

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL
INTERNACIONAL
JULIO / DICIEMBRE 2017

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR
JURISPRUDENCE
JULY / DECEMBER 2017

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 07.07.2018 / Aceptado: 10.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4400>

Resumen: En el período de referencia no hay nuevas quejas “abiertas” o “en seguimiento” ante el Comité de Libertad Sindical. Tampoco el informe núm. 383 (331ª reunión, Ginebra, 26 de octubre – 9 de noviembre de 2017) contiene referencias al Reino de España.

El Tribunal de Justicia de la Unión ha dictado tres resoluciones que afectan a España directamente: *Elda Otero Ramos c. Servicio Galego de Saúde* sobre el mecanismo técnico de acreditación de la circunstancia de que la ejecución de las funciones inherentes al puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural; *María Begoña Espadas Recio c. Servicio Público de Empleo Estatal* sobre el cálculo de la base para determinar la duración de la prestación por desempleo para los trabajadores a tiempo parcial; y *Margarita Isabel Vega González c. Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias* relativo a la negativa al reconocimiento de la situación de servicios especiales.

En el ámbito del TEDH se han dictado dos resoluciones en relación con España: *N.D. y N.T. c. España* en relación con el mecanismo de expulsión de inmigrantes extranjeros de manera colectiva; y *Mercedes Jiménez Ruíz c. España* sobre reconocimiento de pensión de viudedad tras reconciliación después de la separación judicial.

Palabras clave: riesgo durante la lactancia natural, forma de cálculo de la base de la prestación de desempleo para los trabajadores a tiempo parcial, consecuencias del no reconocimiento de la situación de servicios especiales, expulsión de inmigrantes de forma colectiva, pensión de viudedad.

Abstract: In the reference period, there are no new “open” or “pending” complaints before the Committee on Freedom of Association. Neither the report no. 383 (331st meeting, Geneva, October 26 - November 9, 2017) contains references to the Kingdom of Spain.

The Court of Justice of the Union has issued three resolutions that directly affect Spain: *Elda Otero Ramos c. Galego de Saúde Service* on the technical mechanism of accreditation of the circumstance that the execution of the functions inherent in the workplace presents a risk for breastfeeding; *María Begoña Espadas Recio c. Public State Employment Service* on the calculation of the basis for determining the duration of unemployment benefit for part-time workers; and *Margarita Isabel Vega González c. Ministry of Finance and Public Sector of the Government of the Principality of Asturias* regarding the refusal to recognize the situation of special services.

In the field of the ECHR, two resolutions have been issued in relation to Spain: *N.D. and N.T. c. Spain* in relation to the mechanism of expulsion of foreign immigrants collectively; and *Mercedes Jiménez Ruiz c. Spain* on recognition of widow's pension after reconciliation after judicial separation.

Keywords: risk during breastfeeding, form of calculation of the basis of unemployment benefit for part-time workers, consequences of non-recognition of the situation of special services, expulsion of immigrants collectively, widow's pension.

Sumario: I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. S TJUE de 19 de octubre de 2017 [asunto: C-531/15]. *Elda Otero Ramos c. Servicio Galego de Saúde*. Acreditación de que la ejecución de las funciones inherentes al puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural. 3. S TJUE de 9 de noviembre de 2017 [asunto: C-8/15]. *María Begoña Espadas Recio c. Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*. Determinación de la base de cálculo de la duración de la prestación por desempleo para los trabajadores a tiempo parcial. 4. S TJUE de 20 de diciembre de 2017 [asunto: C-158/16]. *Margarita Isabel Vega González c. Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias*. Negativa al reconocimiento de la situación de servicios especiales. II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. *N.D. y N.T. c. España*. Expulsión colectiva de inmigrantes. 3. *Mercedes Jiménez Ruiz c. España*. Reconocimiento de pensión de viudedad tras reconciliación después de la separación judicial.

1. Introducción

La jurisprudencial analizada en este crónica 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 todos los asuntos que afectan directamente a España en el período temporal referenciado.

2. S TJUE de 19 de octubre de 2017 [asunto: C-531/15]. *Elda Otero Ramos c. Servicio Galego de Saúde*.

Acreditación de que la ejecución de las funciones inherentes al puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

1. La demandante trabaja como enfermera en el servicio de urgencias de un centro hospitalario. Tras dar a luz y alimentar a su hija exclusivamente mediante lactancia natural durante el período de descanso maternal informo a su empresario, tras la reincorporación a su puesto de trabajo, que las funciones que realizaba en su puesto de trabajo podían tener repercusiones negativas sobre dicha lactancia y exponerla a riesgos para su salud y seguridad debido, en particular, a la complejidad del ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), a las radiaciones ionizantes y a las infecciones nosocomiales a las que se encontraba sometida y al estrés que soportaba.

Presentó una solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo y de aplicación de medidas preventivas. La dirección del hospital le denegó su solicitud al entender que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia de su hija.

La demandante solicitó el órgano gestor la prestación por riesgo durante la lactancia natural. La Dirección Provincial del INSS entendió que no había quedado acreditado que el puesto de trabajo de la demandante presentara un riesgo para la lactancia de su hija y, en consecuencia, desestimó su solicitud.

Tras ello planteó una demanda judicial alegando que su puesto de trabajo la exponía a riesgos para la lactancia de su hija, apoyándose en un informe de su superior jerárquica directa en el que se se-

ñalaba que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia.

