

# CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL INTERNACIONAL ENERO / JUNIO 2018

## CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE JANUARY / JUNE 2018

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

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

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4636>

**Resumen:** En el período de referencia no hay nuevas quejas “abiertas” o “en seguimiento” ante el Comité de Libertad Sindical que afecten al Estado español. Tampoco los informes núms. 384 y 385 (332ª reunión, Ginebra, marzo de 2018) ni el núm. 386 (333ª reunión, Ginebra, 9 de junio de 2018) contienen referencia alguna al Reino de España.

Ocho resoluciones del TJUE afectan directamente a España.

La sentencia *Carlos Enrique Ruíz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares, S. A.* aborda la legalidad del despido objetivo por absentismo de un trabajador que dejaba de acudir al trabajo por las consecuencias de la discapacidad que padecía.

En el asunto *Jessica Porras Guisado c. Bankia, S.A.* se discutía si una embarazada podía ser incluida en un expediente de despido colectivo.

El auto *Moisés Vadillo c. Alestis Aerospace, S.L.* considera inadmisibles las pretensiones de un progenitor de ver reducida su jornada laboral por lactancia de un hijo menor porque el otro progenitor no trabajaba.

El auto en el caso *Pilar Centeno c. Universidad de Zaragoza* aborda la acomodación al ordenamiento comunitario de la exclusión de un funcionario interino del proceso de implantación de un programa de reconocimiento de méritos profesionales.

La sentencia *Grupo Norte c. Ángel Manuel Moreira* trata sobre la indemnización de menor cuantía en un contrato de duración determinada que en un contrato indefinido.

En el caso *Lucía Montero c. Agencia Madrileña de Atención Social* se aborda la ausencia de indemnización en un contrato temporal de interinidad.

En el supuesto *INSS c. Crespo Rey* se trata si la exigencia de cotizar por la base mínima en la formalización de un Convenio Especial de Seguridad Social únicamente para trabajadores españoles retornados es acorde a la normativa comunitaria.

La sentencia *Eva Soraya Checa c. Fogasa* trata sobre si procede el abono por parte del Fogasa de la indemnización debida al trabajador que tras la decisión empresarial de movilidad geográfica decide optar por la extinción indemnizada del contrato.

Se referencian también otras dos sentencias del Tribunal de Justicia que aunque no se han dictado en el contexto de un proceso nacional se referencian por la relevancia que tienen y la influencia que pueden desplegar para nuestro ordenamiento jurídico. En la *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie* se discutía la discriminación que sufrió una trabajadora empleada en una institución religiosa por no profesar ninguna fe. La sentencia *MB c. Secretary of State for Work and Pensions* se discutía la discriminación que decía haber sufrido un trabajador que se cambió de sexo en el acceso a la jubilación a la que edad que le correspondería de acuerdo a su sexo recién adquirido.

El TEDH ha dictado la sentencia *López Ribalda and Others. c. España*, sobre videovigilancia empresarial en el lugar de trabajo sin consentimiento de los trabajadores y sin conocimiento de los representantes. Aunque el sistema de videovigilancia oculto sí cumplió los márgenes de legalidad establecidos en el ordenamiento jurídico interno el TEDH entiende que se ha producido una violación del Convenio Europeo de Derecho Humanos

**Palabras clave:** absentismo por discapacidad, discriminación de la mujer embarazada por inclusión en expediente de regulación de empleo, reducción de la jornada por lactancia, participación de trabajador interino en procesos selectivos de implementación de complementos retributivos, discriminación por motivos religiosos, indemnización por interinidad, discriminación del transexual, cotización obligatoria por la base mínima, indemnizaciones a cargo del Fondo de Garantía Salarial, videovigilancia.

**Abstract:** In the reference period, there are no new “open” or “follow-up” complaints before the Committee on Freedom of Association that affect the Spanish State. Neither reports nos. 384 and 385 (332rd session, Geneva, March 2018) and no. 386 (333rd session, Geneva, June 9, 2018) contain no reference to the Kingdom of Spain.

Eight resolutions of the CJEU directly affect Spain.

The sentence Carlos Enrique Ruíz Conejero c. Ferroserv Servicios Auxiliares, S. A. addresses the legality of the objective dismissal for absenteeism of a worker who stopped going to work due to the consequences of the disability he suffered.

In the Jessica Jessica Guisado case c. Bankia, S.A. It was discussed if a pregnant woman could be included in a collective dismissal file.

The car Moisés Vadillo c. Alestis Aerospace, S.L. considers inadmissible the pretension of a parent to see his working day reduced by breastfeeding a minor child because the other parent did not work.

The car in the Pilar Centeno case c. University of Zaragoza addresses the accommodation to the community order of the exclusion of an interim officer from the process of implementing a program of recognition of professional merits.

The judgment of Grupo Norte c. Ángel Manuel Moreira deals with small claims compensation in a fixed-term contract than in an indefinite contract.

In the Lucía Montero case c. Madrid Social Care Agency deals with the absence of compensation in a temporary interim contract.

In the case INSS c. Crespo Rey is about whether the requirement to contribute for the minimum base in the formalization of a Special Social Security Agreement only for returned Spanish workers is in accordance with the community regulations.

The judgment Eva Soraya Checa c. Fogasa discusses whether the payment by Fogasa of the compensation due to the worker that, after the geographical mobility business decision, decides to opt for the indemnified termination of the contract.

There are also two other judgments of the Court of Justice that, although they have not been issued in the context of a national process, are referenced because of the relevance they have and the influence they can have on our legal system. In the Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie discussed the discrimination suffered by a worker employed in a religious institution for not professing any faith. The MB judgment c. Secretary of State for Work and Pensions discussed the discrimination that a worker who changed sex in having access to retirement had suffered at the age that would correspond according to his newly acquired sex.

The ECHR has handed down the judgment in *López Ribalda and Others. c. Spain*, on business videovigilancia in the place of work without consent of the workers and without knowledge of the representatives. Although the hidden video surveillance system did comply with the margins of legality established in the internal legal order, the ECHR understands that there has been a violation of the European Convention on Human Rights.

**Keywords:** absenteeism due to disability, discrimination against pregnant women due to inclusion in the employment regulation file, reduction of the working day due to breastfeeding, participation of an interim worker in selective processes for the implementation of remuneration supplements, discrimination for religious reasons, compensation for internship, discrimination of the transsexual, mandatory contribution for the minimum base, compensation paid by the Wage Guarantee Fund, video surveillance

**Sumario:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.1. Introducción.2. S TJUE de 18 de enero de 2018 [asunto: C-270/16]. *Carlos Enrique Ruíz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares, S. A.* Absentismo por enfermedades relacionada con la discapacidad del trabajador.3. S TJUE de 22 de febrero de 2018 [asunto: C-103/16]. *Jessica Porras Guisado c. Bankia, S.A.* Inclusión en un expediente de despido colectivo a una trabajadora embarazada.4. A TJUE de 21 de marzo de 2018 [asunto: C-252/17]. *Moisés Vadillo c. Alestis Aerospace, S.L.* Ejercicio individual del derecho a la reducción horaria por lactancia aunque uno de los dos progenitores no trabaje. Cuestión manifiestamente inadmisibles.5. A TJUE de 22 de marzo de 2018 [asunto: C-315/17]. *Pilar Centeno c. Universidad de Zaragoza.* Solicitud de participación en la fase de implantación de la carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de dicha Universidad por parte de funcionarios interinos.6. S TJUE de 17 de abril de 2018 [asunto: C-414/16]. *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie.* Empleo en una institución religiosa y discriminación por no profesar fe alguna.7. S TJUE de 5 de junio de 2018 [asunto: C-574/16]. *Grupo Norte c. Ángel Manuel Moreira.* Indemnización de menor cuantía en contrato de duración determinada que en contratos indefinidos.8. S TJUE de 5 de junio de 2018 [asunto: C-677/16]. *Lucía Montero c. Agencia Madrileña de Atención Social.* Ausencia de indemnización en contrato temporal de interinidad.9. S TJUE de 26 de junio de 2018 [asunto: C-451/16]. *MB c. Secretary of State for Work and Pensions.* Discriminación del transexual en el acceso a la jubilación.10. S TJUE de 28 de junio de 2018 [asunto: C-2/17]. *INSS c. Crespo Rey.* Cotización en el Convenio Especial de Seguridad Social por la base mínima.11. S TJUE de 28 de junio de 2018 [asunto: C-57/17]. *Eva Soraya Checa c. Fogasa.* Movilidad geográfica con traslado de domicilio, opción por la indemnización y abono por parte del Fogasa en supuestos de insolvencia empresarial.II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.1. Introducción.2. *López Ribalda and Others. c. España.* Viodevigilancia empresarial en el lugar de trabajo sin consentimiento.

