

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL
INTERNACIONAL JULIO / DICIEMBRE 2015

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOUR
JURISPRUDENCE JULY / DECEMBER 2015

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 20.06.2016 / Aceptado: 27.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3265>

Resumen: Se analizan las resoluciones judiciales en materia laboral más importantes para el ordenamiento jurídico español de la Corte Internacional de Justicia, del Comité de Libertad Sindical, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el 1 de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015.

Como casos más relevantes pueden citarse los siguientes. La queja ante el Comité de Libertad Sindical de los sindicatos portugueses denunciando que la reforma laboral de 2012 lesiona la libertad sindical al permitir que los trabajadores recién contratados elijan el convenio colectivo que les va a ser de aplicación. La sentencia del Tribunal de Justicia *Regojo Dans c. Consejo de Estado* en el que se debatía si un trabajador eventual puede percibir complementos salariales relacionados con la antigüedad específicamente diseñados para funcionarios de carrera. Y la sentencia del Tribunal de Justicia *Arjona Camacho c. Securitas Seguridad* en donde se debatía si era aplicable para el ordenamiento patrio en un supuesto de despido discriminatorio por razón de sexo la indemnización punitiva que permite la normativa comunitaria, tema este muy interesante y que, probablemente, va a tener continuidad tanto a nivel jurisprudencial como legal. También se da cuenta, por último, de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *D.O.R. y S.E. c. España* en un supuesto de expulsión de extranjeros sin aplicación de las medidas cautelares de permanencia en territorio nacional hasta la terminación del procedimiento de asilo.

Palabras clave: libertad sindical, complementos salariales de antigüedad percibidos por personal eventual, desplazamientos desde domicilio y tiempo de trabajo, aplicación de las reglas proteccionistas para la transmisión de empresas a entidad pública, despido discriminatorio por razón de sexo e indemnización punitiva.

Abstract: Studied the judgments in most important Spanish law of the International Court of Justice, the Committee of Union Libertad, the Court of Justice of the European Union, and the European Court of Human Rights since 1 July labor matters 2015 to December 31, 2015.

As most relevant cases may be mentioned the following. The complaint to the CFA of the Portuguese unions claiming that the labor reform of 2012 injured Liberate union by allowing new employees to choose the collective agreement will be applicable to them. The judgment of the Court *Regojo Dans c. State Council* that debated whether a potential employee can receive allowances related to specifically designed for old career civil servants. And the judgment of the Court *Arjona Camacho c. Securitas Security* where they debated whether it was applicable to the native system in a case of discriminatory dismissal on grounds of sex punitive damages which allows Community legislation, issue this very interesting and probably going to have continuity both jurisprudential level legal. It also gives quanta, finally, of the judgments of the European Court of Human Rights *D.O.R. and. c. Spain* in a case of expul-

sion of aliens without application of the precautionary measures remain in country until the completion of the asylum procedure.

Keywords: freedom of association, seniority allowances received by temporary staff, dese journeys home and work time, application of protectionist for business transfers to public entity rules, discriminatory dismissal on grounds of sex and punitive damages.

Sumario: I. Informes del comité de libertad sindical. 1. Introducción. 2. Portugal c. Confederación General de los Trabajadores Portugueses – intersindical nacional. Inconstitucionalidad de la reforma laboral y lesión del derecho a la libertad sindical. II. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. María José Regojo Dans c. Consejo de Estado. Devengo y percibo de trienios para personal eventual al servicio de una administración pública. 3. Comisiones Obreras c. Tyco Integrated Security. Desplazamientos desde el domicilio y tiempo de trabajo. 4. Pujante Riveira c. Fondo de Garantía Salarial. Inclusión en el cálculo de los despidos colectivos las extinciones por voluntad del empresario basadas en causas no imputables al trabajador: extinción pactada con indemnización como improcedente tras modificación sustancial de condiciones de trabajo. 5. Adif c. Aira Pascual. Aplicación de la reglas proteccionistas de transmisión de empresas a entidad pública. 6. Arjona Camacho c. Securitas Seguridad. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en despido discriminatorio e indemnización punitiva. III. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. D.O.R. y S.E. c. España. Expulsión de extranjeros y medidas cautelares.

I. Informes del Comité de Libertad Sindical

1. Introducción

Las quejas o reclamaciones por lesión de la libertad sindical han sido extraídos de la base de datos oficial de la Organización de Naciones Unidas (Normlex). Se han analizado todos los casos que afectan a España y a países del entorno europeo.

II. Caso núm. 3072: Portugal c. Confederación General de los Trabajadores Portugueses – Intersindical Nacional (CGTP-IN), presentada el 20 de marzo de 2014. Inconstitucionalidad de la reforma laboral y lesión del derecho a la libertad sindical

1. El asunto versa sobre la lesión que se produce en la libertad sindical por la modificación legislativa operada en el Código trabajo. Esencialmente porque se eliminan determinadas cláusulas convencionales relativas a días de descanso compensatorio, e indemnizaciones económicas en supuestos de despidos colectivos. Los recurrentes entienden que la alteración del contenido normativo de los convenios colectivos, así como las nuevas posibilidades que estos tienen encomendadas vulneran el principio de libertad sindical, porque, a su juicio, con estas medidas las autoridades públicas pretenden que la libertad negocial tenga menos espacio de desarrollo potencial. Es decir la lesión a la libertad sindical vendría con el estrechamiento legislativo de los márgenes del convenio colectivo, que tras la reforma tienen menos competencias.

Otro argumento de los recurrentes pivota sobre la reducción salarial que experimentan los funcionarios públicos y los trabajadores de las empresas del sector público, empleando para ello las leyes de presupuestos. Aprecian que dicha práctica viola los principios de libertad sindical, al atribuirse competencias que pertenecen, por entero, al ámbito negocial. Estas normas pueden tener eficacia general para los funcionarios, alegan, pero no para el personal sujeto al estatuto jurídico del trabajo asalariado.

Del mismo modo las normas de carácter general suprimieron algunas prestaciones sociales y percepciones extrasalariales y entiende los proponentes de la queja que la potencialidad de estas normas no puede proyectarse sobre ámbitos regidos por la negociación colectiva.

