». En consecuencia, sólo encaja en esa definición «un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo», y no cualesquiera otros basados en «consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente». De ahí que en este caso la sentencia concluya que la actuación de la empresa no estaba avalada por esa salvedad normativa.

Como puede verse, el TJUE opta en estas sentencias por una ponderación moderada de los derechos en concurso, tomando como guía la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y no los criterios, algo más generosos con las manifestaciones y prácticas religiosas, de la jurisprudencia estadounidense. Se concede, además, un peso razonable al interés empresarial, siempre que el comportamiento del empleador demuestre justificación y coherencia. Dicho de otro modo, el empleador, en el ejercicio de su libertad de empresa, puede decidirse por implantar criterios de neutralidad ideológica, y esa es una decisión legítima que han de respetar sus trabajadores. En tanto que la línea de neutralidad implantada por la empresa se aplique a todos los trabajadores, al margen de su religión o ideología, habría fundamento para excluir del ámbito de trabajo los símbolos religiosos. En sentido contrario, la manifestación de signos religiosos parece salvaguardarse cuando no existe de modo explícito una línea de neutralidad o cuando su aplicación no es coherente, en cuyo caso la prohibición de expresar la religión a unos trabajadores y no a otros podría llegar a ser discriminatoria. Da la impresión, a la vista de estos criterios interpretativos, de que las prohibiciones parciales o individualizadas pueden estimarse arbitrarias o no justificadas, más propensas por lo tanto a recibir la tacha de discriminación, directa o indirecta.

8. EL DISFRUTE POR EL TRABAJADOR DE LOS DENOMINADOS “PERMISOS PARENTALES”

La preocupación de la Unión Europea por los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar surgió en el marco de las normas tendentes a la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, de un lado, y de las políticas de empleo, de otro. Desde la perspectiva concreta del principio de igualdad entre hombres y mujeres, la labor normativa y jurisprudencial desarrollada en el seno de la Unión Europea ha perseguido sobre todo garantizar el trato no discriminatorio hacia las mujeres, por ser

ellas las que tradicionalmente han asumido las cargas familiares. Particularmente, la conciliación de la vida laboral y familiar no fue objeto de atención por el Derecho primario de la Unión Europea hasta que la Carta de Derechos Fundamentales la concibió, por primera vez, como un fin en sí misma al declarar la garantía de la protección a la familia. La concreción de dicha garantía se incorporó en el artículo 33 de esa misma Carta, al reconocer a toda persona el derecho a ser protegida por causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o adopción de un niño.

La consecución de un reparto equitativo de las responsabilidades familiares y laborales de las personas trabajadoras ha sido asumida en cualquier caso por normas comunitarias de Derecho derivado, que han regulado permisos en el trabajo con los que han tratado de promover que la atención de los hijos y dependientes fuera asumida y compartida por ambos progenitores. El permiso parental ha sido regulado, en el ámbito europeo, mediante sucesivos Acuerdos Marco incorporados a la Directiva 96/34/CE, primero, y a la Directiva 2010/18/CE, derogatoria de aquella, después. En dichos Acuerdos, integrados en las Directivas mencionadas, el permiso parental se incorporó como un derecho del trabajador o trabajadora a ausentarse del trabajo por un tiempo, con objeto de atender a un hijo natural o adoptado hasta que este cumpliera una determinada edad, no superior a los 8 años. Así pues, el permiso se concebía como un derecho individual que correspondía a los trabajadores, masculinos y femeninos, para que pudieran ocuparse del cuidado de los hijos.

La aplicación de este derecho también ha dado lugar a una interesante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha tenido que abordar en numerosas ocasiones aspectos relativos a la titularidad y alcance de esas reglas, y, en muchos casos, problemas de articulación con los ordenamientos nacionales de referencia. En relación con la titularidad del derecho, la sentencia TJUE de 16 de julio de 2015 (caso *Maiïstrellis*), ha declarado que cada uno de los progenitores es titular individualmente del derecho al permiso de esta naturaleza sin que puedan establecerse limitaciones al respecto, de manera que, aunque las condiciones de acceso se definan por ley en los Estados miembros, dichas condiciones no pueden prever, en modo alguno, que uno de los progenitores pueda ser privado del derecho a un permiso parental, como ocurría en este caso, a causa de la situación laboral del cónyuge. Tal era la situación que se producía en el ordenamiento de Grecia, donde se disponía que los padres funcionarios solo podían disfrutar del permiso en el caso de que la madre ejerciera una actividad laboral o profesional, a diferencia de las madres funcionarias, que siempre podían acceder al permiso parental. El Tribunal de Justicia dejó bien claro que la condición de progenitor, como ocurre con las madres, debe ser suficiente para que los padres se beneficien de tal permiso.