## I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

### 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 y otros dos que por su importancia se reseñan.

### 2. S TJUE de 18 de enero de 2018 [asunto: C-270/16]. *Carlos Enrique Ruíz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares, S. A.*

#### *Absentismo por enfermedades relacionadas con la discapacidad del trabajador.*

#### **Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.**

1. En el marco de un procedimiento judicial se intima una decisión prejudicial del Tribunal que aclare si la normativa de igualdad de trato es aplicable al supuesto de despido que se estaba enjuiciando de un trabajador discapacitado que dejaba de acudir al trabajo, aun con causa justificada, por las secuelas de la enfermedad que padecía y por la que había sido calificado como discapacitado.

El trabajador fue contratado en 1993 como limpiador en un hospital. Había desarrollado su actividad laboral sin ningún tipo de incidencias para varios empresarios. En 1994 fue declarado discapacitado. A partir de ese momento comenzó a sufrir varios procesos mórbidos que le obligaron a ingresar en incapacidad temporal de forma recurrente durante el 2014 y el 2015. Quede acreditado que los problemas de salud fueron causados por las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de la discapacidad del trabajador. En todo momento el trabajador comunica a su empresario todas las bajas en tiempo y forma.

En julio de 2015 la empresa comunicó al trabajador su despido por absentismo. El trabajador interpuso demanda contra la decisión del despido. No cuestiona la veracidad ni la exactitud de las ausencias al trabajo, pero entiende que existe una clara y directa vinculación entre dichas ausencias y su condición de discapacitado, solicitando la nulidad del despido, pues considera que su caso constituye una discriminación por razón de discapacidad.

El órgano jurisdiccional remitente de la cuestión aprecia que los trabajadores discapacitados se encuentran más expuestos que los demás trabajadores al riesgo de que se les aplique la regla jurídica que permite la extinción objetiva por absentismo, de lo que deduce que existe una diferencia de trato que implica una discriminación indirecta por motivos de discapacidad en la utilización de este particular mecanismo de extinción no culpable. Pregunta al Tribunal, por tanto, si se opone a la Directiva 2000/78 la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que el empresario está facultado para despedir a un trabajador por causas objetivas, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes para un trabajador al que se deba considerar discapacitado.

2. El tribunal comienza su argumentación recordando que el ámbito de la Directiva es aplicable tanto al ámbito del empleo público como al privado y que su eficacia puede proyectarse hacia las condiciones de empleo y despido.

Entrando en el fondo del asunto, y después de rechazar que pueda apreciarse en este caso una discriminación directa, pues la norma se aplica incondicionadamente a cualquier tipo de trabajador, con independencia de si sufre o no discapacidad, aprecia que la inclusión de las enfermedades producidas por la discapacidad en el concepto general de enfermedad excluible del cómputo de las ausencias si puede considerarse como una discriminación indirecta. Y aprecia que un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique la regla jurídica que castiga el absentismo que un trabajador sin discapacidad, pues sufre está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. Corre, en definitiva, un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, de alcanzar los límites previstos en la regla jurídica que castiga el absentismo con el despido. Queda de manifiesto que la regla establecida en la normativa nacional puede perjudicar a los trabajadores con discapacidad y, suponer, por tanto, una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido de la Directiva.

Lo que procede es cuestionar si la diferencia de trato entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores sin discapacidad esta objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por legislador español.

El Gobierno español indica que el despido por absentismo tiene como fin legítimo la tutela de la productividad y que desde siempre se han incluido en su cómputo castigable las ausencias de corta duración debidas a enfermedad. El Tribunal entiende que combatir la excesiva morbilidad en la empresa constituye en sí mismo un fin legítimo protegible por la normativa comunitaria.

Es preciso comprobar, no obstante, si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de esta finalidad son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanza el objetivo pretendido.

Por ello el órgano jurisdiccional interno debe verificar si los datos numéricos recogidos en el precepto de referencia se han concebido efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral. Y, del mismo modo, debe tomar igualmente en consideración los costes, directos e indirectos, que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral, y, verificar, si el despido de los trabajadores en caso de faltas de asistencia intermitentes por causa de enfermedad motivada por la discapacidad que padece genera una discriminación en el mantenimiento en el empleo.

En definitiva, se encomienda al órgano jurisdiccional interno para que, tras el análisis de todas estas variables, evalúe si, en relación con las personas con discapacidad, los medios previstos en el precepto que permite el despido objetivo por absentismo no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida. Porque la Directiva referencia se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a sus faltas de asistencia cuando sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad que trabajador.

**3. S TJUE de 22 de febrero de 2018 [asunto: C-103/16]. *Jessica Porras Guisado c. Bankia, S.A.*  
*Inclusión en un expediente de despido colectivo a una trabajadora embarazada.***

**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.**

**Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos**

3. La cuestión prejudicial se plantea en el marco de la resolución jurisdiccional de un despido colectivo, con la particularidad de que la trabajadora que da nombre a la resolución fue incluida en el expediente extintivo estando embarazada.

Los hechos probados, sucintamente expuestos son los siguientes. En abril de 2006 la Sra. Porras fue contratada por la entidad bancaria que da nombre a la resolución. En enero de 2013 dicha entidad comienza un expediente de regulación de empleo, alcanzando un acuerdo con las entidades sindicales en febrero de ese año en el que se implementaban criterios generales para la inclusión en el expediente y criterio de permanencia. En noviembre de 2013 la empresa le comunica a la Sra. Porras su despido, abonándole la indemnización legalmente prevista. La Sra. Porras estaba embarazada cuando recibe la carta de despido. Impugnó el despido y el Juzgado de lo Social competente desestimándose su demanda. Impugnada la resolución es el Tribunal Superior de Justicia competente el que plantea la cuestión prejudicial comunitaria.

Pretende que se aclare si la normativa española transpone correctamente el artículo 10 de la Directiva 92/85, que prohíbe, salvo en casos excepcionales, el despido de trabajadoras embarazadas. Plantea concretamente cinco cuestiones prejudiciales, que el Tribunal resuelve con un orden distinto al planteado, agrupando dos de ellas.

4. La primera cuestión prejudicial pregunta por la relación que existe entre las dos directivas mencionadas, la relativa a la protección de la trabajadora embarazada, que prohíbe el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado, y la relativa a despidos colectivos cuando los consiente por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa y temporal. ¿Es, en definitiva, el embarazo de la trabajadora un motivo no inherente a la persona del trabajador?

El Tribunal entiende que a una trabajadora embarazada le es aplicable tanto la Directiva 92/85 como la Directiva 98/59, permitiéndose que se ampare simultáneamente en los derechos establecidos en ambas Directivas, los cuales son complementarios.

En relación con la aplicación combinada de ambas Directivas, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, básicamente si la Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido de la Directiva 98/59.

El ámbito de aplicación de la Directiva 92/85 tiene como finalidad evitar las consecuencias perjudiciales que puede tener sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado. Por ello la Directiva ha implementado un mecanismo singular de protección de la mujer embarazada, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en supuestos excepcionales no relacionados con su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido.

Lo que es incompatible, en definitiva, es que el empresario tome la decisión de despedir a una trabajadora por razones relacionadas con su embarazo, pero sí se consiente una decisión de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora, siempre que el empresario comunique por escrito los motivos justificados de despido.

El Tribunal entiende, en definitiva, que la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada.

5. La quinta cuestión prejudicial plantea si la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo y sin hacer referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional, porque cuando se despidiera a una trabajadora durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. Debe exponer, en definitiva, los motivos no inherentes a la persona de la trabajadora, comunicándole, además, los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores incluidos en el expediente de regulación de empleo.

El Tribunal entiende que la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

6. La tercera cuestión prejudicial consulta si la Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que establece, para los supuestos de despido de una embarazada, únicamente una nulidad del despido (tutela reparativas) pero no una prohibición del mismo (tutela preventiva).

La Directiva 92/85 exige que los Estados miembros implementen dos tipos de garantías. Exige que se garantice que se prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas y, por otro lado se obliga a que se organicen sistema de reparación de las consecuencias de un despido en estas circunstancias. Se opera, en definitiva, una distinción entre, la protección contra el despido en sí mismo, con carácter preventivo, y la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación.

La Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que no prohíba con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, y que establezca únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

7. Las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta preguntan si la Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que en el marco de un despido colectivo no establece una prioridad de permanencia en la empresa o una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo para las trabajadoras embarazadas.

El Tribunal entiende que la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo para las trabajadoras embarazadas, aunque no se excluye que los ordenamientos nacionales implementen este tipo de mecanismos tuitivos

8. En definitiva, la Directiva 92/85/CEE no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo.

Tampoco se opone esta Directiva a que una normativa nacional permita al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

La Directiva 92/85 sí se opone a una normativa nacional que no prohíba con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada y que implemente únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

Por último, la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo a las trabajadoras embarazadas incluidas en un expediente colectivo de regulación de empleo.

**4. A TJUE de 21 de marzo de 2018 [asunto: C-252/17]. *Moisés Vadillo c. Alestis Aerospace, S.L.* Ejercicio individual del derecho a la reducción horaria por lactancia aunque uno de los dos progenitores no trabaje. Cuestión manifiestamente inadmisibile.**

**Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental**

9. El Tribunal resuelve por auto la petición de decisión prejudicial presentada en un litigio laboral por la negativa empresarial a conceder al trabajador varón una hora de permiso laboral diaria para atender al cuidado de su hijo menor de nueve meses. La razón empresarial para negar la reducción horaria es que la madre del menor se encuentra en desempleo.

El trabajador impugnó dicha decisión ante el órgano jurisdiccional competente, que aprecia que la regla jurídica contenida en el Estatuto de los Trabajadores español que entiende que la reducción horaria por lactancia es un derecho individual de hombres y mujeres pero que “*solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen*” restringe el derecho del progenitor que no trabaja a estar disponible ante el servicio público de empleo, para el ejercicio de acciones de colocación, orientación, formación o recalificación, limitando u obstaculizando sus posibilidades de buscar empleo activamente, de presentarse a ofertas de trabajo, de mantener su compromiso legal de actividad o de tener un itinerario individual de empleo.

Entiende que la normativa comunitaria de referencia debería interpretarse en el sentido de que, si el permiso parental es intransferible uno de los progenitores del menor no debería perderlo porque el otro progenitor se encuentre en situación de desempleo. Aprecia, además, que esta interpretación restrictiva del disfrute individual perpetúa el tradicional rol parental de la mujer, impidiéndola estar disponible para acceder a cursos de formación y de integración, o para acceder a un empleo. Por ello entiende el órgano jurisdiccional remitente que estamos en presencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida en que la persona a la que se encomienda la función de cuidar del menor es, en la práctica, la madre.

Por ello cuestiona al Tribunal si la Directiva se opone a una interpretación de la regla jurídica que limita el disfrute por parte de un progenitor del derecho a la reducción horaria por lactancia si el otro no trabaja.

10. El Tribunal entiende que la cuestión es inadmisibile. Aprecia que la resolución de remisión no expone el contenido de las disposiciones nacionales relativas al permiso parental y no precisa los motivos por los que la regla jurídica debería considerarse un permiso parental en el sentido de dicha Directiva. Entiende que la falta de precisiones de la resolución remitente sobre la normativa nacional en materia de permiso parental, y a falta de petición expresa en ese sentido, no permite al Tribunal de Justicia dar una respuesta útil a la cuestión prejudicial planteada, por lo que procede declarar inadmisibile la cuestión prejudicial planteada. La falta de concreción por parte del órgano proponente de la conexión que debe establecerse entre la Directiva aplicable y la norma nacional lastra la cuestión haciéndola inadmisibile, amén de que no consigue concretar cómo la aplicación normativa tiene por efecto limitar el acceso al empleo del progenitor de sexo femenino que está en situación de desempleo.

**5. A TJUE de 22 de marzo de 2018 [asunto: C-315/17]. *Pilar Centeno c. Universidad de Zaragoza.* Solicitud de participación en la fase de implantación de la carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de dicha Universidad por parte de funcionarios interinos.**

**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**

11. La señora Centeno solicitó participar en la convocatoria de implantación del sistema de carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de la Universidad de Zaragoza que se había implantado. La señora Centeno es funcionaria interina perteneciente al personal administrativo y de servicios de dicha Universidad desde hacía más de cinco años.

Su resolución no fue expresamente resuelta interponiendo un recurso de alzada ante el Rector de la Universidad contra la denegación presunta de su solicitud, que fue desestimada. Tras ello la señora Centeno interpuso el correspondiente recurso contencioso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza contra la resolución del Rector de dicha Universidad, alegando que el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal daba lugar a una discriminación injustificada del personal temporal de larga duración.

La Universidad de Zaragoza sostiene que este sistema no da lugar a discriminación alguna, pues durante su fase de implantación los miembros del personal que participan en dicho sistema se integran en unos tramos en función de la antigüedad que tengan acreditada, aunque haya sido adquirida en la condición de funcionarios interinos, una vez hayan adquirido la condición de funcionarios de carrera o de personal laboral fijo. Es, por tanto, presupuesto de la evaluación ser funcionario o personal laboral fijo, pero sí se tiene en consideración para la valoración los años de servicio como personal interino. Entiende la Universidad que existen circunstancias objetivas que justifican la exclusión de los funcionarios interinos del sistema.

**12.** El juzgado remitente de la cuestión plantea la cuestión de si los trabajadores que tienen la condición de funcionarios interinos pueden solicitar ser clasificados en tramos, con arreglo al sistema de carrera profesional horizontal controvertido en el litigio principal, en función de su antigüedad, aunque no hayan adquirido la condición de funcionarios de carrera o personal laboral fijo. Entiende que la implantación de este sistema de clasificación puede dar lugar a una diferencia de trato entre, por un lado, los funcionarios interinos y el personal laboral temporal y, por otro, los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo. Aunque cuestiona si

Entiende, básicamente, que el complemento retributivo relacionado con la carrera profesional horizontal no se encuentra incluido en el concepto de '*condiciones de trabajo*' pues este complemento se encuentra ligado inevitablemente a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo. Señala que este complemento retribuye determinadas cualidades subjetivas obtenidas por el funcionario en el desarrollo de su labor a lo largo de los años, y que el sistema de carrera profesional horizontal tiene carácter voluntario, pues depende de la voluntad del empleado público decidir si se incorpora o no a él. La carrera profesional presupone el cumplimiento de una serie de requisitos objetivos que solo pueden predicarse respecto de los funcionarios de carrera, como el nivel profesional, la progresión según un sistema de niveles dentro de cada grupo de clasificación profesional, la valoración continua del mérito, la capacidad, la especialización y la profesionalidad del trabajador, la continuidad en los destinos y el ascenso progresivo de niveles.

El juzgado desea saber si el complemento retributivo derivado de la carrera profesional horizontal se encuentra incluido en el concepto de '*condiciones de trabajo*', y si la discriminación que marca con respecto al personal no funcionario o fijo se encuentra justificada en razones objetivas, precisando que las razones por las que en su opinión es posible no calificar este complemento de '*condición de trabajo*' pueden justificar que la participación en dicho sistema se reserve a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo.

El Juzgado remitente de la cuestión plantea al Tribunal de Justicia las siguientes dos cuestiones prejudiciales:

Si el complemento retributivo de carrera horizontal puede considerarse incluido como una condición de trabajo.

Y si, aun considerándose una condición de trabajo, la imposibilidad de lucrarla por personal no funcionario o no fijo se encuentra justificada en razones objetivas.

**13.** El Tribunal recuerda que, con arreglo a su Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento. Por ello recurre al auto de 21 de septiembre de 2016, Álvarez Santirso, C631/15) para deducir que el Acuerdo Marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador, deduciéndose

de ello que las disposiciones contenidas en el Acuerdo Marco sí se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público.

De esta conclusión se deduce que efectivamente a las relaciones laborales de duración determinada si le es aplicable la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco. Y que, se establece la prohibición de tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que la diferencia de trato se encuentre justificado por razones objetivas.

El Tribunal recuerda que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en el concepto de ‘condiciones de trabajo’ es el de empleo, es decir, la existencia de una relación de trabajo entre un trabajador y su empresario, considerándose incluidos en este concepto los conceptos retributivos: trienios, sexenios por formación permanente, y la participación en un plan de evaluación profesional.