Otro aspecto problemático, como por otra parte ha ocurrido en nuestro ordenamiento tras la reforma que implementa en el Estatuto de los Trabajadores la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha sido el esta-

blecimiento de una cláusula de caducidad con respecto a la eficacia normativa de un convenio colectivo ya terminado, limitando la vigencia de normas convencionales que no se han renovado.

Por último, también se alega que el sistema contractual, tras la modificación legislativa operada, va a permitir que un trabajador recién contratado si no está afiliado a ningún sindicato pueda elegir el convenio colectivo que le va a ser de aplicación, circunstancia, al decir de los proponentes, claramente antisindical, en la medida en que permite un nivel de elección sobre el ámbito aplicativo del convenio incompatible con la eficacia general *erga homines* que tienen reconocidas las normas convencionales.

2. El Gobierno niega que las modificaciones legislativas lesionen el Derecho a la Libertad Sindical. Entienden que entra dentro del marco de distribución de competencias entre el Estado y la negociación colectiva implementar medidas extraordinarias en momentos de crisis económica tan singulares como las que atraviesa el país. La legitimación para su adopción proviene, por tanto, de su propio texto constitucional, y la oportunidad de la misma del impacto de la crisis económica.

3. El Comité de Libertad Sindical, después de sopesar las alegaciones de la queja, esencialmente las dos últimas argumentaciones, que son las de más calado: la posibilidad de que el convenio caducado pierda vigencia y las posibilidades de elección del convenio colectivo aplicable si el trabajador contratado no está afiliado a un sindicato, concluye que se le mantenga informado de la evolución de la situación, tras alentar “*al Gobierno a que siga promoviendo el diálogo social en relación a las medidas tomadas para hacer frente a la crisis y otras cuestiones relativas a los derechos de los trabajadores planteadas en la queja, con el objetivo de encontrar en la mayor medida posible soluciones compartidas por las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas*”, y aconsejar al Gobierno que “*evalúe con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas el impacto de las disposiciones legales adoptadas en materia de salarios y otras prestaciones y beneficios en el ejercicio de los derechos sindicales y en particular el derecho de negociación colectiva, con miras a asegurar que las medidas excepcionales adoptadas en atención a la crisis no se perpetúen*”.

Con respecto a estas cuestiones conviene recordar, aunque sea brevemente que la reforma del ordenamiento laboral portugués, en los años que van del 2009 al 2015 ha sido muy intensa, abarcando numerosas cuestiones laborales, desde una flexibilización de los despidos colectivos hasta la alteración de las reglas de la negociación colectiva. Pero a diferencia de lo que ha ocurrido en nuestro país, que nuestro Tribunal Constitucional sí ha considerado que las reformas laborales son plenamente constitucionales, el Tribunal Constitucional Portugués ha anulado parte de la reforma laboral del país vecino en una sentencia que podríamos considerar histórica: la Sentencia 602/2013, de 24 de octubre¹.

III. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. Introducción

La jurisprudencial reseñada del TJUE ha sido extraída de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Derechos fundamentales; Empleo; Libre circulación de los trabajadores; No discriminación, Política social, y Seguridad Social*. Se reseñan, en esta ocasión, todos los asuntos que afectan a España.

¹ Sobre el particular puede ser necesario consular un estudio pormenorizado sobre la influencia de dicha resolución en la normativa laboral. Interesante para este fin es el trabajo de MENES M, “As alteracoes ao código do trabalho Português na ótica do Tribunal Constitucional – o teor e o impacto do acórdão do Tribunal Constitucional nº 602/2013-”, en ARIAS DOMÍNGUEZ, A, Y GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (COORD.), *La hebdómada reformadora de la legislación laboral portuguesa (2009-2015): análisis desde la experiencia jurídica española*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 169 y ss.

En castellano un trabajo sobre la reforma laboral portuguesa y sus consecuencias muy recomendable es el de MONTERIO FERNANDES, A., “El impacto de la crisis en la legislación laboral portuguesa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33 (2013), pp. 279 y ss. También puede consultarse CARVALHO MARTINS, D, “Criterios del Tribunal Constitucional Portugués sobre la reforma laboral portuguesa de 2012”, *Análisis GA&P*, octubre de 2013, pp. 1 y ss. Y en portugués es muy claro el trabajo de LEITE JORGE, “A reforma laboral em Portugal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34 (2013), pp. 1 y ss.

2. STJUE de 9 de julio de 2015 [asunto: C-177/14] María José Regojo Dans c. Consejo de Estado. Devengo y percibo de trienios para personal eventual al servicio de una Administración Pública. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada

1. El TS Español evacuó una cuestión prejudicial relativa a la concesión de trienios a personal eventual de una administración pública (Consejo de Estado). Entiende la recurrente en la instancia jurisdiccional que las cláusulas 3, apartado 1, y 4, apartado 4, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, ‘Acuerdo marco’), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43) patrocinan, de un lado, la mejora de *“la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación”*, y, de otro, que no pueda *“tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*.

2. El problema jurídico fundamental consiste en determinar si el sistema remuneratorio establecido por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas: funcionarios y no funcionarios, permite, a la luz de la normativa comunitaria, una discriminación sobre el percibo de un concepto salarial basada única y exclusivamente en la consideración jurídica del vínculo jurídico (no funcional) que une al empleado con la Administración.

3. La reclamante había trabajado como personal eventual desde 1980 a 1996 al servicio del Tribunal Constitucional y, desde esa fecha en el Consejo de Estado. En 2012 solicita que se le concedan y abonen los trienios que le corresponderían desde 1980. La resolución de la reclamación jurisdiccional aprecia que *“la Ley 7/2007 no prevé el abono al personal eventual de estos complementos salariales por antigüedad, contrariamente a lo previsto para los funcionarios de carrera o los funcionarios interinos”*. Pero añade –y esto es, realmente muy importante– que, con *“arreglo a la Ley 2/2012, los funcionarios de carrera en situación de servicios especiales que ocupen puestos de trabajo reservados a personal eventual percibirán las retribuciones básicas correspondientes a su Grupo de origen, incluidos los trienios”*. Es decir, el personal eventual va a devengar o no los correspondientes complementos económicos por antigüedad (trienios) dependiendo, única y exclusivamente, de una condición previa a la designación, su condición o no de personal funcionario, sin que el ejercicio de la actividad laboral, sus condiciones de ejercicio, lugar, tiempo o modo, tengan alguna incidencia en dicho devengo.