El Juzgado desestimó su pretensión. La demandante interpuso un recurso ante el Tribunal superior que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales, relativas a la carga de la prueba en relación con situación de riesgo durante la lactancia natural, a la discriminación directa o indirecta por la existencia de riesgos para la lactancia natural en el ejercicio de la profesión de enfermera destinada en un servicio de urgencias hospitalarias, y sobre la vulneración del principio de igualdad cuando las circunstancias del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora es de los que figuran como exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa. También cuestiona quién tiene la carga de acreditar, una vez se constatada la existencia de riesgos para la madre o el hijo lactante derivados de la realización del trabajo, que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del lactante, o bien que el cambio de puesto de trabajo no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

2. La normativa comunitaria obliga al empleador, directamente o mediante los servicios de protección y prevención, a evaluar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo en cualquier actividad susceptible de presentar el riesgo específico señalado por la demandante. Esta evaluación se realiza para poder apreciar cualquier riesgo sobre el embarazo o la lactancia. Y esta operación se hace en tres fases: identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales); identificación de las categorías de trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia) que están expuestas a uno o varios de estos riesgos; y evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos. Esta última tercera es la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente para aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores.

De la Directiva 92/85 se desprende que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate con el objetivo de determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo.

La Directiva 2006/54 exige que los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato presente, ante el órgano jurisdiccional competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

Ello exige determinar si una situación como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación por razón de sexo. A este respecto debe subrayarse que el concepto de discriminación incluye el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad, teniendo presente que la Directiva 92/85 protege la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, haciendo necesario un derecho que proteja las tres situaciones.

Se entiende, en concreto, que el eventual trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse una discriminación directa por razón de sexo.

El Tribunal aprecia que la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad y constituye una discriminación directa por razón de sexo incluida en la prohibición que establece la mencionada Directiva, en la medida en que se relaciona con las condiciones de empleo y de trabajo de la trabajadora de que se trata.

Por ello la determinación, tras la correspondiente evaluación de la existencia de un riesgo para la salud o la seguridad de esta trabajadora o de repercusiones sobre la lactancia, deberá tener como consecuencia una adaptación de sus condiciones de trabajo o de su tiempo de trabajo, un cambio de puesto

de trabajo, o, en su caso, una dispensa del trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

En definitiva, la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que sí se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo.

3. Incumbe a la trabajadora que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato presentar, ante un órgano jurisdiccional competente los hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

En una situación como la controvertida en el litigio principal este principio se proyecta para afirmar que la trabajadora afectada debe presentar ante el órgano jurisdiccional remitente los hechos o elementos de prueba que puedan demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de manera correcta y siguiendo las exigencias que impone la normativa comunitaria.

Sólo se produce la inversión de la carga de la prueba, e incumbe a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de no discriminación, cuando la trabajadora afectada ha presentado tales hechos o elementos de prueba.

En el caso debatido conviene señalar que el escrito presentado por la demandante parece indicar de manera motivada que su puesto de trabajo presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural, y, por lo tanto, contradice los resultados de la evaluación de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo en que se fundamenta la resolución denegatoria de la prestación que dicha trabajadora impugna.

En estas circunstancias para razonable precisar que el escrito presentado por la demandante constituye un elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual. Incumbirá al tribunal remitente comprobar, por tanto, si éste es efectivamente el caso.

En definitiva, corresponderá a la demandada demostrar que la evaluación de los riesgos prevista se ha realizado con arreglo a las exigencias establecidas en la normativa comunitaria, entendiéndose que documentos como una declaración del empresario según la cual un puesto está clasificado de 'exento de riesgo', en combinación con una declaración según la cual la trabajadora de que se trata es 'apta' para el trabajo, sin proporcionar explicaciones que fundamenten estas conclusiones, no pueden, por sí solos, constituir una presunción *iuris et de iure* de que el puesto de trabajo se encuentra exento de riesgos.

En definitiva, en una situación como la controvertida incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias de la normativa comunitaria y que permitan presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, por lo que corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

3. S TJUE de 9 de noviembre de 2017 [asunto: C-8/15]. *María Begoña Espadas Recio c. Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*. Determinación de la base de cálculo de la duración de la prestación por desempleo para los trabajadores a tiempo parcial

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

1. La demandante trabajó como limpiadora a tiempo parcial de manera ininterrumpida desde el 23 de diciembre de 1999 hasta el 29 de julio de 2013. Su jornada de trabajo estaba organizada de la siguiente forma: dos horas y media los lunes, miércoles y jueves de cada semana, y cuatro horas el primer viernes de cada mes. Tras la extinción de su relación laboral solicitó una prestación por desempleo, que le fue concedida por un período de 120 días. Considerando que tenía derecho a una prestación por desempleo de 720 días, y no solamente de 120 días, interpuso reclamación previa contra esta resolución,

que le fue concedida por 420 días. Para establecer esta duración la entidad administrativa se basó en que, con arreglo al artículo 210 de la LGSS, en combinación con el artículo 3, apartado 4, del RD 625/1985, en caso de trabajo a tiempo parcial, si bien la duración de la prestación por desempleo se determina en función de los días de cotización en los seis años anteriores, sólo debían tenerse en cuenta los días efectivamente trabajados, en este caso 1387, y no los seis años de cotización en su conjunto.

Al estimar que había cotizado por la totalidad de los últimos seis años, la demandante presentó una demanda para impugnar las liquidaciones individuales efectuadas por la entidad administrativa competente. La demanda se refiere a la duración de la prestación por desempleo al considerar que, dado que trabajó durante seis años consecutivos, cotizando por 30 ó 31 días al mes (por un total de 2160 días), tiene derecho a una prestación de 720 días en lugar de los 420 días que le han sido reconocidos, es decir, las tres quintas partes de la duración máxima.