**14.** En el presente procede constatar que la participación en un sistema de carrera profesional como el controvertido en el litigio principal y el complemento retributivo al que da lugar esa participación deben considerarse también ‘condiciones de trabajo’. Dicho sistema tiene por objeto incentivar la progresión profesional y retribuir la calidad del trabajo, la experiencia y los conocimientos de su personal, exigiéndose una antigüedad de cinco años para poder participar en el mismo.

El Tribunal entiende que una interpretación que excluyera de la definición del concepto de ‘condiciones de trabajo’ el derecho a participar en un sistema de carrera profesional como el controvertido en el litigio principal equivaldría a reducir el ámbito de protección contra las discriminaciones otorgada a los trabajadores con contrato de duración determinada.

Los elementos invocados por el Gobierno español no pueden poner en entredicho la conclusión observada. Porque el complemento retributivo al que da lugar la participación en el sistema de carrera profesional tiene por objeto retribuir determinadas cualidades subjetivas desarrolladas por el trabajador en el desempeño de sus funciones a lo largo de los años, lo que confirma que este complemento está vinculado al puesto del trabajador. Porque, además, aun suponiendo que el sistema de carrera profesional y el complemento retributivo estuvieran ineludiblemente vinculados a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, esta circunstancia no puede enervar la conclusión de que el sistema y el complemento presentan una vinculación con la relación de servicios entre un trabajador y su empleador.

**15.** Se aprecia, en definitiva, que existe, por un lado, una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo que prestan servicios en el marco de una relación de servicio por tiempo indefinido, y entre, por otro, los funcionarios interinos y el personal laboral temporal, que prestan servicios en el marco de una relación de servicio de duración determinada, pues el sistema controvertido excluye la participación de estos últimos, lo que exige examinar si la situación de los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y la de los trabajadores fijos son comparables. Y el Tribunal llega a la conclusión de que el único elemento que puede diferenciar la situación de un miembro funcionario interino del personal administrativo y de servicios de la de un miembro funcionario de carrera o personal laboral fijo del personal administrativo y de servicios es la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vincula a su empleador.

Una vez constatada dicha circunstancia lo que procede es apreciar si existe una razón objetiva que justifique dicha diferencia de trato, apreciando que la diferencia de trato no se justifica entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que esta esté prevista por una norma nacional general y abstracta.

En definitiva, el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de las administraciones públicas no puede constituir una ‘razón objetiva’, en el sentido del Acuerdo Marco. Porque una diferencia de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos no puede justificarse por un criterio que se refiera a la duración de la relación laboral. Porque admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco. En lugar de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada y

promover la igualdad de trato equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada.

El concepto de ‘razón objetiva’ requiere que la desigualdad de trato observada se encuentre justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caractericen la condición de trabajo de que se trate, siempre en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, con el propósito de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

Los elementos a considerar pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada, en las características inherentes a las mismas o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

En el asunto controvertido tanto el juzgado remitente como la Universidad de Zaragoza entienden que, debido a sus características fundamentales, el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal está vinculado ineludiblemente a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, y que esta razón puede justificar que se reserve la participación en dicho sistema a los miembros del personal administrativo y de servicios que tienen una de estas condiciones.

El Gobierno español repara, por su parte, en que existen determinadas diferencias en Derecho español entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios de carrera y el de los funcionarios interinos, relacionadas concretamente con el proceso selectivo, la progresión profesional y el nivel de responsabilidad de las funciones desempeñadas. Elementos que, a su juicio, pueden justificar la diferencia de trato controvertida en el litigio principal.

No se niega por parte del Tribunal la posibilidad de que los Estados miembros puedan restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera. Porque existen determinadas diferencias entre ellos, relativas al nombramiento, a las cualificaciones requeridas para el desempeño profesional, y a la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir. A pesar de este margen de apreciación por parte de los Estados miembros la aplicación de los criterios diferenciadores debe efectuarse de manera transparente, y debe, además, poder ser controlada para evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos.

**16.** En el presente asunto la norma controvertida reserva la participación en el sistema de carrera profesional al ‘Personal de Administración y Servicios fijo’ de la Universidad, funcionario o laboral, excluyendo de la participación, de manera general y abstracta, al personal administrativo y de servicios temporal, incluido el que tiene la condición de funcionario interino.

El Tribunal aprecia que no se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia que el sistema de carrera profesional se encuentre ineludiblemente vinculado a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, porque las características que definen el sistema de remuneración adicional: el carácter voluntario, individual, evaluable y gradual, y el reconocimiento de méritos, pueden entenderse perfectamente cumplidas por los miembros del personal administrativo y de servicios funcionarios interinos de larga duración. Conclusión que se apoya en el argumento de que todos los miembros del personal administrativo y de servicios ejercen las mismas funciones.

La alegación argumentada por el Gobierno español en relación con las diversas particularidades del procedimiento selectivo de los funcionarios no puede ser tenida en consideración, básicamente porque la participación en el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal no se encuentra reservada a los funcionarios de carrera, pues pueden participar de ella los trabajadores laborales fijos que cumplan determinados requisitos. Tampoco es atendida la alegación del Gobierno español basada en la existencia de una diferencia en la progresión profesional y en el grado de responsabilidad de las tareas desarrolladas entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, porque tanto para el personal funcionario como para el laboral fijo se exige una antigüedad concreta de cinco años para participar en el sistema de carrera profesional.

**17.** Los objetivos alegados no pueden justificar una norma nacional como la controvertida en el litigio principal. Porque establece una diferencia de trato basada en un criterio que se refiere únicamente a la duración misma de la relación laboral, entendiéndose, en definitiva, que el Acuerdo Marco se opo-

ne a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal que reserva la participación en el sistema de carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de la Universidad de Zaragoza, a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo, excluyendo, en particular, a los funcionarios interinos.

## **6. S TJUE de 17 de abril de 2018 [asunto: C-414/16]. *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie***

### ***Empleo en una institución religiosa y discriminación por no profesar fe alguna.***

#### **Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.**

17. La empleadora Evangelisches Werk publicó una oferta de empleo de duración determinada en noviembre de 2012 para la realización de un proyecto de redacción de un informe sobre el Convenio Internacional de las Naciones Unidas relativo a la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Las tareas requeridas incluían el seguimiento del proceso de redacción de los informes estatales sobre dicho convenio y la elaboración del informe paralelo sobre el informe estatal alemán, representando en el ámbito del proyecto la obra social evangélica de Alemania ante el mundo político, el público y las organizaciones de defensa de los derechos humanos.

En la oferta de trabajo se especifica como requisito que debían cumplir los solicitantes la siguiente exigencia: “*Son requisitos fundamentales la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicio social evangélico. Se ruega que indique su confesión en su curriculum vitae.*”

La Sra. Egenberger solicitó el puesto publicado, aun cuando no confesaba en ninguna religión. Aunque su candidatura siguió en liza después de la primera selección no fue convocada a la entrevista preceptiva que formaba parte del proceso de selección. El candidato finalmente seleccionado había indicado, por su parte, que era “*un cristiano miembro de la Iglesia protestante regional de Berlín*”.

Al considerar que su candidatura había sido rechazada por carecer de confesión, la Sra. Egenberger presentó una demanda ante el Tribunal de lo Laboral de Berlín, solicitando una indemnización. Apreciaba que la toma en consideración de la religión en el procedimiento selectivo contravenía la prohibición de discriminación establecida en la normativa de la Unión. La empleadora alegó que la diferencia de trato por motivos de religión se encontraba justificada debido a la naturaleza de la actividad contemplada por la oferta de empleo en cuestión. El Tribunal de lo Laboral estimó parcialmente la demanda al considerar que había sufrido una discriminación, pero limitó el importe de la indemnización. El recurso de apelación interpuesto por la Sra. Egenberger contra esa resolución fue desestimado por el Tribunal Regional de lo Laboral, por lo que interpuso un recurso con objeto de conseguir una indemnización apropiada.

El Tribunal Supremo de lo Laboral considera que el resultado del litigio principal depende de si la distinción por razón de pertenencia religiosa efectuada por la empleadora es lícita según la interpretación de la normativa comunitaria. La interpretación jurisprudencial entiende que el control jurisdiccional debe apreciar si las actividades que debe realizar el trabajador para la empleadora “*presentan una proximidad*” con la predicación del mensaje de la Iglesia, o si son actividades “*sin proximidad*” con este mensaje religioso.