Según las normas comunitarias anteriormente citadas, los titulares del permiso parental son los trabajadores que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro. En este punto ha vuelto aflorar el debate acerca del concepto de trabajador con vistas a la aplicación de las normas de la Unión Europea, terreno en el que, como ya dijimos, el Tribunal de Justicia trata ante todo de impedir exclusiones indebidas por parte de los Estados miembros. Aunque no ha sido resuelto expresamente por el Tribunal, el tema ha estado presente en la sentencia de 16 de septiembre de 2010 (caso *Chatzi*), en la que se ha reconocido el derecho a permiso parental de los progenitores en razón de su condición de trabajadores y, de modo significativo, con independencia de que estos trabajaran en el sector público o privado, a la vista de la condición de funcionaria de la

litigante en el proceso principal, que podía hacer dudar acerca de su inclusión o no en el ámbito de aplicación de aquellos Acuerdos Marco. Más recientemente, en el mencionado asunto *Maïstrellis*, el Tribunal confirmó su consolidada jurisprudencia que reconoce la aplicación de la regulación comunitaria de los permisos parentales a los funcionarios públicos.

En el régimen jurídico del permiso parental previsto destacan algunos aspectos de interés. En primer lugar, como se ha apuntado, se trata de un derecho individual a un permiso de, como mínimo, cuatro meses correspondiente a cada uno de los progenitores, por lo que puede ser disfrutado simultáneamente por ambos. En segundo lugar, el derecho corresponde a los padres por nacimiento o adopción de cada hijo, supeditándose la concesión del permiso al requisito de que se haya producido un alumbramiento o una adopción (como confirmó el TJUE en su sentencia de 14 de abril de 2005, asunto *Comisión contra Luxemburgo*), lo que lleva a plantearse, por cierto, si la denegación por ese mismo Tribunal del permiso por maternidad en supuestos de maternidad subrogada, por considerar que no se había producido la situación que según la Directiva 92/85/CE requiere la protección de la madre biológica (sentencias de 18 de marzo de 2014, asuntos *CD* y *Z*), puede trasladarse a los permisos parentales, algo que habría que rechazar si se tiene en cuenta que esta otra institución, a diferencia de la maternidad, se explica directamente por la atención y cuidado de los hijos. En tercer lugar, tras la finalización del período de disfrute del permiso, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a su mismo puesto de trabajo o, en caso de que no fuera posible, a otro puesto equivalente, pues, según el Acuerdo Marco que está en la base de estas normas, se trata de una interrupción y no de una ruptura del contrato. Como apuntó el Tribunal en sus sentencias de 20 de junio de 2013 y 13 de febrero de 2014 (asuntos *Riezniece* y *TSN*), con el permiso los padres tienen la posibilidad de dispensar al hijo la asistencia adecuada a su edad y de organizar la vida familiar con vistas a su reincorporación a la actividad profesional.

Las normas comunitarias sobre permiso parental también disponen que los trabajadores que utilicen esas vías de conciliación de la vida laboral y familiar deben mantener los derechos adquiridos o en curso de adquisición que tenían con anterioridad. El objeto de esta cláusula es garantizar que, al finalizar dicho permiso, el trabajador se encuentre en la misma situación que ya disfrutaba antes por lo que respecta a “*la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie derivados directa o indirectamente de la relación laboral*”, tal y como el TJUE indicó en su sentencia de 22 de octubre de 2009 (asunto *Meerts*). Varios han sido los pronunciamientos de dicho Tribunal referidos a la preservación de los derechos adquiridos o en fase de adquisición una vez finalizado el permiso parental. A las gratificaciones navideñas se refiere la sentencia de 21 de octubre de 1999 ((asunto *Lewen*). Al salario relevante a efectos de poder acceder a derechos de contenido económico (indemnización por despido), en una situación de reducción de jornada por motivos de conciliación, se refirió el ya citado asunto *Meerts*. A la pensión de incapacidad permanente tras el disfrute del permiso se refiere, en fin, la sentencia de 16 de julio de 2009 (asunto *Gómez-Limón*).