4. El TS en su proposición, después de recordar que los cometidos laborales que desarrolla este personal eventual debe quedar reservado a aquellos empleados públicos que hayan sido seleccionados bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, pregunta las dos siguientes cuestiones:

En primer lugar, si este personal eventual puede entenderse comprendidos dentro de la definición de *“trabajador con contrato de duración determinada”*.

Y, en segundo lugar, si es aplicable a ese personal eventual el principio de no discriminación a los efectos de que le sean reconocidas y abonadas las percepciones retributivas que por el concepto de antigüedad son abonadas con carácter general a todo el personal al servicio de la Administración Pública: funcionarios de carrera, personal laboral indefinido, funcionarios interinos, y personal laboral con contratos de duración temporal.

Entiende el Tribunal que el mero hecho de que se califique a un trabajador de eventual en virtud del Derecho nacional carece de relevancia a efectos de dicha calificación desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea. Habida cuenta la normativa de igualdad de trato y no discriminación de la Unión Europea debemos entender que todo contrato de duración determinada debe tener el mismo trato, salvo que existas razones justificadas para implementar algún tratamiento distintivo razonable y objetivo.

5. Lo característico para definir un contrato de duración determinada es el hecho de que el final de dicho contrato de trabajo o de dicha relación laboral venga “*determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”.

Por ello, y teniendo presente estas consideraciones, el Tribunal entiende que la relación sometida a consideración, que finaliza de manera automática cuando se produzca el cese de la autoridad para la que se desempeñen las funciones, tiene un plazo cuyo final lo determina “*la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”, y, por consiguiente, debe considerarse como “*trabajador con contrato de duración determinada*”. Es decir, que para la normativa comunitaria un trabajador eventual como el aquí tratado debe considerarse como trabajador con contrato de duración determinada.

6. Para responder a la segunda cuestión, en realidad la trascendente desde una perspectiva práctica, debe partirse de una idea básica. Que la normativa antidiscriminatoria aplicable a los contratos de trabajo se implementa con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida, impidiéndose la interpretación restrictiva de dicho principio.

El Tribunal ya ha tenido la oportunidad de analizar si dichos complementos salariales son aplicables a los trabajadores con duración de determinada. Y ha declarado que tales complementos salariales por antigüedad se encuentran incluidos en el concepto de condiciones de trabajo. Afirmando también que los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden, sin que exista una justificación objetiva concreta y precisa, ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable.

El concepto de trabajador con contrato de duración indefinida comparable se emplea por la normativa comunitaria para incluir en su ámbito objetivo de proyección a todo “*trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña*”.

Los términos de comparación vienen determinados tanto por la naturaleza del trabajo como por las condiciones de formación y las condiciones laborales de ejercicio de dicha actividad. Y el Tribunal debe analizar si la diferencia de trato en cuando al percibo de las percepciones salariales tiene alguna justificación objetiva o si, por el contrario, la diferencia de trato es irrazonable, arbitraria o caprichosa.

7. En definitiva, el Tribunal debe analizar si los cometidos profesionales de la demandante son o no idénticos o análogos a los de un funcionario de carrera en el mismo puesto de trabajo. El Tribunal se muestra contundente al afirmar que aunque en determinadas circunstancias, dadas las responsabilidades y naturaleza de las funciones, puede establecerse un distinto tratamiento remuneratorio a favor de los funcionarios sobre otros trabajadores, “*no parece ser el caso en el litigio principal*”.

El motivo esencial para entenderlo así es que la propia norma española reguladora de las condiciones laborales del personal al servicio de la Administración Pública prevé que los funcionarios de carrera sí pueden percibir los trienios si ocupan puestos de carácter eventual. Por lo que puede afirmarse, sin ambages, que el hecho de que los funcionarios de carrera tengan derecho a esos complementos salariales durante el tiempo en que ejerzan los cometidos que corresponden al personal eventual “*contradice la alegación según la cual la naturaleza particular de las funciones de confianza o de asesoramiento especial que desempeña el personal eventual diferencia a estos dos tipos de personal y justifica una diferencia de trato entre ellos en lo que atañe al abono de dichos complementos salariales*”.

De lo que se deduce que la norma comunitaria se opone a la nacional que “*que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos, en particular, a los funcionarios de carrera, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento salarial, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables*” circunstancia que “*corresponde verificar al tribunal remitente*”.

3. STJUE de 10 de septiembre de 2015 [asunto: C-266/14] Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras c. Tyco Integrated Security. Desplazamientos desde el domicilio y tiempo de trabajo. Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

1. Se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional sobre la negativa de la empresa de considerar como tiempo de trabajo el empleado en desplazarse desde su propio domicilio personal al centro de trabajo del primer cliente y entre el domicilio del último cliente a su propio domicilio.

La empresa se dedica a la instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad en empresas y domicilios, detección de intrusión y sistemas antihurto, por lo que cual es muy común el desplazamiento de trabajadores de la empresa hacia las empresas cliente, por lo que ejercen una actividad comercial en la zona a la que están adscritos. La empresa procedió a cerrar todas las instalaciones que tenían en determinadas provincias, quedando todos los trabajadores de la misma adscritos orgánicamente a las oficinas centrales de Madrid, pero sin centro de referencia provincial.