El Tribunal pregunta al Tribunal de Justicia si es acorde a la Directiva 2000/78 que un empleador puede determinar por sí mismo de forma vinculante que, por la naturaleza de la actividad laboral o el contexto en el que esta se desarrolla, una determinada confesión religiosa del candidato puede constituir un requisito profesional esencial, legítimo y justificado.

Si la respuesta a esta primera pregunta fuese negativa se pregunta si debe de dejar de aplicarse en un litigio como el presente una disposición de Derecho nacional conforme a la cual se admite una diferencia de trato basada en la religión en el marco del empleo por las comunidades religiosas y por las entidades adscritas a estas cuando una determinada confesión religiosa, atendiendo a la definición de la

propia identidad de la comunidad religiosa, constituya un requisito profesional justificado habida cuenta de su derecho a la libre determinación.

Y, por último, también para el supuesto de que la repuesta a la primera pregunta fuese negativa, pregunta qué requisitos han de cumplir la naturaleza de las actividades o el contexto en el que estas se desarrollan como requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización conforme a la Directiva 2000/78.

**18.** La respuesta a la primera pregunta tiene como presupuesto la asunción por las partes del litigio principal que el rechazo de la candidatura de la Sra. Egenberger debido a que esta carecía de confesión es una diferencia de trato basada en la religión en el sentido de la Directiva 2000/78. También debe partirse de otra premisa, la que precisa que la Directiva 2000/78 sí permite que una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones puede establecer un requisito relacionado con la religión o las convicciones si, por la naturaleza de la actividad de que se trate o por el contexto en que se desarrolle, la religión o las convicciones constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización.

En definitiva, que la Directiva 2000/78 pretende proteger el derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminados por razón de su religión o convicciones, pero también toma en consideración el derecho a la autonomía de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o las convicciones, garantizando el justo equilibrio entre el derecho a la autonomía de las iglesias y de las demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o las convicciones y el derecho de los trabajadores a no ser objeto de una discriminación basada en la religión o las convicciones.

Concluye que cuando una iglesia -u otra organización cuya ética se basa en la religión o las convicciones- alega, en apoyo de un acto o de una decisión como el rechazo de una candidatura a un empleo en su ámbito, por la naturaleza de las actividades de que se trate o por el contexto en que hayan de desarrollarse, que la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización, es necesario que esa alegación pueda ser objeto de un control judicial efectivo que exija garantizar que se cumplen los criterios señalados en el la Directiva 2000/78.

**19.** El Tribunal aborda, con carácter previo a la segunda, la tercera cuestión prejudicial, que trata de calibrar con arreglo a qué criterios ha de comprobarse si, respecto de la ética de la iglesia o de la organización en cuestión, la religión o las convicciones son, por la naturaleza de la actividad de que se trate o del contexto en que se desarrolle, un requisito profesional esencial, legítimo y justificado, a efectos de la Directiva 2000/78. Reafirma que los parámetros de ponderación siempre tienen que jugar en relación a la “*naturaleza*” de las actividades de que se trate o en el “*contexto*” en que se desarrollen.

De lo que se concluye que la legalidad de una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones se supedita a la existencia comprobable objetivamente de un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate. Y este vínculo puede deducirse, o bien de la naturaleza de la propia actividad, por ejemplo, cuando implica participar en la determinación de la ética de la Iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación, o bien de las circunstancias en que debe desarrollarse la actividad laboral contratada, como cuando, por ejemplo, la propia actividad se aprecia como una representación fidedigna de la Iglesia o de la organización en su entorno.

Se recuerda, también, que el requisito profesional debe ser “*esencial, legítimo y justificado*” respecto de la ética de la Iglesia o de la organización, tras el análisis que realicen los tribunales nacionales.

De tal modo que procede responder a la tercera cuestión prejudicial en el sentido de que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el requisito profesional esencial, legítimo y justificado implica la apreciación de un requisito necesario y objetivamente comprobable respecto de la ética de la iglesia o de la organización de que se trate, bien por su naturaleza o bien por las circunstancias en que se desarrolle la actividad profesional en cuestión, estando proscrito la cobertura de consideraciones ajenas a dicha ética.

**20.** Para responder a la segunda cuestión prejudicial el Tribunal recuerda que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales resolver si, y en qué medida, un precepto nacional puede interpre-

tarse de conformidad con la Directiva 2000/78, desechando la posibilidad de que el tribunal nacional se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión, de lo que se deduce que, en el caso de autos, corresponde al tribunal remitente comprobar si el precepto nacional controvertido en el litigio principal permite una interpretación de conformidad con la Directiva 2000/78.

Recuerda el Tribunal que la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las convicciones tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión, y que dicha prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable directamente en un litigio, de lo que se infiere que el tribunal nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de la normativa comunitaria, dejando sin aplicar, en caso necesario, cualquier norma nacional que los contradiga.

En definitiva, el tribunal nacional, cuando no pueda interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con lo dispuesto con la Directiva 2000/78, está obligado, si ello es imprescindible para la resolución del caso, a dejar de aplicar cualesquiera normas nacionales que contradiga los dictados de las normas comunitarias.

### **7. S TJUE de 5 de junio de 2018 [asunto: C-574/16]. *Grupo Norte c. Ángel Manuel Moreira.***

#### ***Indemnización de menor cuantía en contrato de duración determinada que en contratos indefinidos.***

#### **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**

**21.** La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva comunitaria en el litigio entre las partes relativo a la finalización de un contrato de relevo.

El señor Moreira fue contratado por el grupo empresarial Norte para prestar servicios como peón de limpieza en el Hospital Montecelo de Pontevedra, del que Grupo Norte era concesionaria del servicio de limpieza, con una jornada de 28,12 horas semanales (75 % de la jornada ordinaria). El contrato se había celebrado para sustituir, precisamente, a la madre del Sr. Moreira Gómez, al haber accedido esta a la situación de jubilación parcial y reducido su jornada y su salario en un 75 %. Las partes del contrato acordaron que este finalizaría el 18 de septiembre de 2015, fecha en la que se produciría la jubilación total de la madre del Sr. Moreira Gómez.

Tras comunicarle la empresa el cese el Sr. Moreira interpuso una demanda por despido improcedente, alegando que en el Hospital donde trabajaba existe la costumbre empresarial de contratar indefinidamente al trabajador relevista que ve extinguido su contrato de trabajo tras la jubilación total del trabajador relevado.

El Grupo Norte niega la existencia de esta costumbre, indicando que la libertad de empresa le permite contratar a quien desee para cubrir el puesto de que se trata, precisando que el contrato de trabajo había vencido legalmente. El Juzgado de lo Social entendió que el despido del Sr. Moreira había sido improcedente y condenó a Grupo Norte a readmitirlo o a abonarle una indemnización, a su elección.

El empresario interpuso el correspondiente recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social. El tribunal consideró que la finalización del contrato de relevo es legal, y de que no existe la obligación consuetudinaria de contratar por tiempo indefinido al relevista a la finalización del mencionado contrato de relevo. Aprecia el Tribunal que en el Derecho Español existe una diferencia de trato en lo que importa a la indemnización por finalización de la actividad laboral, según se considere la extinción del contrato como objetiva para un trabajador indefinido, o por finalización de la temporalidad para el que ha sido contratado mediante una modalidad temporal como lo es la de relevo aquí tratada.

El Tribunal cuestiona, por tanto, si esta diferencia de trato se encuentra o no proscrita por la normativa comunitaria, y en caso de considerarse plausible si se encuentra justificada en algún objetivo de política social.

Pregunta, básicamente, si a efectos del principio de equivalencia entre trabajadores temporales e indefinidos, ¿deben considerarse ‘situaciones comparables’ la extinción del contrato de trabajo por ‘cir-

cunstancias objetivas' *ex art. 49.1 c) ET* y la derivada de 'causas objetivas' *ex art. 52 ET*, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuesto constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos?

Si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, cuestiona si debe entenderse que los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican la diferencia de trato indemnizatorio

**22.** Las dos cuestiones prejudiciales pretenden cuestionar si la normativa comunitaria se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

El Tribunal recuerda que uno de los objetivos de la política de empleo y del Acuerdo Marco es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación. Concretamente pretende impedir que una relación laboral temporal sea utilizada por un empleador para privar a los trabajadores de los derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida. También recuerda que el Acuerdo Marco incluye una prohibición de tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que la diferencia de trato se justifique en razones objetivas.

El Tribunal entiende que la indemnización se incluye claramente en el concepto de 'condiciones de trabajo' reguladas por el Acuerdo Marco. Reitera también que el principio de no discriminación se aplica en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable.