En su opinión, la exclusión de los días no trabajados, a los efectos del cálculo de su prestación por desempleo, supone introducir una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores a tiempo parcial de tipo vertical. Se considera trabajo a tiempo parcial '*vertical*' aquel que concentra sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana, y '*horizontal*', aquel que trabaja todos los días laborables de la semana. En el caso de autos, la demandante concentraba sus horas de trabajo principalmente en tres días de la semana.

El órgano jurisdiccional remitente señala que la interesada sí ha demostrado que cotizó durante la totalidad de los seis años anteriores a la extinción de su relación laboral, y que las cotizaciones, de carácter mensual, se calcularon basándose en el salario que se percibe por un mes completo (es decir, por 30 ó 31 días), y no por horas o días trabajados. Dicho órgano jurisdiccional indica que en el caso de un trabajador a tiempo parcial vertical (como la demandante) la normativa nacional controvertida en el litigio principal permite tener en cuenta únicamente los días trabajados, y no todo el período de seis años de cotización. De este modo, los días de cotización obligatoria no se toman en consideración en su totalidad para determinar la duración de la prestación por desempleo.

El órgano jurisdiccional estima que esta categoría de trabajadores está doblemente penalizada, dado que el principio de *pro rata temporis* se aplica dos veces en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical: en un primer momento, el menor salario mensual por el hecho de trabajar a tiempo parcial implica una prestación por desempleo de un importe proporcionalmente inferior y, después, en un segundo momento, se reduce la duración de esta prestación, puesto que sólo se tienen en cuenta los días efectivamente trabajados, mientras que el período de cotización es más amplio.

Y aprecia que los demás trabajadores, ya trabajen a tiempo parcial en la modalidad horizontal (trabajo durante todos los días laborables), ya lo hagan a jornada completa (independientemente del reparto de horas de trabajo durante la semana), tienen derecho a una prestación por desempleo cuya duración estaría calculada sobre la totalidad de los días cotizados.

El órgano jurisdiccional remitente añade, como consideración adicional, que está demostrado que la normativa controvertida en el litigio principal afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres.

2. El Juzgado plantea al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales, de las que sólo la tercera es interesante. Ésta se circunscribía a preguntar si la prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4 de la Directiva 79/7 permite excluir del cómputo como días cotizados los días no trabajados, con la consiguiente minoración en la duración de la prestación por desempleo.

3. Para responder a esta cuestión es preciso recordar que corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos de concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, aunque respetando siempre la normativa de la Unión.

El Tribunal recuerda que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada en principio de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. La disposición nacional controvertida está dirigida al grupo de trabajadores a tiempo parcial, el cual, con arreglo a las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente,

está constituido en una amplia mayoría por trabajadoras, por lo que sí procede responder a la tercera cuestión prejudicial planteada.

Es necesario precisar que el asunto principal se distingue del que dio lugar a la sentencia de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández (C - 527/13, EU:C:2015:215), en el cual el Tribunal de Justicia concluyó que la normativa en cuestión, relativa a la determinación de la base de cálculo de una pensión de incapacidad permanente total, no suponía una discriminación en el sentido de la Directiva 79/7 al considerar que no disponía de información estadística irrefutable sobre el número de trabajadores a tiempo parcial cuyas cotizaciones se habían visto interrumpidas o que pusiera de manifiesto que este grupo de trabajadores estuviera mayoritariamente compuesto por mujeres, y que que la medida en cuestión tenía efectos aleatorios, puesto que para determinados trabajadores a tiempo parcial, grupo supuestamente desfavorecido por dicha medida, su aplicación podía incluso suponer una ventaja.

Pero en el presente asunto, de los autos a disposición del Tribunal se desprende claramente que todos los trabajadores a tiempo parcial vertical comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida nacional controvertida en el litigio principal resultan perjudicados por esta medida nacional, ya que, con arreglo a ella, se reduce el período durante el cual pueden recibir una prestación por desempleo en comparación con el período reconocido a los trabajadores a tiempo parcial horizontal.

El órgano jurisdiccional remitente ha tomado la precaución de precisar que los datos estadísticos relativos al trabajo a tiempo parcial se refieren por igual a todos los trabajadores a tiempo parcial, independientemente de que su jornada de trabajo esté organizada de manera horizontal o vertical.

En estas circunstancias, una medida como la controvertida en el litigio principal constituye una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres en el sentido de la jurisprudencia consolidada del Tribunal. Es decir, una medida de esta naturaleza es contraria a la Directiva 79/7 si no se justifica por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

4. En el asunto debatido el Reino de España alegó en la vista que el principio de ‘cotización al sistema de seguridad social’ justifica la existencia de la diferencia de trato observada, dado que el derecho a la prestación por desempleo y la duración de ésta se calculan en función únicamente del período durante el cual un trabajador ha trabajado o ha estado inscrito en el sistema de seguridad social.

La medida nacional controvertida en el litigio principal no parece adecuada para garantizar la correlación que debe existir entre las cotizaciones abonadas por el trabajador y los derechos que puede disfrutar en materia de prestación por desempleo. Porque un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa que haya abonado las mismas cotizaciones, siendo, por tanto, manifiesto que no se garantiza la correlación alegada por el Gobierno español.