Cada trabajador tiene a su disposición un vehículo facilitado por la empresa con el que se desplazan diariamente desde su propio domicilio a los centros donde han de realizar las tareas de instalación o mantenimiento de los aparatos de seguridad. Con dicho vehículo regresan a su domicilio al terminar su jornada. La distancia desde el domicilio de un trabajador medio hasta el centro de trabajo en el que desarrolla su intervención profesional es muy variable, siendo a veces superior a 100 kilómetros diarios. También se desplazan una o varias veces por la semana a las oficinas de una agencia logística de transporte cercana a su domicilio, con el objetivo de recoger los aparatos, piezas y material que necesitan para sus intervenciones a lo largo de la semana.

Todo trabajador tiene un teléfono móvil facilitado por la empresa en el que se ha instalado una aplicación mediante la cual reciben el día anterior la hoja de ruta diaria que deben seguir para acudir a los distintos centros que deben visitar en cada jornada (dentro de su zona territorial de intervención), con los horarios en que deben presentarse ante los clientes. Mediante otra aplicación del teléfono los trabajadores rellenan los datos de las intervenciones realizadas y los transmiten a la empresa, con el propósito de registrar las eventuales incidencias que han atendido y las operaciones que han realizado.

2. El problema jurídico sometido al Tribunal radica en que la empresa no contabiliza como tiempo de trabajo el empleado por los trabajadores en desplazamiento desde su propio domicilio a la empresa de los clientes. La empresa calcula la duración de la jornada diaria contabilizando el tiempo transcurrido entre la hora de llegada de sus trabajadores al centro del primer cliente del día y la hora en que estos trabajadores salen del centro del último cliente, y sólo se tiene en consideración el tiempo en que se llevan a cabo las intervenciones en dichos centros y los desplazamientos intermedios, entre varios cliente dentro de la misma jornada. Pero se desprecia el tiempo empleado en acudir desde el propio domicilio al centro de trabajo del primer cliente y desde el último centro de trabajo visitado en el día a su propio domicilio, en el sentido de que no se considera tiempo de trabajo.

Es muy significativo que antes del cierre de las oficinas provinciales la empresa calculaba la jornada de trabajo diaria de sus trabajadores desde su entrada en las mencionadas oficinas para retirar el vehículo puesto a su disposición. Ahí era donde recogían la lista de los clientes que debían visitar y la hoja de ruta, y a este centro de trabajo debían regresar al terminar la jornada, con el objetivo de depositar el vehículo de empresa.

La Audiencia Nacional proponente de la cuestión prejudicial parte de la consideración de que para los trabajadores móviles del sector de transportes terrestres se considera que el puesto de trabajo se encuentra precisamente en su vehículo que se emplea para los desplazamientos, de modo que se considera tiempo de trabajo cualquier tiempo de desplazamiento empleando el vehículo. Lo que se cuestiona es si la situación de los trabajadores afectados en el litigio principal puede considerarse análoga a la de los trabajadores móviles de dicho sector. Si la respuesta fuese afirmativa la conclusión del tribunal sería evidente: el tiempo empleado debe considerarse de trabajo.

Entiende el Tribunal que el hecho de que los trabajadores sean informados en su teléfono móvil del trayecto que deben realizar cada día y de los servicios concretos que deben prestar a los clientes unas

horas antes de la cita dificulta la adaptación de su vida personal y familiar a la laboral. Se entiende, por ello, que el tiempo empleado en desplazarse desde el propio domicilio al de los clientes no puede considerarse estrictamente como un período de descanso. Peto duda de si, en puridad, puede entenderse que estamos en presencia de un tiempo en el que los trabajadores estén estrictamente a disposición del empresario para que éste les pueda encomendar alguna tarea distinta del propio desplazamiento.

En definitiva, no tiene claro si el tiempo empleado en el desplazamiento desde el propio domicilio al del cliente constituye tiempo de trabajo o período de descanso. Por lo que concretamente pregunta el TJUE si el tiempo invertido en dichos desplazamientos debe considerarse “*tiempo de trabajo*” o “*período de descanso*”, al carecer dichos trabajadores de un centro de trabajo fijo o habitual.

3. El Tribunal subraya como antes de la decisión empresarial de eliminar las oficinas provinciales la empresa entendía, pacíficamente, que era considerado tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento de sus trabajadores entre las oficinas provinciales y los centros del primer y del último cliente diario. Pero no su tiempo de desplazamiento desde su domicilio a las oficinas provinciales al comienzo y al final de la jornada. Entiende, además, que durante el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes, los trabajadores no están ejerciendo sus actividades profesionales características ni funciones esenciales de ellas.

El Tribunal aprecia, no obstante, que los desplazamientos de los trabajadores al dirigirse a los centros de los clientes forman parte de la actividad propiamente dicha, pues son imprescindible para la realización de las prestaciones técnicas. Sin desplazamiento no puede haber prestación laboral, y ésta no puede hacerse de otra manera que no sea presencial. Entenderlo de otra manera llevaría a la conclusión de que sólo el tiempo destinado al ejercicio de la actividad de instalación y de mantenimiento de sistemas de seguridad propiamente dicha debería ser considerado tiempo de trabajo. Tiene su importancia para el Tribunal el cambio de criterio que experimenta la empresa después de la supresión de las oficinas provinciales, esencialmente porque la naturaleza de los desplazamientos no ha cambiado a partir de la supresión de las oficinas provinciales, sólo se ha modificado el punto de partida de dichos desplazamientos.

Apoya esta interpretación el hecho incontrovertido de que el trabajador está obligado a estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad. La naturaleza laboral del desplazamiento, por tanto, es indudable.

El cierto, como se alega, que durante el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes los trabajadores tienen una cierta libertad para la organización de su tiempo, de la que carecen al momento de llevar a cabo la intervención en el centro del cliente, libertad organizativa de la que también gozaban antes de la decisión empresarial que extinguía las oficinas provinciales, argumento que no desvirtúa la conclusión a la que llega el Tribunal, esencialmente porque durante todo el tiempo que dura el desplazamiento los trabajadores se encuentran sometidos a las instrucciones del empresario, que puede sobrevenidamente modificar el orden de los clientes a visitar, o anular o añadir una cita, etc. Es decir, puede alterar el contenido general de la prestación, característica esencial del poder de dirección empresarial. Repárese, además, que aunque los trabajadores pueden organizar su desplazamiento por sí mismos carecen de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo o dedicarse a sus asuntos personales, por lo que, en realidad, continúan durante todo el tiempo que dura el desplazamiento a disposición del empresario.