**23.** En el caso de autos incumbe al tribunal remitente determinar si el Sr. Moreira cuando fue contratado en el marco de un contrato de duración determinada se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empresario durante el mismo período de tiempo.

El Tribunal precisa que se desprende de los datos de que dispone el Tribunal de Justicia que el Sr. Moreira Gómez mientras estuvo contratado ocupaba el mismo puesto de 'peón de limpieza' en el Hospital que la trabajadora cuyo relevo parcial cubría hasta que esta accediera a la jubilación completa. Por consiguiente procede considerar que la situación de un trabajador con contrato de duración determinada como el Sr. Moreira era comparable a la de un trabajador fijo para ejercer las mismas funciones de peón de limpieza.

Se hace necesario comprobar si existe una razón objetiva que justifique que la finalización del plazo de un contrato de relevo de duración determinada dé lugar al abono al trabajador temporal de una indemnización inferior a la que percibe un trabajador fijo cuando se le despide por concurrir una de las causas objetivas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Porque 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 aquella esté prevista por una norma general o abstracta, como una ley o un convenio colectivo. Este concepto requiere que la desigualdad de trato se encuentre justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata con arreglo a criterios objetivos y transparentes, con el propósito de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica y permite alcanzar el objetivo perseguido. Los elementos a considerar pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

El Tribunal entiende que el abono de la indemnización por la finalización del contrato del Sr. Moreira se produjo en un contexto sensiblemente diferente de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas objetivas previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal repara en que las partes de un contrato temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término, limitando con ello la duración de la relación laboral, pero sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato. Sin embargo la extinción de un contrato fijo por una causa objetiva resulta del advenimiento de circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que ponen en tela de juicio el desarrollo normal de la relación laboral. Pero también precisa que en Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, pues el abono de la indemnización por extinción objetiva lo es con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo.

En estas circunstancias, el Tribunal entiende que el objeto específico de la indemnización por extinción del contrato que prevé una condición resolutoria, como la prevista en relación con la jubilación definitiva del trabajador relevado, constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

Procede responder a las cuestiones prejudiciales en el sentido de que el Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, sea inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

## **8. S TJUE de 5 de junio de 2018 [asunto: C-677/16]. *Lucía Montero c. Agencia Madrileña de Atención Social.***

### ***Ausencia de indemnización en contrato temporal de interinidad.***

### **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.**

24. En marzo de 2007 la Sra. Montero fue contratada por la mercantil demandada mediante una modalidad contractual de interinidad para sustituir a un trabajador fijo. En febrero de 2008 su contrato se transformó en un contrato de interinidad para la cobertura de vacante. El objeto de contrato era la prestación de servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de la Agencia.

En julio de 2016 el puesto que ocupaba la Sra. Montero se adjudicó a una persona que había superado un previo proceso selectivo, finalizando el contrato de trabajo en septiembre de ese año.

En octubre la Sra. Montero presentó demanda por despido. El Tribunal proponente de la cuestión prejudicial precisa que la Sra. Montero desempeñaba las mismas funciones para cuyo desempeño se contrató a la persona que superó el proceso selectivo, por lo que ambos trabajadores deben considerarse comparables a los efectos de aplicar el Acuerdo Marco. Repara también que la indemnización por finalización del contrato temporal y la indemnización por despido objetivo de un trabajador fijo comparable debido a la concurrencia de causas objetivas se encuentran incluidas en el concepto de condiciones de trabajo, en el sentido del Acuerdo Marco.

El Juzgado remitente pone de manifiesto que sí existe indemnización cuando se extingue un contrato por causas objetivas a diferencia de lo que ocurre cuando finaliza un contrato de interinidad que carece de indemnización alguna. Se establece así, a su juicio, un trato diferente cuya justificación debe sustentarse en circunstancias, hechos o causas totalmente objetivas.

Entiende que la sentencia de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras (C596/14, ECLI:EU:C:2016:683) ha llevado a los tribunales españoles a conceder a un trabajador interino la misma indemnización que la que se otorga a los trabajadores fijos comparables por la extinción de sus contratos debido a la concurrencia causas objetivas. Repara, no obstante, que dicha sentencia sigue sin solventar la duda de si el hecho de que las partes conozcan, al suscribir el contrato temporal, su duración limitada constituye una razón suficiente que justifique establecer un trato diferente en el momento indemnizatorio

al que se otorga a los trabajadores fijos que ven extinguido su contrato debido a la concurrencia de circunstancias objetivas.

**25.** Mediante la cuestión prejudicial, el juzgado remitente pregunta si la cláusula el Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de extinción de contratos de trabajos por circunstancias objetivas.

El Tribunal, después de recodar los objetivos del Acuerdo Marco y de repasar la jurisprudencia más importante, precisa que en el presente asunto sometido a su jurisdicción se trata de determinar si la concesión de una indemnización por parte del empresario debido a la extinción de un contrato de trabajo se encuentra incluida en el concepto de 'condiciones de trabajo', en el sentido del Acuerdo Marco. El Tribunal de Justicia recuerda que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario. Por ello ha entendido que se encuentran incluidas en este concepto las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada, así como los demás requisitos de finalización de un contrato de duración determinada.

También entiende el Tribunal que la indemnización concedida al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empleador puede ser considerada como condición de trabajo. Pero también recuerda que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato se encuentre objetivamente justificado. Porque el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable. Y en el caso de autos incumbe al juzgado remitente examinar los hechos para determinar si la Sra. Mateos cuando fue contratada por la Agencia mediante un contrato de duración determinada se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo. El Tribunal aprecia que se deduce de los datos de que dispone el Tribunal de Justicia que la Sra. Montero mientras estuvo contratada por la Agencia mediante un contrato de interinidad ejercía las mismas funciones que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso mencionado selectivo, que tenía precisamente por objeto proveer con carácter definitivo el puesto que la Sra. Montero había ocupado durante ese período.

Por consiguiente, sin perjuicio de la apreciación definitiva que realice el juzgado remitente a la luz de todos los elementos pertinentes, procede considerar que la situación de una trabajadora con contrato de duración determinada como la Sra. Montero era comparable a la de un trabajador fijo contratado por la Agencia para ejercer las mismas funciones laborales.

**26.** Es preciso comprobar, por tanto, si existe una razón objetiva que justifique que la finalización de un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo sí tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una circunstancia objetiva. Teniendo presente que se requiere que la desigualdad de trato observada se encuentre justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de determinar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto, apreciando que tales elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

Para explicar la diferencia de trato el Gobierno español subraya que la extinción de la relación laboral se produce a consecuencia de un hecho que el trabajador podía anticipar en el momento de la celebración del contrato temporal, y que la indemnización prevista para el supuesto de extinción objetiva

se motiva por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral.

Pero conviene recordar que la finalización del contrato de interinidad de la Sra. Montero se produjo en un contexto diferente que la extinción de un contrato fijo por razones objetivas, porque las partes de un contrato de trabajo temporal conocen desde el momento de su celebración la fecha o el acontecimiento que determinan su término, limitando la duración de la relación laboral sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato, mientras que la extinción de un contrato fijo por razones objetivas tiene lugar al acaecer circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral, por lo que la indemnización tiende a proteger el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo, por lo que el Tribunal entiende que el objeto específico de esta indemnización por despido constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

Téngase presente, no obstante, que Sra. Montero no podía conocer en el momento en que se celebró su contrato de interinidad la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni tampoco podía conocer que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. Aunque no es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración.

Por ello el Tribunal entiende que la cuestión prejudicial debe ser respondida en el sentido de que el Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional, como la debatida en el asunto aquí tratado, que no prevea el abono de indemnización por extinción de un contrato de duración determinada celebrado para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto

## **9. S TJUE de 26 de junio de 2018 [asunto: C-451/16]. MB c. *Secretary of State for Work and Pensions*.**

### ***Discriminación del transexual en el acceso a la jubilación.***

#### **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.**

27. MB. es una persona casada de sexo masculino. En se sometió a una operación quirúrgica de cambio de sexo. MB. no dispone de un certificado definitivo de reconocimiento de su cambio de sexo, porque dicha concesión exigía, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, la anulación de su matrimonio. Nunca intimó la anulación porque MB. y su esposa deseaban seguir estando casadas por motivos religiosos.

Al cumplir 60 años, que es la edad a la que las mujeres nacidas antes del 6 de abril de 1950 pueden obtener una pensión estatal de jubilación “de categoría A” con arreglo al Derecho nacional, MB solicitó la obtención de dicha pensión de jubilación.