5. La Directiva 79/7/CEE se opone, en definitiva, a la normativa de un Estado miembro que excluye para los trabajadores a tiempo parcial vertical los días no trabajados del cálculo de los días cotizados, reduciéndose de este modo el período de abono de la prestación por desempleo, siempre que se encuentre acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa.

4. S TJUE de 20 de diciembre de 2017 [asunto: C-158/16]. *Margarita Isabel Vega González c. Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias.*

Decisión prejudicial comunitaria. Negativa al reconocimiento de la situación de servicios especiales.

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.

6. La petición de decisión prejudicial se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Sra. Margarita Isabel Vega González y la Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de

Asturias en relación con la negativa de esta última a estimar la solicitud de reconocimiento en la situación administrativa de servicios especiales presentada por aquella tras su elección como diputada autonómica.

7. La Sra. Vega González ha prestado servicios para la Administración del Principado de Asturias desde 1989 bajo diferentes tipos de relación de servicio. El 15 de abril de 2011 fue nombrada funcionaria interina del Cuerpo Superior de Administradores para sustituir a una funcionaria en comisión de servicios. Con ocasión de las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias celebradas el 24 de mayo de 2015, la Sra. Vega González se presentó en la lista de un partido político y fue elegida diputada. Para atender sus funciones parlamentarias en régimen de dedicación exclusiva en junio de 2015 presentó una solicitud ante su empleador en la que solicitaba que se la declarase en situación de servicios especiales o, subsidiariamente, en situación de excedencia voluntaria.

Mediante resolución de 23 de junio de 2015 la Dirección General de Función Pública denegó esta solicitud debido a que sólo pueden ser declarados en situación de servicios especiales o de excedencia voluntaria los funcionarios de carrera, no los funcionarios interinos.

El recurso de reposición interpuesto por la Sra. Vega González fue desestimado mediante resolución de 22 de octubre de 2015 de la Consejería. La Sra. Vega González interpuso un recurso contencioso-administrativo contra esta resolución ante el juzgado remitente de la actual cuestión. La Consejería alega en ese procedimiento jurisdiccional que la Directiva 1999/70 no es aplicable, dado que tiene por objeto únicamente las condiciones de trabajo, no las situaciones administrativas. Precisa que, si la Sra. Vega González fuera funcionaria de carrera, se la habría declarado en la situación de servicios especiales. Entiende, en definitiva, que el único medio con que cuenta la Sra. Vega González para ejercer de forma exclusiva ese cargo político es renunciar definitivamente a su puesto.

El Juzgado remitente recuerda que, en virtud de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una diferencia de trato en materia de condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos no es compatible con las exigencias establecidas en la Directiva 1999/70, a menos que se encuentre justificada en razones objetivas.

Precisa que si bien cabría teóricamente oponer que la diferencia de trato está justificada por razones objetivas vinculadas a la urgencia y necesidad del nombramiento temporal, esta alegación no puede ser eficaz en un supuesto como este en el que el trabajador temporal ha ocupado el puesto durante más de cuatro años. El juzgado remitente pone de manifiesto la trascendencia particular del derecho que se ve afectado en el caso de autos, el derecho de acceso a un mandato parlamentario, garantizado por la Constitución española.

Según el juzgado remitente, el carácter temporal de las funciones desempeñadas por un funcionario interino no constituye una razón objetiva que justifique un trato diferenciado, que le prive del derecho a reincorporarse a su puesto al expirar el mandato parlamentario. Porque aunque es posible que durante dicho mandato la eventualidad de reincorporación haya desaparecido efectivamente debido a que entretanto el puesto cubierto por el funcionario interino haya sido ocupado por un funcionario de carrera o simplemente amortizado, no es descartable tampoco que la situación que justificó el nombramiento temporal del funcionario interino persista cuando expire su mandato parlamentario.

En definitiva las dudas del juzgado remitente versan sobre el concepto de ‘condiciones de trabajo’, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

A su entender, el Tribunal de Justicia sólo ha examinado hasta ahora el alcance de este concepto en relación con cuestiones relativas a retribución, horario, jornada, calendario o vacaciones, o, en general, permisos para poder ausentarse del trabajo. Entiende que procede analizar si el concepto de ‘condiciones de trabajo’ incluye también la obligación de declarar a un trabajador con contrato de duración determinada, en el caso de autos un funcionario interino, en una situación administrativa que le permita, como sí se le permite al trabajador fijo (es decir, el funcionario de carrera) suspender la relación de servicios para dedicarse al ejercicio del cargo político representativo para el que ha resultado elegido.

8. El juzgado remitente desea saber, en relación a la primera cuestión prejudicial que plantea, si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que el concepto de ‘condiciones de trabajo’, recogido en esa disposición, incluye el derecho de un trabajador que desempeña un

mandato parlamentario a una suspensión de la relación de trabajo garantizándose el puesto de trabajo así como su derecho a la promoción hasta que expire su mandato parlamentario.

El Acuerdo tiene por objeto impedir que los trabajadores con un contrato de duración determinada sean utilizados por un empleador con el objetivo de privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida, no pudiéndose interpretarse restrictivamente.

En el concepto de ‘condiciones de trabajo’ se incluyen conceptos económicos retributivos, trienios, sexenios por formación permanente, las normas relativas a los períodos de servicio que han de prestarse a efectos de acceder a un grupo superior, el derecho a participar en un plan de evaluación del profesorado y a los correspondientes incentivos económicos, la reducción de la jornada laboral y la consiguiente disminución del salario, y las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso para la resolución de los contratos de trabajo de duración determinada

La expresión ‘condiciones de trabajo’ incluye los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, abarcando tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo, como las relativas a la finalización de esta relación laboral.