Nada obsta, no obstante lo afirmado, a que el empresario, si lo estima oportuno, implemente los sistemas de control necesarios para prevenir eventuales abusos de los trabajadores con respecto al tiempo que emplean para los desplazamientos. Afirmación a mayor abundamiento que subraya enfáticamente la consideración laboral del tiempo invertido en los desplazamientos.

4. En definitiva, y en conclusión, para este tipo de trabajadores que carecen de un centro de trabajo fijo o habitual al que acudir para dar comienzo o finalizar la jornada laboral el tiempo diario invertido en desplazarse entre su propio domicilio y el centro de trabajo del primer cliente, así como el empleado en desplazarse desde el centro del trabajo del último cliente del día y su domicilio constituye “*tiempo de trabajo*”.

Ello tiene una peculiarísima consecuencia para el sistema de seguridad social: que el eventual accidente que sufra el trabajador en estos dos desplazamientos (en realidad en todos los que haga en la

jornada, también, por tanto, los emprendidos en la jornada entre los centros de trabajo de varios clientes), se van a considerar accidentes de trabajo propiamente dicho (art. 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) y no *in itinere*. Eso supone que una vez acaecido el accidente las presunciones afirmativas de la consideración laboral del mismo protegen al trabajador, corriendo con la carga de la prueba quienes nieguen su consideración laboral. Es decir, el accidente de trabajo en estas condiciones es laboral, y sólo deja de ser tal si se prueba que no concurrían en él las características de lugar, tiempo y modo, carga probatoria que corresponde al empresario.

4. STJUE de 11 de noviembre de 2015 [asunto: C-422/14] Cristian Pujante Rivera c. Fondo de Garantía Salarial. Inclusión en el cálculo de los despidos colectivos las extinciones por voluntad del empresario basadas en causas no imputables al trabajador: extinción pactada con indemnización como improcedente tras modificación sustancial de condiciones de trabajo. Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de legislaciones sobre despidos colectivos

1. Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere la normativa comunitaria relativa a despidos colectivos debe tenerse en consideración cualesquiera otras extinciones producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario no relacionados con motivos no inherentes a la persona del trabajador. Es decir, sólo quedan fuera del cómputo las extinciones que se relacionan directamente con la persona del despedido, en una clara referencia a los despidos culpables, a los despidos disciplinarios.

Por eso cuando en períodos sucesivos de noventa días, y con el propósito de eludir las previsiones normativas, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de causas económicas en un número inferior a los umbrales señalados pero sin que concurren causas nuevas que lo justifiquen estas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

2. El trabajador despedido impugna la validez de su despido, basado en causas económicas, porque entiende que la empresa debería haber aplicado el procedimiento de despido colectivo. Entiende que si se tienen en cuenta las extinciones de contrato producidas en los períodos de 90 días que respectivamente precedieron y siguieron a su propio despido, sí se alcanza el umbral numérico establecido por la normativa nacional para considerarse que el despido es colectivo.

El Juzgado correspondiente plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

Si las extinciones contractuales por cumplimiento regular de la causa de temporalidad quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de despidos colectivos, es viable computarlos a efectos de determinar el número de trabajadores “*habitualmente*” empleados en la empresa para el cálculo del umbral numérico del despido colectivo.

Y, en segundo lugar, si puede entenderse incluido en el concepto de extinciones a efectos del cómputo de despido colectivo aquella extinción contractual acordada de mutuo acuerdo entre empresario y trabajador pero que procede de una previa modificación sustancial de las condiciones de trabajo a iniciativa del empresario por causa de crisis empresarial y que, finalmente, es indemnizada con un importe equivalente al despido improcedente.

3. Con respecto a la primera cuestión en ocasiones anteriores el Tribunal ha afirmado que los trabajadores de duración determinada deben considerarse incluidos entre los trabajadores ‘*habitualmente*’ empleados en el centro de trabajo de que se trate. Pero para apreciar si se ha llevado a cabo un ‘*despido colectivo*’ en el sentido que requiere la normativa comunitaria, no han de tenerse en consideración las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, siempre que dichas extinciones tengan lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llegó a su fin o se finalizó la tarea encomendada.

El análisis de la segunda cuestión debe partirse de la base de que la normativa comunitaria no define de forma expresa qué ha de entenderse por despido, pudiéndose englobar conceptualmente –en

principio- cualquier tipo de extinción contractual no deseada por el trabajador, incluyendo a aquellas que nominalmente no se catalogan como de despido.

Para el caso concreto sometido a la jurisdicción del tribunal se afirma que aunque *prima facie* pudiera parecer que la extinción contractual está intimada voluntariamente por la trabajadora afectada no lo es menos que el origen de la extinción de esa relación de trabajo es la previa modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la trabajadora, no relacionado con ella. En el caso concreto se trataba de una reducción de la remuneración fija de la trabajadora por razones económicas. Reducción que al no ser aceptada por la trabajadora dio lugar a la rescisión (pactada, o adoptada de común acuerdo) del contrato de trabajo, acompañada del abono de una indemnización económica calculada de la misma manera y cuantía que el despido improcedente. De lo que se colige que el hecho de que el empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio de la trabajadora, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a su persona queda comprendido en el concepto de ‘despido’ que emplea la normativa comunitaria. Es decir, que para el cálculo del volumen de despidos colectivos en períodos sucesivos de noventa días no debe contabilizarse la extinción (formal) de común acuerdo producida en estas circunstancias.

5. STJUE de 26 de diciembre de 2015 [asunto: C-509/14] Adif c. Aira Pascual. Aplicación de las reglas proteccionistas de transmisión de empresas a entidad pública. Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas

1. La sentencia deviene de una cuestión prejudicial planteada en un procedimiento jurisdiccional en el que se debatía si la normativa europea relativa a la protección de derechos de los trabajadores en un supuesto de transmisión de empresas es aplicable al caso de que una empresa pública decide, sin solución de continuidad, revocar, de un lado, la concesión para la explotación de un servicio público que tenía concedida a una empresa privada, y explotar, de otro, con sus propios trabajadores dicho servicio público.