La solicitud fue denegada porque, al no disponer de un certificado de reconocimiento definitivo de su cambio de sexo, no cabía considerarla mujer a efectos de determinar su edad legal de jubilación.

MB. recurrió la decisión pero fue desestimado en las instancias ordinarias, y acudió a la Corte Suprema alegando que la normativa nacional controvertida en el litigio principal constituye una discriminación por razón de sexo, prohibida la Directiva 79/7.

MB. entiende que cumple con todos los criterios de carácter físico, social y psicológico que la normativa nacional en materia de estado civil exige para el reconocimiento jurídico del cambio de sexo, y que la exigencia de que anule su matrimonio celebrado antes de la operación de cambio de sexo no es acorde al principio comunitario de igualdad.

2. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que una persona que ha cambiado de sexo cumpla con el requisito de no estar casada con una persona del sexo que ha adquirido a raíz del cambio

de sexo para poder optar a una pensión estatal de jubilación a partir de la edad legal de jubilación de las personas del sexo adquirido.

El Tribunal recuerda que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que una normativa nacional que supedita la obtención de una prestación de pensión a un requisito relativo al estado civil no puede sustraerse a la observancia del principio de no discriminación por razón de sexo, reconocido en la normativa comunitaria, y que las Directivas de igualdad de la Unión se proyectan también sobre las eventuales discriminaciones que puedan surgir como consecuencia del cambio de sexo.

**28.** Entiende que la normativa interna que supedita la obtención de una pensión estatal de jubilación al requisito de la anulación del matrimonio eventualmente celebrado antes del cambio de sexo provoca un tratamiento menos favorable que a las personas que hayan conservado su sexo de nacimiento y estén casadas.

La exigencia de anular el matrimonio, tal y como señala el Abogado General equivale a añadir un requisito adicional a las reglas de jubilación, convirtiéndolo en el decisivo para la obtención de la pensión. Porque, además, la finalidad del requisito de anulación del matrimonio que invoca dicho Gobierno, es decir, evitar el matrimonio entre personas del mismo sexo, es ajena al régimen de la mencionada pensión de jubilación, por lo tanto ha de considerarse que la normativa nacional confiere un trato menos favorable directamente por razón de sexo a una persona que ha cambiado de sexo después de contraer matrimonio que a una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada. En definitiva, que la Directiva 79/7/CEE se opone a una normativa nacional que exige para el acceso a la jubilación que la persona que ha cambiado de sexo no esté casada con una persona del sexo que ha adquirido.

#### **10. S TJUE de 28 de junio de 2018 [asunto: C-2/17]. INSS c. Crespo Rey.**

##### ***Cotización en el Convenio Especial de Seguridad Social por la base mínima.***

#### **Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social en su versión modificada (por el Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009).**

**29.** El Sr. Crespo Rey de nacionalidad española cotizó a la Seguridad Social española entre 1965 y 1980, siempre en bases de cotización superiores a la base mínima fijada para el Régimen General de la Seguridad Social. En 1980 se instaló en Suiza y cotizó al régimen de Seguridad Social de ese Estado entre mayo de 1984 y noviembre de 2007.

En diciembre de 2007 suscribió un convenio especial con la seguridad social española, satisfaciendo desde esa fecha y hasta enero de 2014 las cuotas correspondiente, cuyo importe se calculó con arreglo a la base mínima de cotización establecida para el Régimen General de la Seguridad Social española. Al Sr. Crespo se le concede una pensión de jubilación en septiembre de 2014. Para calcular esta pensión el INSS tuvo en consideración el importe de las cuotas abonadas por el interesado durante el período requerido legalmente. El INSS tomó como base de cálculo para el período durante el que suscribió el convenio especial de seguridad social las cuotas abonadas por el Sr. Crespo Rey en el marco de dicho convenio. Para el período durante el que el Sr. Crespo trabajó en Suiza tomó en consideración la base de cotización en España que más se aproximaba en el tiempo a los períodos de referencia. El INSS consideró que esta era la base de cotización de la que se calculó la primera cuota mínima abonada por el Sr. Crespo en el marco del convenio.

El Sr. Crespo presentó demanda contra esta resolución por no estar de acuerdo con el cálculo de su pensión de jubilación realizado por el INSS. El órgano judicial estimó la demanda, frente a cuya resolución el INSS recurrió la resolución frente al Tribunal Superior de Justicia funcionalmente competente.

**30.** El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la normativa en cuestión en el asunto del que conoce es compatible con el artículo 45 TFUE, apartado 1, en la medida en que el artículo 15 de la Orden

Ministerial de 2003 obliga al trabajador emigrante a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, sin que pueda elegir otra base de cotización. Por otra parte cuestiona que para el cálculo del importe de la pensión de jubilación de este trabajador solo tenga en consideración las cuotas mínimas abonadas en el marco de dicho convenio, a pesar de que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, el trabajador en cuestión cotizara en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

¿Deben entenderse excluidas de la expresión *‘la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo’* aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores?.

**31.** El Tribunal de Justicia recuerda que según reiterada jurisprudencia corresponde proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce, reformulándose, en su caso, las cuestiones que se le planteen.

En el presente caso el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la normativa nacional aplicable al litigio principal es compatible con la normativa comunitaria en la medida en que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social española a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, lo que repercute en el cálculo de su pensión. Por ello es presupuesto de la resolución de esta cuestión prejudicial analizar la normativa nacional aplicable en el litigio principal a la luz de las disposiciones del Acuerdo sobre la libre circulación de personas. Básicamente se trata de dilucidar si el Acuerdo sobre la libre circulación de personas se opone a la normativa de un Estado miembro que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social de ese Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, para el cálculo del importe de su pensión de jubilación se equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro tomando solo en consideración las cuotas abonadas por dicho trabajador en el marco de dicho convenio, incluso cuando antes de ejercer su derecho a la libre circulación este último hubiera cotizado en este Estado miembro con arreglo a bases de cotización superiores a la base mínima de cotización, teniendo en consideración, además, que un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio sí dispone de la posibilidad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

**32.** Después de recordar que el Reglamento núm. 883/2004 no establece un sistema común de seguridad social sino que únicamente planta las bases para la coordinación de diversos sistemas, lo que conlleva que la falta de armonización en el ámbito de la Unión permita la competencia legislación de cada Estado miembro para la determinación de los requisitos que confieren cada ordenamiento a sus derecho prestaciones, reitera la necesidad de que dicha normativa respete la libertad de circulación y residencia, particularmente con Suiza, apoyándose en el Acuerdo sobre la libre circulación de personas que concede a los nacionales de las Partes contratantes el derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, así como las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo concedidas a los nacionales del Estado de que se trate, y que regula, muy señaladamente, la coordinación de los sistemas de seguridad social con el fin de garantizar la igualdad de trato.

Hay dos datos incontrovertidos en este asunto. En primer lugar, que el Crespo hizo uso de su derecho a la libre circulación de personas para ejercer una actividad por cuenta ajena en el territorio de Suiza, quedando incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre la libre circulación de personas. Y, en segundo lugar, que la suscripción por parte del Sr. Crespo del convenio especial de Seguridad Social tuvo como consecuencia que, a efectos de calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, el INSS tomó como referencia la base mínima de cotización.

En el momento de calcular la pensión el INSS tomó en cuenta, como corresponde según la legislación nacional, las cuotas reales abonadas por el Sr. Crespo durante los años inmediatamente anteriores

al pago de la última cuota a la seguridad social, es decir, las cuotas mínimas que abonó con arreglo al convenio especial. Sin embargo para el período en que trabajó en Suiza tomó en consideración la base de cotización que en España más se aproximaba a los períodos de referencia.

La equiparación por parte del INSS del período cubierto por el convenio especial a un período de trabajo realizado en España tuvo como resultado que, al calcular el importe de la pensión de jubilación del Sr. Crespo, únicamente fuera tomada en consideración la base mínima de cotización con arreglo a la cual este abonó sus cuotas en el marco de dicho convenio. Teniendo presente, como consta acreditado, que antes de ejercer su derecho a la libre circulación y de suscribir el convenio especial cotizó al régimen de seguridad social español con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización utilizada en el marco de dicho convenio.

**33.** El problema reside en que según la normativa que regula el Convenio Especial de 2003 el trabajador emigrante no puede continuar cotizando con arreglo a bases superiores pues el importe de tales cuotas se determina obligatoriamente con arreglo a la base mínima de cotización fijada para el régimen general de la seguridad social española.