La concreción de otros aspectos relativos al uso del permiso parental se ha atribuido a la regulación nacional, a través de la normativa directa de los Estados miembros, o a través de la negociación colectiva desarrollada por parte de los interlocutores sociales. Así ocurre con la fijación de la edad del hijo hasta la cual los padres pueden disfrutar del permiso, respetando el límite máximo de los 8 años; con la posibilidad de transferir el derecho, siempre con respeto al período de un mes en el que no es transferible; a las formas del disfrute del derecho (a jornada completa, jornada

parcial, de forma fragmentada o en forma de crédito de tiempo), o a los requisitos de acceso al derecho (a través de la fijación de una antigüedad que no debe superar el año). Además, con el fin de que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros deben asegurar que los trabajadores estén protegidos contra un trato menos favorable, o un despido, por solicitar o acogerse a un permiso parental. Como señaló el Tribunal de Justicia (sentencia de 27 de febrero de 2014, asunto *Lyreco*), una reducción de los derechos laborales en los permisos destinados a la atención de los familiares, podría disuadir a los trabajadores de acogerse a los mismos e incitar a los empresarios a despedir preferentemente a los trabajadores que estén en esta situación.

Vale la pena poner de relieve, para concluir este apartado, que recientemente se ha elaborado una propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional tanto de los progenitores como de los cuidadores, recogida en una Comunicación de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017. Destinada a la ampliación de las condiciones de disfrute de los permisos, propone ese nuevo texto dos mejoras de indudable relevancia sobre la regulación aún vigente: un permiso parental intransferible de, al menos, cuatro meses de duración para cada progenitor, susceptible de disfrute hasta que el menor cumpla los doce años, y un nuevo permiso de paternidad de diez días, como mínimo, desde el nacimiento del hijo. También prevé un permiso para cuidadores de, al menos, cinco días al año. Todos ellos estarían remunerados, como mínimo, como lo están las bajas por enfermedad.

9. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y ACCIÓN COLECTIVA Y LIBERTADES ECONÓMICAS

Las Comunidades Europeas, antecedente inmediato de la actual Unión Europea, fueron creadas en esencia para el establecimiento de un “mercado común” en el territorio de los Estados miembros. De ahí que, como dijera en su momento el Tribunal de Justicia (a partir de su sentencia de 11 de julio de 1974, en el asunto *Procurador du Roi y Benoît y Gustave Dassonville*), las libertades económicas de libre establecimiento y libre prestación de servicios pasaran a configurarse como derechos fundamentales en el espacio comunitario, susceptibles de invocación directa por parte de los interesados ante los tribunales. Esa inclinación económica no ha sido obstáculo, sin embargo, para que progresivamente la Comunidad Europea haya abordado aspectos laborales y sociales, en un primer momento por exigencias de las libertades de circulación y más tarde al amparo de una programación más directa y deliberada. Dentro de ese apartado social, el Derecho comunitario ha ido abordando, como hemos podido comprobar en los epígrafes anteriores, cuestiones muy variadas. Hoy en día prácticamente llega a todos los rincones de la relación de trabajo, incluida su dimensión colectiva. Materias señeras en este sentido son las relativas a la participación y representación de los trabajadores en la empresa, en la que las instituciones europeas cuentan con importantes competencias de regulación y armonización, y en la que se han aprobado varias directivas (marco general para la participación de los trabajadores, comités de empresa en empresas de dimensión comunitaria, y participación en sociedades de matriz europea, fundamentalmente). También ocupa un lugar destacado en la acción comunitaria la negociación colectiva, no porque la Unión Europea haya asumido su regulación, sino más bien por su labor de promoción y apoyo, hasta el punto de que el diálogo social está previsto como base para la construcción de directivas. Más distante de la acción normativa directa de la Unión quedan los derechos de asociación y de acción colectiva (huelga y conflicto colectivo),