Una vez adoptada esta decisión decide no subrogarse en los derechos y obligaciones frente al personal de la empresa privada que tenía la concesión, con lo que la empresa procedió al despido colectivo por causas productivas de los trabajadores. Uno de los trabajadores afectados por el despido plantea una demanda conjunta contra la empresa privada y contra la empresa pública, argumentando que la empresa pública estaba obligada a subrogarse en las relaciones laborales del personal de la empresa concesionaria. Entiende, en particular, que la decisión de la empresa de revertir la concesión y gestionar directamente el servicio era, en realidad, una situación asimilable jurídicamente a la sucesión de empresas desde el punto de vista del ordenamiento interno, solicitando, por tanto, que se declare nulo el despido, o en su defecto improcedente, y se condene a la empresa pública a readmitir al trabajador.

El Juzgado de lo Social declaró que el despido era improcedente y condenó a la empresa a abonarle una indemnización. Aprecia que efectivamente se había producido una transmisión de empresa, ya que el servicio de que se trata en el litigio principal seguía prestándose con los mismos medios materiales y para el mismo cliente y en las mismas instalaciones. En definitiva que la actividad laboral se desarrolla en idénticas circunstancias de lugar, tiempo y modo. El TSJ que juzga el recurso de suplicación impetrado frente a la sentencia de instancia duda sobre la aplicación de las reglas de transmisión de empresas cuando hay una empresa pública en juego y decide plantear la cuestión prejudicial.

2. En TJUE comienza recordando, en primer lugar, que la circunstancia de que el cesionario sea un organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de una sucesión de empresas y, por tanto, de una transmisión de trabajadores, y, en segundo lugar, que la norma comunitaria abarca todos los supuestos de cambio o sustitución empresarial, en el marco de relaciones contractuales laborales privadas, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones características del empresario frente a los empleados de la empresa. Singularmente entiende que dicha normativa sí es aplicable a una situación en la que una empresa que confía a

otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma dichas tareas.

Teniendo en consideración todas las circunstancias de hecho, singularmente el tipo de empresa de que se trata, el hecho de que se hayan transmitido elementos materiales de la misma, edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, así como la duración de una eventual suspensión de dichas actividades, son factores determinantes para analizar si el nuevo empresario, la entidad pública en nuestro caso, debe hacerse cargo o no de los trabajadores, aplicándosele la garantía de la normativa comunitaria que patrocina el mantenimiento de las relaciones laborales en supuestos de sucesión de empresas.

3. El Tribunal considera que en este análisis debe diferenciarse entre actividades profesionales basadas esencialmente en la mano de obra de aquellas otras en las que la mano de obra no es el factor determinante de la productividad. Y en la situación objeto del litigio no puede considerarse una actividad esencialmente basada en el empleo de mano de obra, pues requiere un equipamiento singular muy característico, con una tecnificación muy importante. Y este es el dato esencial para entender que al ser una actividad basada esencialmente en el equipamiento, y al entender que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran al anterior empresario sino que eran propios y puestos a su disposición no debe excluirse la existencia de una transmisión de empresa.

Se entiende, por tanto, comprendida en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria la situación en la que una empresa pública confía, mediante un contrato de gestión de servicios públicos, la explotación de esa actividad a otra empresa privada, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal. En conclusión, el Tribunal entiende que la normativa relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas sí es aplicable.

6. STJUE de 17 de diciembre de 2015 [asunto: C-407/14] María Auxiliadora Arjona Camacho c. Securitas Seguridad España. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en despido discriminatorio e indemnización punitiva. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

1. La aplicación de la normativa comunitaria relativa a la igualdad de oportunidades, y muy singularmente sus artículos 18 y 25, exige que la compensación reconocida por cualquier vulneración del principio que protege debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de lo que se infiere que no es razonable establecer un tope máximo para dicha compensación. El artículo 18 introduce un principio general de reparación por la indemnización sufrida que sea a su vez “*disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido*” y “*no limitada a un tope máximo fijado a priori*”. Por su parte el artículo 25 prevé que las sanciones que impongan las autoridades nacionales por incumplimiento de los mandados de la Directiva tendrán que ser “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, pudiendo incluir “*la indemnización a la víctima*”.

2. Una trabajadora despedida interpone una demanda por despido discriminatorio por razón de sexo, solicitando una indemnización en concepto del daño sufrido. El juzgado de lo social reconoce que el despido es efectivamente discriminatorio por razón de sexo, y consulta mediante la cuestión prejudicial comunitaria si es aplicable, y sobre todo cómo se aplica, el principio contenido en la normativa comunitaria según el cual el daño producido por la conducta discriminatoria no sólo debe ser reparado en su integridad, sino también indemnizado de manera disuasoria, lo que llevaría a fijar una indemnización que va más allá de la reparación íntegra del perjuicio sufrido, de manera punitiva, con el propósito de servir de ejemplo a su empleador.

3. El concepto de daño punitivo no existe, como tal, en el Derecho laboral español, por lo que el planteamiento de la cuestión prejudicial va más allá de la aplicación de una norma nacional para entrar de lleno en la eventualidad de imponer directamente una sanción pecuniaria aplicando la normativa comunitaria².

La limitación a las indemnizaciones por despido es práctica común en esta materia, aunque no siempre ha sido así. Procede de la transición política y la adopción de este mecanismo de indemnización tasada en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, parcialmente vigente todavía hoy para regular determinados aspectos del ejercicio del derecho de huelga y cierre patronal. Posteriormente la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobaba el Estatuto de los Trabajadores derogó los preceptos que el R D-L dedicaba al despido, en realidad los incorporó al cuerpo estatutario.