Por lo tanto debe considerarse que una resolución por la que se reconoce la situación de servicios especiales, como la controvertida en el litigio principal, que entraña la suspensión de determinados elementos de la relación laboral, mientras que otros perduran en el tiempo, está incluida en el concepto de ‘condiciones de trabajo’.

Debe tenerse presente que la decisión de conceder ese permiso a un trabajador se adopta como consecuencia de la relación laboral que le vincula al empleador, y que la situación administrativa de servicios especiales no sólo tiene como consecuencia la suspensión de la relación de servicio, sino que permite también reservar el destino que ocupaba el trabajador hasta su reincorporación cuando expire su mandato parlamentario, garantizando al mismo tiempo que se tenga en cuenta esta situación a efectos del cálculo de los trienios y de la promoción en el puesto de trabajo.

Por lo que una interpretación del Acuerdo marco que excluyese el derecho al reconocimiento de la situación de servicios especiales del ámbito de aplicación del concepto de ‘condiciones de trabajo’ equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el alcance de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones, por lo que procede responder a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que el concepto de ‘condiciones de trabajo’ incluye el derecho de un trabajador que ha sido elegido para desempeñar un mandato parlamentario a un permiso especial, previsto por la normativa nacional, en virtud del cual se suspende la relación de trabajo, de modo que se garantiza el mantenimiento del puesto de trabajo de dicho trabajador y su derecho a la promoción hasta que expire su mandato parlamentario.

9. El juzgado desea saber, en relación con la segunda cuestión prejudicial planteada, si el Acuerdo marco se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de manera absoluta la concesión a un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada, a efectos de desempeñar un cargo político representativo, de un permiso en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de este trabajador al dejar de desempeñar el mencionado cargo, mientras que reconoce este derecho a los trabajadores fijos.

En el caso analizado existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y los trabajadores fijos, porque un trabajador fijo elegido para desempeñar un cargo político sí puede obtener un permiso especial en virtud del cual se suspende la relación laboral hasta el momento de su reincorporación cuando expire ese mandato, mientras que un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada debe dimitir de su puesto para poder desempeñar este mismo cargo.

La diferencia de trato sólo podría estar justificada en caso de que las funciones desempeñadas por una trabajadora como la demandante no fueran idénticas o comparables a las de los trabajadores fijos. Es decir, para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar debe comprobarse tanto la naturaleza del trabajo, como los requisitos de formación y, particularmente, las condiciones laborales.

En definitiva, incumbe al juzgado remitente determinar si la demandante se encuentra en una situación comparable a la de los empleados públicos con una relación de servicio por tiempo indefinido

nombrados por la misma autoridad durante el mismo período de tiempo. Si efectivamente considera que existe una diferencia de trato posteriormente le incumbirá comprobar si el tratamiento diferente se encuentra justificado por ‘razones objetivas’, es decir, por la existencia de elementos precisos y concretos en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta necesaria al efecto.

Con respecto a esta cuestión el Tribunal de Justicia ya ha precisado que el concepto de ‘razones objetivas’ no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, y que el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación laboral no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una ‘razón objetiva’.

El juzgado remitente no excluye que tanto la urgencia y necesidad del nombramiento temporal como la previsibilidad de la finalización de la relación de servicio puedan, en principio, constituir elementos que justifiquen una desigualdad de trato en lo que atañe al reconocimiento en la situación de servicios especiales, pero precisa que estas alegaciones no son atendibles en una situación como la que dio lugar al litigio principal, en la que el mismo trabajador temporal ha desempeñado el puesto durante más de cuatro años.

La negativa absoluta a conceder a los trabajadores con contrato de duración determinada el derecho al reconocimiento de la situación de servicios especiales no parece *a priori* indispensable para alcanzar el objetivo perseguido por la Ley patria, a saber, el mantenimiento del puesto y del derecho a la promoción de los trabajadores fijos, y más concretamente de los funcionarios de carrera que ostentan un cargo político representativo, en la medida en que el propio juzgado remitente afirma que es claramente concebible que los trabajadores con contrato de duración determinada que ostentan idéntico cargo disfruten del mismo derecho, que suspende la relación de servicio hasta la expiración del mandato, momento en que se les garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera.

10. A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que el Acuerdo marco se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de manera absoluta la concesión a un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos del desempeño de un cargo político representativo, de un permiso en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de este trabajador al dejar de desempeñar el mencionado cargo, mientras que sí se reconoce este derecho a los trabajadores fijos.

II. Tribunal Europeo de Derecho Humanos

1. Introducción

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

2. Sentencia de 3 de octubre de 2017. Asunto: N.D. y N.T. c. España (demanda núm.: 8675/15 y 8697/15). Expulsión colectiva de inmigrantes.

11. Las dos demandas acumuladas contra el Reino de España se plantean por dos ciudadanos extranjeros, uno maliense y otro marfileño. Ambos vivieron en el Monte Gurugú cercano a la frontera española, en el reino de Marruecos. En un intento de asalto a la valla que separa Marruecos de España consiguieron superar las dos primeras vallas y trepar a la tercera. Dicen haber sufridos actos violentos tanto de la policía española como de la marroquí, consistente en haber recibido impactos de piedras lanzadas por las fuerzas de seguridad de ambos países. Tras permanecer en la tercera valla desistieron de saltarla, pero en cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil,

que les esposaron y devolvieron a Marruecos, sin haber sido objeto de identificación ni ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos.