aunque ya forman parte también de su entramado básico a través de la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en el año 2000 y desde hace algún tiempo vienen siendo objeto de cita expresa por parte de determinadas normas comunitarias (como las dedicadas al funcionamiento del mercado interior, o al ejercicio de la libertad de prestación de servicios), para preservar su vigencia y virtualidad.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta dimensión colectiva de las relaciones de trabajo es relativamente abundante, aunque no deja de ofrecer un sello particular. En el terreno de los derechos de participación y representación de los trabajadores en la empresa, el Tribunal se ha pronunciado principalmente a propósito de la configuración de los denominados “comités de empresa europeos”, generalmente con el fin de garantizar que llegue a los representantes de los trabajadores la información necesaria, a cargo de la empresa, para promover la constitución de esos órganos representativos. También ha tenido oportunidad dicho Tribunal de enjuiciar la labor normativa de los Estados miembros de transposición de las directrices comunitarias, aspecto en el que en algún caso ha llegado a declarar el incumplimiento del estado de referencia. En materia de negociación colectiva, la intervención del Tribunal de Justicia ha estado encaminada sobre todo a valorar el papel del convenio colectivo en un contexto, como el comunitario, en el que desde el principio se han querido preservar las libertades económicas y empresariales y en el que rigen normas muy estrictas para evitar situaciones de competencia desleal y garantizar la libre competencia, y ha llegado a la conclusión de que las interferencias que eventualmente pudiera generar la norma pactada en el mercado económico y empresarial pueden justificarse por la finalidad legítima de protección y mejora de las condiciones de empleo y trabajo que es propia de la negociación colectiva. El convenio y el acuerdo colectivo han aflorado asimismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con ocasión de operaciones de desplazamiento temporal de trabajadores por parte de su empresa de un país a otro dentro de la Unión Europea para atender contratos o compromisos de prestación de servicios, escenario en el que las condiciones establecidas a través de la negociación colectiva en el Estado de destino suelen actuar como nivel mínimo para los trabajadores que se desplazan. En fin, la huelga y el conflicto colectivo de trabajo han aparecido, en condiciones muy singulares, en algunas sentencias de 2007 y 2008, a las que en adelante nos vamos a referir.

La primera de esas sentencias es de 11 de diciembre de 2007 (asunto *Viking*), y en ella el Tribunal hubo de resolver el conflicto generado como consecuencia de la intención de una empresa naviera de cambiar el pabellón de uno de sus buques, que operaba bajo la bandera de un país (Finlandia), a un país distinto (Estonia), con el objetivo de que los trabajadores adscritos a dicha nave quedaran sometidos al ordenamiento de ese otro país, que ofrecía menores niveles de protección. Ante esta situación, las organizaciones sindicales finlandesas promovieron una huelga para presionar a la empresa a fin de que celebrara un convenio colectivo que evitara esa eventual reducción en los niveles salariales (esto es, la posibilidad de que se diera lo que habitualmente se conoce como *dumping* social). Al impedirse su propósito por la actitud de las organizaciones sindicales, en un movimiento cada vez más amplio, la empresa acudió ante los Tribunales británicos bajo el argumento de que se vulneraba su derecho de libre establecimiento, consagrado en el Derecho fundacional de la Comunidad Europea. Presentada cuestión prejudicial por los órganos judiciales nacionales que conocían del asunto, el TJUE proclamó en principio que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, debe ser reconocido como derecho fundamental y parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario,

hasta el punto de que puede suponer ciertas restricciones en otros derechos igualmente reconocidos a nivel comunitario (como las libertades económicas y empresariales), restricciones que quedarían justificadas por una razón imperiosa de interés general, como lo es la protección de los trabajadores, siempre que las acciones promovidas con ese fin sean adecuadas no vayan más allá de lo necesario. Pero a continuación el TJUE consideró que la huelga convocada en este caso había obligado a la empresa a desistir de su estrategia de ejercer el derecho de libre establecimiento para implantarse en otro país a la vista del tenor de las pretensiones sindicales, y que por ese motivo había supuesto un menoscabo excesivo de esas otras libertades.

Como se ve, en este primer pronunciamiento el TJUE parece entender la huelga como última *ratio*, sometida a un estricto canon de proporcionalidad en el que deben preservarse las libertades económicas. Los siguientes pronunciamientos también inciden en los límites que puede experimentar el derecho de huelga como consecuencia de las libertades económicas y empresariales reconocidas en el ámbito de la Unión Europea, aunque con otras perspectivas y en circunstancias variadas. La sentencia que ha tenido más eco tras la que ya hemos expuesto fue la de 18 de diciembre de 2007 (asunto *Laval*), que se enfrenta a una situación en la que una empresa con sede en Letonia se traslada a Suecia para la realización de actividades de la construcción a partir del correspondiente contrato de obras, y a tal efecto desplaza sus propios trabajadores, con la pretensión de mantener las condiciones de trabajo del país de origen, inferiores a las del país en el que se iban a realizar los trabajos. Frente a tal pretensión, las organizaciones sindicales suecas convocaron una huelga para exigir la aplicación a los trabajadores letones desplazados de las condiciones de trabajo reconocidas en Suecia a los trabajadores de este otro país. Conviene tener en cuenta, para entender bien el problema, que una norma comunitaria (la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento temporal de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios) exige que en tales supuestos se garanticen a los trabajadores desplazados las condiciones mínimas de trabajo reconocidas en el país de destino a través de sus normas legales o reglamentarias o a través de convenios colectivos (o laudos arbitrales) de eficacia general en la actividad correspondiente. A la vista de todos esos datos, el TJUE llegó a la conclusión en este caso de que la huelga convocada se había extralimitado de lo que corresponde a ese derecho, desde el momento en que sus promotores pretendían que fueran de aplicación a los trabajadores desplazados condiciones de trabajo que estaban fuera del radio de acción de aquellos mínimos garantizados por la mencionada norma comunitaria. Para el TJUE, la huelga entrañaba poner condiciones no respaldadas por el Derecho comunitario a una empresa que ejercía su derecho a la libre prestación de servicios.