El argumento dogmático esencial para establecer una limitación económica en la cuantificación de la indemnización económica por despido se relaciona con dificultad de calibrar, para cada caso concreto, qué consecuencias reales tiene el daño producido por la extinción *ante tempus* de la relación laboral sin causa imputable al trabajador. Sería dificultosísimo desde un punto de vista procesal proceder a calibrar, para cada caso, para cada despido concreto, cuál es el daño causado por la decisión extintiva empresarial, pues se tendría que acudir a tal número de variables (situación familiar, estados de necesidad, posibilidades de que encuentre un nuevo empleo de similares características, devengo o no de una prestación de desempleo, etc.) para su correcta cuantificación que sería prácticamente irreconducible a una lógica armonizadora. Por eso se adopta un sistema indemnizatorio que predetermina el montante de la indemnización, con independencia absoluta (excepto que haya encontrado empleo en el período que media desde la recepción de la carta de despido hasta la sentencia de instancia que declare el despido improcedente) del eventual daño causado al trabajador.

Pero esta limitación total de la indemnización en supuestos de despido juega también como mecanismo limitador de la responsabilidad del empresario. Es decir, se sabe al momento de tomar la decisión extintiva que la indemnización no puede ser más alta que el tope máximo predeterminado por la norma. Por lo que el debate jurídico se traslada hacia la apreciación de si ha existido o no causa para el despido, hacia su existencia misma. No hay más alternativas. O es despido procedente, en cuyo caso no hay indemnización, o es improcedente sin reingreso en cuyo caso se acude a la indemnización tasada. Pero el juez de lo social no puede modular, aquilatar o graduar la indemnización por despido que considera más adecuada, más justa, al caso concreto. Aplica la fórmula preestablecida en la norma, que se erige así en garantía máxima de onerosidad para el empresario, y en cuantía mínima para el trabajador despedido injustamente.

Este mecanismo funciona bien en la lógica de un despido debido a situaciones productiva ordinarias, decisión extintivas, justas o no, adecuadas o no, procedentes o improcedentes, pero relacionadas con la dinámica productiva empresarial. Sin embargo, y esta es la cuestión debatida en esta resolución, el establecimiento de un *quantum* indemnizatorio predeterminado no satisface, no al menos plenamente, la compensación del daño sufrido por el trabajador en despidos discriminatorios, basados en motivos inconstitucionales, selectivos o con propósito dañoso.

Nuestro ordenamiento tiene algunos mecanismos jurídicos para reponer íntegramente a la víctima de discriminación, y para articular una indemnización que tenga en consideración las circunstancias de cada caso. Pero son mecanismos que no pueden implementarse para la imposición de una sanción ejemplificadora. Es decir, sí existe la posibilidad de deducir una sanción adecuada al perjuicio causado, al daño sufrido, pero no puede emplearse dicha sanción para deducir lo que la normativa comunitaria denomina "*multa disuasoria*".

El art. 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, dispone expresamente: "*1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse*

² La atención a esta resolución por parte de la doctrina patria ha sido instantánea. Véase LÓPEZ CUMBRE, L.: "Daños 'punitivos' en el ámbito laboral", GA&P, febrero 2016, p. 3 y ss; ROJO TORRECILLA, E.: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre dos nuevas cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales y juzgados españoles", <http://www.eduardo-rojotorrecilla.es/2015/12/el-tribunal-de-justicia-de-la-union.html>; y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Daños punitivos en despido discriminatorio (y algunas reflexiones desde la perspectiva de la eficacia de las normas)", <http://ignasibeltran.com/2015/12/22/danos-punitivos-en-despido-discriminatorio-y-algunas-reflexiones-desde-la-perspectiva-de-la-eficiencia-de-las-normas/>

sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

Más allá de la cuestión penal referenciada en el inciso cuarto, siempre espectacular, lo realmente importante del precepto es que permite (“*será compatible*”, dice el inciso tercero) la acumulación de la indemnización tasada por despido con la indemnización abierta, o no tasada, que satisfaga y repare el daño causado en toda su intensidad, cuestión ya admitida con naturalidad desde la STS de 12 de junio de 2001 (RJ 2001\5931).

Lo que no se permite, no al menos de manera expresa, es la posibilidad de imponer una multa indemnizatoria con fines disuasorios, la posibilidad de imponer una indemnización punitiva. Mientras que el artículo 18 de la directiva tiene por objeto imponer la completa reparación del daño causado más allá de la cuantía económica tasada, el artículo 25 pretende imponer una indemnización económica a la víctima disuasoria. El primer propósito se ha conseguido con el precepto previsto en la norma adjetiva, pero el segundo no es posible que se articule en nuestro ordenamiento jurídico. Porque todavía no hay normativa precisa y concreta que habilite la imposición de multas o sanciones disuasorias.

De forma mucho más concreta el art. 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone que “*Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*”.

Repárese que el precepto permite que se articule un sistema eficaz de sanciones disuasorias, pero todavía no se ha implementado. Porque cuando la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social regula la imposición multas de contenido económico a los empresarios (entre otros eventuales sujetos) infractores no se hace con un propósito disuasorio, y, desde luego no se dilucida para ser percibidas por el sujeto discriminado, en esta caso, sino por la administración.

4. En TJUE entiende en su resolución que los Estados miembros tienen la obligación de introducir en sus ordenamientos las medidas necesarias para garantizar la reparación real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, teniendo presente que dicha indemnización punitiva puede ser, a su vez, disuasoria y no tiene, por eso, que sujetarse a un tope máximo fijado a priori. Según este principio, el ordenamiento Española tiene la obligación de incorporar mecanismos indemnizatorios abiertos (y por tanto no tasados) para reparar no sólo, como se hace, el daño causado a los trabajadores que padecen discriminación por razón de sexo, sino también para que sirvan de ejemplo a la sociedad en términos disuasorios.

Para el cumplimiento de dicha obligación comunitaria los Estados miembros tienen la posibilidad de elegir de qué manera llevan a cabo dicha modificaciones legislativas internas. Pero dicha libertad tiene que respetar, en todo caso, las consecuencias que se deducen de la interpretación de la normativa comunitaria. En concreto debe garantizarse que la indemnización pecuniaria compense íntegramente los per-

juicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio, aspecto que ya cumple nuestra normativa interna. Pero para que el perjuicio sufrido debido a una discriminación por razón de sexo tenga una indemnización disuasoria, es decir, una indemnización individual a quien ha sufrido el perjuicio que vaya más allá del daño causado y sirva como elemento disuasorio los Estados miembros tienen que introducir en su ordenamiento jurídico interno medidas concretas que permitan imponer dicha multa pecuniaria.