Tras ser devueltos a marruecos fueron conducidos a Nador y posteriormente a Fez, que se encuentra a 300 km de Nador “*donde fueron abandonados a su suerte*”.

Ambos se quejan de su rechazo inmediato a Marruecos y de la ausencia de un recurso efectivo a este respecto. Entienden que habían sido objeto de una expulsión colectiva, y que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados, ni de alegar sus circunstancias individuales y de los malos tratos a los que, según ellos, corrían el riesgo de ser sometidos en Marruecos. También alegan que carecen de mecanismo efectivo de impugnación de la decisión de expulsión con un recurso con efectos suspensivo. En la demanda que plantearon han aportado algunos videos de periodistas y testigos que presenciaron los hechos que se tienen en consideración y sirven de base al Tribunal para sostener sus argumentaciones.

12. Posteriormente ambos ciudadanos entraron en territorio español por otro puesto fronterizo, el de Melilla, tras lo que se procedió a impetrar un procedimiento de expulsión contra ellos dictando las correspondientes órdenes de expulsión, denegándosele administrativamente su solicitud de asilo. Ambos se encuentran actualmente fuera del territorio nacional, uno de ellos con paradero conocidos, el otro no.

13. El derecho interno aplicable es el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, y muy singularmente, el Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 en el que se contiene la siguiente instrucción: “*Con dicho sistema de vallado, existe la necesidad objetiva de determinar cuando la entrada ilegal ha fracasado o cuando se ha producido. Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión. De esta forma, cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva. No se considera que la entrada ha tenido lugar hasta que el inmigrante ha superado la citada valla interior, de modo que ha entrado en territorio nacional y que por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros*”.

14. Los artículos 18 y 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regulan, respectivamente, el derecho de asilo y la prohibición de la devolución, expulsión y extradición, especialmente las de carácter colectivo y aquellas en las que el ciudadano corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 47 de la Carta, titulado “*Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*”, prevé el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva para toda persona cuyos derechos y libertades se encuentren garantizados por el Derecho de la Unión.

En relación concreta con este caso debe citarse el Título V “*El espacio de libertad, seguridad y justicia*”, de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), modificado por el Tratado de Lisboa, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En su artículo 67 se regula el espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y se garantiza la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores, desarrollando una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores. Por su parte el artículo 78 garantiza el respeto al principio de no devolución.

También debe tenerse presente la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 (conocida como “*directiva retorno*”) respecto a las normas y procedimientos comunes aplicables en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que todo extranjero tiene el derecho a expresar, con anterioridad a la adopción de una decisión respecto de su devolución, su punto de vista sobre la legalidad de su estancia (*Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, asunto C-249/13, sentencia de 11 de diciembre de 2014). Este derecho a ser oído, que se aplica como principio fundamental del

derecho de la Unión garantiza a toda persona la posibilidad de dar a conocer, de forma precisa y efectiva, su punto de vista en el transcurso del procedimiento administrativo y con anterioridad a la adopción de cualquier decisión susceptible de afectar de forma adversa a sus intereses, especialmente la relativa a la expulsión, con el objetivo de que la autoridad competente considere su postura con todos los datos al respecto.

También es aplicable la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional especialmente en lo dispuesto en los artículos 9 (Derecho de permanencia en el Estado miembro durante el examen de la solicitud) y 11 (Requisitos de la resolución de la autoridad decisoria), así como el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)

La resolución tiene en consideración el Informe anual de 2005 del Defensor del Pueblo Español, así como el informe del Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa que se redactó tras la visita que realizó a España entre el 14 y el 18 de julio de 2014, en el que se examinaba determinados aspectos del trato de los inmigrantes detectados en situación irregular en la frontera con Marruecos.

15. El Gobierno considera que la demanda se basa en hechos que se han producido fuera de la jurisdicción de España, porque entiende que los demandantes no habrían conseguido superar el dispositivo de protección instalado en el puesto fronterizo de Melilla. En definitiva, que no habrían conseguido entrar en territorio español.

Los demandantes sí estiman, por su parte, que la jurisdicción de España no puede cuestionarse en este caso, al entender que la expulsión de extranjeros constituye efectivamente un ejercicio de la propia jurisdicción que se tiene.

Con respecto a esta cuestión, relativa al ejercicio de la propia jurisdicción, el TEDH juzga oportuno recordar que la jurisdicción es básicamente un concepto territorial que se reconoce a las personas que se encuentran bajo ella. En principio es excepción el reconocimiento de la posibilidad de efectuar actos se realizan fuera de su propio territorio.

El Gobierno entiende que los hechos del presente caso se han producido fuera de la jurisdicción del Estado demandado en la medida en que los demandantes no habrían entrado en territorio español. Los demandantes estiman, por el contrario, que la expulsión de extranjeros que tenga por objeto impedir a los inmigrantes alcanzar las fronteras del Estado o de rechazarles a otro Estado sí constituye un ejercicio de la jurisdicción.

El Tribunal aprecia que el TEDH observa que la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla forma parte del estado español, en el mismo sentido que lo aprecia la Defensora del pueblo español que entiende que la jurisdicción española también se ejerce sobre el terreno situado entre las vallas en el puesto fronterizo de Melilla.

Por ello entiende el Tribunal, siguiendo la opinión del TEDH en este punto, que desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas se encontraron bajo el control continuo y exclusivo de las autoridades españolas.