La contundencia de estas sentencias a la hora de preservar las libertades económicas (la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en otro país comunitario) frente al ejercicio de acciones colectivas como la huelga dio lugar a patentes reacciones sindicales y a un gran debate en el seno de la doctrina laboralista. ¿Puede prevalecer la libertad empresarial sobre la huelga? ¿Debe ser al contrario? En realidad, los términos de la controversia se han elevado un poco de tono. Quizá convenga reparar, con mayor sosiego, en que estamos en ambos casos ante derechos de gran trascendencia, que cumplen funciones muy importantes para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales en el espacio europeo. No se trata, por lo tanto, una cuestión de jerarquía, sino más bien de acomodación o compenetración. En la actual configuración del Derecho comunitario tanto las libertades económicas como los derechos de acción colectiva, incluida la huelga, forman parte de

la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En consecuencia, no cabe hablar de primacía o preponderancia de unos sobre otros, sino más bien, como la propia Carta pone de relieve, de derechos que deben convivir y que deben articularse en términos de equilibrio, ponderación y proporcionalidad. La presión a las empresas para mantener o mejorar las condiciones de trabajo, por ejemplo mediante la huelga, es desde luego una opción lícita en un sistema como el que rige en el ámbito de la Unión Europea, y así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia en las sentencias que hemos expuesto. La protección de los trabajadores mediante ese tipo de acciones ha sido calificada incluso como un fin de interés general que puede justificar restricciones en otros derechos, por ejemplo en las libertades económicas. Pero lo que ha tratado de transmitir ese mismo Tribunal, por razones que no cuesta mucho llegar a comprender, es que no pueden oponerse al ejercicio de esas libertades obstáculos insalvables que vayan más allá del cumplimiento estricto de las normas vigentes.

La doctrina resultante de esas dos sentencias del Tribunal de Justicia no significa que estén vedadas las acciones colectivas promovidas por los sindicatos o, en general, por quienes legítimamente asuman la representación y defensa de los intereses de los trabajadores. Así se puede apreciar en una sentencia del propio TJUE de 12 de febrero de 2015 (asunto *Sähköalojen Ammattiliitto*), que también se refiere a un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores de un país a otro en el marco de un compromiso empresarial de prestación de servicios y en la que se reconoce legitimación al sindicato local del país de destino para llevar a cabo acciones a favor de los trabajadores desplazados. Podría decirse, a la vista de esta serie jurisprudencial y de la conformación del sistema normativo de la Unión Europea, que esas acciones son parte fundamental del acervo comunitario. El problema estriba en que ese mismo sistema está construido sobre unos pilares que lógicamente deben preservarse, y entre ellos ocupan un lugar muy destacado las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, es decir, la posibilidad de que cualquier agente económico y empresarial opere en cualquier país comunitario. El ordenamiento de la Unión Europea ha estado atento desde luego al riesgo de que el ejercicio de dichas libertades persiga o produzca una reducción no aceptable de costes laborales (el riesgo de *dumping* social, en definitiva), y por esa razón ha establecido, desde el año 1996, unos límites que deben ser observados por todas las empresas que, al amparo de aquellas libertades, desplazan trabajadores de un país a otro. Naturalmente, siempre cabe la reivindicación de niveles más altos en las condiciones de trabajo, o el mantenimiento de los que ya se han alcanzado. Pero el Tribunal de Justicia ha querido decir que en tales casos deben calibrarse las consecuencias de la acción reivindicativa desde la perspectiva del ejercicio de aquellas libertades económicas, para evitar que anulen sus efectos o debiliten injustificadamente su virtualidad. En tales casos, por decirlo de otro modo, debe procederse a una cuidadosa ponderación de derechos e intereses legítimos.