Por ello, teniendo presente que el Derecho nacional carece de norma que permita el abono de daños punitivos a la víctima de una discriminación por razón de sexo, la normativa comunitaria no prevé que el juez nacional pueda condenar por sí mismo al autor de esta discriminación al abono de tales daños. Obviamente, si un Estado miembro decidiera implementar mecanismos que permitieran conceder daños punitivos a la persona discriminada, en su labor legislativa debe fijar los criterios de imposición.

III. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. Introducción

La búsqueda de jurisprudencia del TEDH en los casos que afecte a España ha sido extraída del elenco de resoluciones traducidas por el Ministerio de Justicia.

2. Decisión de 7/7/2015: asunto: D.O.R. y S.E. c. España (demandas núm.: 45858/11 y 4982/12). Expulsión de extranjeros y medidas cautelares

1. En un proceso acumulado de dos demandas, una de una ciudadana colombiana y otra de una ciudadana nigeriana, contra el gobierno de España, se debatía la procedencia de ambas solicitudes de protección internacional que cursan (por separado) nada más pisar el territorio nacional. En ambos casos aducen que estaban siendo perseguidas por grupos paramilitares que ejercían violencia física, habiendo sufrido violencia familiar y la última de ellas episodios de acoso de carácter sexual y de explotación sexual.

Ambas solicitudes de protección internacional, de julio de 2011 y enero de 2012 respectivamente, fueron denegadas por el Ministerio del Interior. Se motivaron, apoyándose en el art. 21.2.b) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en la insuficiencia de datos de la solicitud careciendo sus exposiciones de suficientes credibilidad. El precepto en cuestión permite que el Ministro del Interior deniegue “a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación” su solicitud “cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave”.

2. La cuestión jurídica fundamental radica en la interpretación que ha dársele al art. 59 bis de la Ley 4/2000 de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dedicado a “*Víctimas de la trata de seres humanos*”.

Dicho precepto en su inciso primero prevé la posibilidad de que “los órganos administrativos competentes” concedan a las víctimas de trata de personas, siempre que aprecie que “*existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos*” un “*período de restablecimiento y reflexión*” con el propósito de que puedan escapar de la influencia de los traficantes y decidir si desean cooperar con las autoridades competentes en la investigación del delito.

Dicho período, según dispone en inciso segundo de precepto, “*tendrá una duración de, al menos, noventa días*”. Lo peculiar de dicho período es que mediando el mismo “*se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas*”.

La decisión administrativa consideró que no había indicios razonables que sustentaran las alegaciones de la demandante según las cuales sería víctima de trata de personas.

Dicha decisión fue recurrida por ambas solicitantes, por separado, ante la jurisdicción competente. Esencialmente solicitaron el reexamen de las resoluciones del Ministerio del Interior por la existencia de motivos de fondo para la concesión de la solicitud. La delegación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en España entendió que tanto los motivos aducidos por ambas solicitantes como las informaciones facilitadas por ellas, eran coherentes, razonables, y aportaban suficientes indicios que justificaran la admisión de sus solicitudes de protección internacional.

Antes de que la jurisdicción competente se pronunciase sobre el fondo del asunto una de las demandantes acudió al TEDH intimando la concesión de medidas cautelares.

3. Antes de resolverse por el TEDH la pretensión sobre el fondo del asunto se informa a éste que el Tribunal Supremo había estimado el recurso, de una de las reclamantes, frente a la sentencia de la Audiencia Nacional confirmatoria de las resoluciones del Ministerio del Interior, ordenando la admisión a trámite de la solicitud de la demandante y exigiendo que se proceda a un examen sobre el fondo del asunto.

En su sentencia, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina consolidada en la materia, concluyendo que el procedimiento administrativo ordinario era el que debía seguirse cuando una solicitud de protección internacional no resultaba ser, a primera vista, claramente abusiva o manifiestamente infundada. Con respecto a la otra reclamante la Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo y anuló las resoluciones administrativas que no concedían la protección solicitada. La propia resolución aplica las resoluciones del Tribunal Supremo referenciadas en el otro caso.

Todo ello conlleva que la solicitud de protección internacional de las demandantes están siendo examinadas actualmente por las Autoridades administrativas. Porque, como prevé el art. 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, "*Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida*". Las demandantes entienden que el carácter no suspensivo de los recursos administrativos contra las denegaciones de sus solicitudes de protección internacional les perjudica enormemente.

4. El TEDH entiende oportuno enjuiciar las demandas conjuntamente, dada la innegable conexión temática que existe entre ellas.

Con respecto a la alegación de la no suspensión de la orden de expulsión el TEDH subraya que la formulación de la orden de protección, como argumenta el Gobierno español, conlleva automáticamente la suspensión de la orden de expulsión hasta que se resuelva sobre el fondo del asunto. Se garantiza así que las demandantes no sean expulsadas del territorio español mientras dure el procedimiento.

Con respecto a la alegación de que la expulsión podría conllevar graves riesgos para su vida e integridad física el TEDH recuerda que según consolidada jurisprudencia sólo puede acudir a él una vez que se han agotado los recursos internos disponibles y suficientes que le permitan obtener reparación de las violaciones que alega.

Entiende, en definitiva, que el fondo de las pretensiones de las reclamantes, la concesión de la orden de protección, todavía se encuentre pendiente de resolución, por lo que estima que esta pretensión es prematura en este momento procesal.

En conclusión, el TEDH decide, en primer lugar, la acumulación de las demandas es lo procesalmente correcto, y, en segundo lugar, la inadmisión, por prematuras, de las pretensiones relacionadas con la alegación de que la expulsión del territorio podría conllevar graves riesgos para su integridad física o su vida, en la medida en que no se ha agotado la vía jurisdiccional previa.