En definitiva, para el Tribunal no hay ninguna duda de que los hechos que sustentan las alegadas violaciones se encuentran bajo la '*jurisdicción*' de España.

16. El Gobierno entiende que los demandantes no pueden considerarse '*víctimas*' en relación con lo previsto en el 34 del Convenio. Básicamente porque afirman haber participado en el asalto que acaeció al puesto fronterizo de Melilla, reconociéndose en las grabaciones de video que se han aportado. Entiende que las calidad de las imágenes aportadas no permite apreciar la identidad de los asaltantes. Entiende que aunque realmente fueran ellos habrían perdido la condición de víctimas pues meses antes habían entrado ilegalmente en el territorio español por el mismo puesto fronterizo y habrían sido objeto de expulsión acordadas tras un procedimientos dotado con todas las garantías. Repara que ninguno de los dos demandantes ha presentado una solicitud de protección internacional ante las autoridades españolas antes de acudir al TEDH.

Los demandantes consideran que los elementos de prueba que han presentado son suficientes para demostrar que sí formaban parte del grupo que intentó entrar en España en la fecha de referencia y que fueron devueltos de forma sumaria. Señalan que el Gobierno español ha reconocido la existencia de la práctica sistemática de expulsiones sumarias colectivas en la valla de Melilla. Precisan de manera concreta que no han disfrutado de ningún recurso para quejarse por su expulsión sumaria.

El TEDH considera que los demandantes pueden pretender ser víctimas de las alegadas violaciones del Convenio. Han informado de manera coherente de las circunstancias, de su país de origen, de las dificultades que les han conducido hasta el monte Gurugú y de su participación al asalto masivo de las vallas levantadas en la frontera terrestre que separa Marruecos de España. Han aportado para sustentar sus afirmaciones imágenes de vídeo que parecen verosímiles.

El Gobierno no niega la existencia de expulsiones sumarias, y ha modificado poco después de los hechos la norma reguladora para legalizar estas ‘expulsiones en caliente’.

El TEDH no ignora dos circunstancias del caso, que los extranjeros devueltos no fueron identificados en ningún momento, y que el hecho de que los demandantes hayan accedido posteriormente al territorio español no les puede privar de la condición de víctimas de las violaciones del Convenio que alegan.

En definitiva se rechaza la excepción que el Gobierno basa en la ausencia de la condición de víctima.

17. El Gobierno alega que las órdenes de expulsión no han sido impugnadas ante las jurisdicciones de lo contencioso-administrativo y que solamente uno de los ciudadanos presentó una solicitud de asilo.

Los demandantes subrayan que no han tenido acceso a ningún recurso efectivo que hubieran podido interponer antes de acudir al TEDH.

El TEDH aprecia que los demandantes fueron expulsados de manera colectiva que las Autoridades españolas habrían realizado sin haber seguido ningún procedimiento de identificación de los inmigrantes y sin haber recabado ninguna información en relación con sus circunstancias personales, rechazando, por tanto, la excepción del no agotamiento que atañe a las órdenes de expulsión.

18. Los demandantes afirman haber sido expulsados de manera colectiva y sin haber sido examinados de manera individualizado atendiendo a sus circunstancias, lo cual es el reflejo de una política sistemática de rechazo carente de toda base legal.

El Gobierno entiende que los hechos del presente asunto no constituyen una ‘expulsión colectiva de extranjeros’, porque aprecia que las exigencias de que para ser considerado como tal debe encontrarse en territorio nacional no se dan en este caso. Por otro lado repara en que en ningún caso se tratará de una expulsión colectiva, es decir que afecte a un grupo de personas caracterizado por circunstancias comunes y específicas.

Entiende que el derecho a entrar en el territorio español sin control y efectuado por cualquier punto de la frontera es contrario al sistema del Convenio y pone en peligro el disfrute de los derechos humanos por los ciudadanos de los Estados miembros, además de patrocinar un ‘efecto llamada’ no deseable.

Los demandantes indican que intentaron junto con otras personas entrar en el territorio español por las vallas de Melilla y que ha sido objeto de una expulsión “sumaria” y “automática” de manera colectiva, y, en cualquier caso, sin haber podido exponer individualmente ante las autoridades competentes los argumentos que se oponían a su expulsión.

Entiende que la cuestión de la individualización en el procedimiento de expulsión es el punto crucial que se debe examinar para determinar si su expulsión ha sido o no contraria al ordenamiento aplicable.

19. El TEDH recuerda que se debe entender por expulsión colectiva toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que tal medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman el grupo. También repara en que el propósito de la normativa aplicable es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales.

Teniendo en consideración los precedentes jurisdiccionales que cita el TEDH no considera necesario establecer si los demandantes han sido expulsados después de haber entrado en territorio español o si han sido rechazados antes de poder hacerlo, y afirma que no hay duda de que los demandantes se encontraban bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas y que han sido expulsadas y devueltas a Marruecos contra su voluntad, lo que constituye claramente una ‘expulsión’.

Queda por determinar si dicha expulsión tiene o no la consideración de ‘colectiva’.

El TEDH recuerda que para considerar si estamos en presencia de una expulsión colectiva debe examinarse las circunstancias del caso y comprobar si las decisiones de expulsión se habían adoptado en consideración a las circunstancias particulares de los individuos afectados. Parece claro que los demandantes sí formaban parte de un grupo que intentaron entrar ilegalmente en España por el puesto fronterizo de Melilla y se les ha aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de los inmigrantes de rebasar ilegalmente la frontera.

El TEDH constata que las medidas de expulsión han sido tomadas en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa sin cauce procedimental previo, por lo que estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas.

20. Los demandantes denuncian la imposibilidad con la que se han encontrado para establecer su identidad, alegar sus circunstancias individuales, e impugnar ante las autoridades españolas, mediante un recurso con efecto suspensivo, su rechazo inmediato a Marruecos.

El Gobierno recuerda que el derecho a un recurso interno efectivo es un derecho procedimental que está vinculado a la eventualidad de que se haya producido una vulneración de un precepto material del Convenio. Entiende, además, que los demandantes podían haber presentado una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo cuando se encontraban en territorio marroquí, lo que les hubiera permitido disfrutar de los correspondientes procedimientos administrativos y jurisdiccionales.

Los demandantes sí estiman que las vías de recurso deben tener un efecto suspensivo automático. Manifiestas que no han sido nunca objeto de procedimiento de identificación alguno y denuncian la ausencia de asistencia jurídica y lingüística.

El TEDH considera que esta queja plantea cuestiones de derecho y de hecho complejas que sólo se pueden resolver tras un examen del fondo.

Recuerda que el Convenio garantiza la existencia en Derecho interno de un recurso que permita alegar los derechos y libertades del Convenio. Sobre la exigencia del carácter suspensivo del recurso el TEDH ha alcanzado soluciones distintas teniendo en cuenta el riesgo potencialmente irreversible incurrido por los demandantes en el país de destino en caso de expulsión del territorio del Estado demandado. Ha estimado, en concreto, que tal perjuicio no existiría cuando, por ejemplo, el interesado sostenía que su expulsión vulneraría su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Pero también ha concluido, por tanto, que la ausencia de efecto suspensivo de un recurso contra una decisión de expulsión no era por sí misma constitutiva de una vulneración del Convenio cuando, como en este caso, los demandantes no alegaban un riesgo real de violación de los derechos amparados por el Convenio en el país de destino.

21. Los demandantes se quejan de la ausencia de un recurso efectivo que les permitiera impugnar su expulsión desde la perspectiva del carácter “colectivo”.

El TEDH concluye que la devolución de los demandantes a Marruecos se consideraba como una violación del Convenio, por lo que la queja planteada por los demandantes sobre este punto es ‘sostenible’.

Constata que en el presente caso la cuestión del carácter suspensivo de pleno derecho del recurso ni siquiera se plantea al no haber tenido acceso los demandantes antes de su expulsión a Marruecos a ningún procedimiento tendente a su identificación y a la comprobación de sus circunstancias personales.

Habida cuenta de las circunstancias del presente caso y del carácter inmediato de su expulsión, el TEDH estima que a los demandantes se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución.

Como estima que ha existido una violación del Convenio se procede a reparar las consecuencias de dicha violación.

El TEDH considera que los importes reclamados por cada uno de los demandantes (5.000 €) son razonables y se los concede íntegramente, así como el interés moratorio que procede.

22. En definitiva, el TEDH rechaza, por unanimidad, las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno demandado relativas a la ausencia de la condición de víctima de los demandantes y el no agotamiento de las vías de recurso internas.

Declara, por unanimidad, las demandas planteadas son admisibles, y falla por unanimidad que se ha producido violación del artículo 4 del Protocolo no 4; y también falla por unanimidad que se ha producido una violación del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo no 4. Y falla por seis votos a uno que el Estado demandado debe abonar 5.000 € incrementados con el importe de los impuestos que por su causa pudieran gravar a los demandantes por daño moral, deveniendo los intereses correspondientes.

23. A la sentencia se le plantea un voto particular discordante del Juez Dedov. Entiende que aunque ha votado a favor de la vulneración del artículo 4 del Protocolo núm. 4 del Convenio, dicha declaración de la violación bastaría a efectos del perjuicio moral, porque los hechos de la causa demuestran que los demandantes no se encontraban en una situación de emergencia resultante de una persecución o de una amenaza inmediata contra la vida, la integridad o la dignidad. Porque ha de tenerse presente que los demandantes superaron la frontera ilegalmente y violentamente, y, además, las autoridades han examinado las circunstancias individuales de cada uno de los demandantes cuando han cruzado de nuevo la frontera, por lo que la violación no puede ser considerada como grave.

3. Decisión de 10 de octubre de 2017. Asunto Mercedes Jiménez Ruiz c. España (demanda núm.: 2649/16). Reconocimiento de pensión de viudedad tras reconciliación después de la separación judicial.

24. El Tribunal considera adecuado el acuerdo amistoso al que han llegado las partes relativo a la concesión de una pensión de viudedad al ex-cónyuge que después de separado legalmente volvió a convivir con el ahora finado

La demandante entiende que la negativa en reconocerle una pensión de viudedad porque no se había notificado al juez la reconciliación de los cónyuges después de haberse separado judicialmente podía atentar contra el principio de no discriminación reconocido en la normativa comunitaria.

25. El Tribunal recibió una propuesta de acuerdo amistoso firmada por las partes, por la que el Gobierno se compromete a reconocer la vulneración del artículo 14 del Convenio y a acordar una pensión de jubilación para la demandante como consecuencia del fallecimiento de su pareja. También se comprometía a abonar a la demandante los atrasos de la pensión correspondiente, así como otras cantidades en concepto de indemnización y costas. Todas las cantidades mencionadas cubren cualquier daño moral o material así como cualquier gasto que ocasionó el procedimiento.

26. La demandante renuncia a ejercer en el futuro cualquier pretensión contra España como consecuencia de los hechos que dieron lugar a la demanda.