La exigencia de obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer las cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, según prevé la normativa nacional, puede establecer para los trabajadores migrantes un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión.

El INSS y el Gobierno español alegan que la suscripción del convenio especial tiene por finalidad permitir al trabajador inmigrante evitar que se produzca una reducción del importe de su pensión de jubilación española por el hecho de haber ejercido su derecho a libre circulación.

Pero el Tribunal entiende que en una situación como la del litigio principal el trabajador migrante que suscribe un convenio especial puede en realidad ser objeto de una reducción nada desdeñable del importe de su pensión de jubilación, pues para calcular el importe de la misma solo se tienen en consideración las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, es decir, las cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización. Esta conclusión no se produciría si el trabajador hubiera cotizado únicamente en otro Estado miembro sin suscribir un convenio especial.

De lo anterior se sigue que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe con la seguridad social del Estado miembro en cuestión un convenio especial a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, incluso en el caso de que este, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, haya cotizado en ese Estado con arreglo a bases de cotización superiores a la base mínima puede suponer para tal trabajador un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores que realizaron toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión.

Para la correcta aplicación de esta consecuencia el Tribunal recuerda que cuando el Derecho nacional prevé un trato diferenciado entre varios grupos de personas los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados.

Teniendo en consideración que los trabajadores sedentarios que suscriben un convenio especial tienen la posibilidad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios.

Y el propio Tribunal añade una posibilidad hermenéutica, recalando que este objetivo podría alcanzarse concediendo a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial la facultad de cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización

**34.** En definitiva, el Acuerdo sobre la libre circulación de personas se opone a la normativa de un Estado miembro que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social del Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe de su pensión de jubilación solo toma en consideración las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, conclusión que se predica incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

**11. S TJUE de 28 de junio de 2018 [asunto: C-57/17]. *Eva Soraya Checa c. Fogasa*.****Movilidad geográfica con traslado de domicilio, opción por la indemnización y abono por parte del Fogasa en supuestos de insolvencia empresarial.****Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.**

35. La Sr. estuvo empleada para la mercantil Cespa hasta marzo de 2010 y, posteriormente, para Soroma patrimonial mediante un contrato de trabajo a tiempo completo. Soroma informó por escrito a la Sra. Checa y a otros cinco trabajadoras de su intención de trasladar, a partir de mayo del 2011, su lugar de trabajo a otra ciudad. Dicho traslado suponía para la Sra. Checa un cambio de domicilio, en la medida en que la distancia entre el antiguo y el nuevo lugar de trabajo era de más de 450 km. La Sra. Checa optó por la extinción de su contrato de trabajo, de conformidad con lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, decisión aceptada por la empresa.

La Sra. Checa posteriormente interpuso una demanda jurisdiccional al entender que tenía derecho a una indemnización por extinción del contrato tras la decisión de movilidad geográfica intimada por la empresa. El Juzgado de lo Social competente condenó a Soroma al pago de una cantidad económica de conformidad con las exigencias legales del Estatuto de los Trabajadores.

La mercantil Soroma ejecutó el fallo judicial solo parcialmente, por lo que la Sra. Checa solicitó la apertura de un procedimiento de ejecución judicial. En el marco de dicho procedimiento, Soroma fue declarada insolvente en junio de 2013. La resolución de insolvencia fue notificada al Fogasa. La Sra. Checa solicitó entonces al Fogasa que se hiciese cargo de la parte de la indemnización impagada por Soroma a causa de su insolvencia.

El Fogasa denegó dicha solicitud, alegando que la indemnización que tiene su origen en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador afectado por la decisión de su empresario de cambiar el lugar de trabajo no está garantizada por las previsiones normativas del Estatuto de los Trabajadores.

La Sra. Checa interpuso recurso contra esta resolución denegatoria ante el Juzgado de lo Social competente, pretensión que no fue estimada.

En la resolución del recurso impetrado frente a dicha resolución el Tribunal Superior de Justicia competente alberga dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del artículo de la normativa patria que limita la garantía de cobertura indemnizatoria del Fogasa a los supuestos de despido o a determinadas extinciones del contrato de trabajo entre los que no se incluye este supuesto. Entiende que la norma patria excluye del mecanismo de garantía los créditos que resultan de otras formas legales de extinción de la relación laboral que dan lugar a una indemnización, como acaece en el supuesto tratado en el que, formalmente bajo una opción del trabajador se encubre, en realidad, una verdadera extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

Por ello plantea la siguiente cuestión prejudicial: ¿Se puede interpretar que una indemnización debida legalmente por una empresa al trabajador por la extinción de su relación laboral, a consecuencia de la modificación de un elemento esencial del contrato de trabajo, como es una movilidad geográfica que obliga al trabajador a cambiar de residencia, puede incluirse en el concepto de “*indemnización debida al término de la relación laboral*” previsto en la Directiva 2008/94?

36. El Tribunal comienza recordando que la Directiva 2008/94 se aplica a los créditos en favor de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia, precisando que corresponde al Derecho nacional determinar las indemnizaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, aunque dicha posibilidad se encuentra supeditada a las exigencias que se derivan del principio general de igualdad y no discriminación que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que dicha diferencia de trato se justifique objetivamente.

La normativa patria aplicable para la resolución del asunto prevé la garantía de pago de las indemnizaciones por parte del Fogasa en los supuestos de despido o de determinadas extinción del con-

trato de trabajo, pero no incluye otras formas legales de extinción de la relación laboral que dan lugar a indemnizaciones legales, entre las que figura las indemnizaciones procedentes por no aceptar la movilidad geográfica intimada por el empresario.

El órgano jurisdiccional remitente precisa que en la dinámica de la movilidad geográfica el trabajador tiene derecho a optar entre aceptar la movilidad o extinguir su contrato de trabajo con la correspondiente indemnización de veinte días de salario por año de servicio. Informa también de las diferentes modalidades indemnizatorias que acontecen en supuestos de despido objetivo, despido colectivo y extinción por incumplimientos del empresario.

El Tribunal razona que procede considerar que los trabajadores que optan por la extinción del contrato de trabajo en un supuesto de movilidad geográfica se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores que optan por la extinción del contrato de trabajo tras un incumplimiento empresarial, en la medida en que se decantan por la extinción debido a que el empresario lleva a cabo modificaciones sustanciales de sus condiciones de trabajo que el legislador español ha considerado que no se les pueden imponer, ya que en ambos casos ha previsto que el trabajador pueda optar por la extinción del contrato de trabajo y que reciba, además, una indemnización.

Del mismo modo estos trabajadores se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores cuyo contrato se ha extinguido por causas objetivas, por lo que pueden deducirse idénticas razones que las expuestas.

El ordenamiento español sólo entiende incluidos en el ámbito de garantía del abono de la indemnización a los supuestos comprendidos en la extinción objetiva y en el abandono voluntario por incumplimientos empresariales, pero no en los supuestos de abandono voluntario tras al intimación empresarial de una movilidad geográfica.

De lo que se trata ahora es de apreciar si la diferencia de trato entre ambos grupos de trabajadores se encuentra justificada. No puede acogerse la alegación formulada por el Gobierno español según la el margen de apreciación conferido a los Estados miembros por la Directiva 2008/94 permitía al legislador español optar por que la institución de garantía asumiese solamente aquellas algunas indemnizaciones y no otras, básicamente porque se niega el carácter comparable de las situaciones de los trabajadores.

El Tribunal aprecia que del auto de remisión de la cuestión se desprende que no puede considerarse la extinción del contrato de trabajo tras la movilidad geográfica como una auténtica expresión libre de la voluntad del trabajador, puesto que una consecuencia de la actuación empresarial que pretende llevar a cabo una modificación sustancial de su contrato de trabajo, como lo es el traslado del lugar de trabajo a una distancia que obliga al trabajador a cambiar de lugar de residencia.

**37.** De todo ello se deduce que la Directiva 2008/94 debe interpretarse en el sentido de que las indemnizaciones legales debidas legalmente como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador a causa del traslado del lugar de trabajo por decisión unilateral del empresario (implicando un cambio de residencia) también deben incluirse en dicho concepto.

## 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 9 de enero de 2018. Asunto: *López Ribalda and Others. c. España* (demanda núm.: 18748567/2013). *Videovigilancia empresarial en el lugar de trabajo sin consentimiento.***

**38.** Cinco trabajadoras, entre las que se encontraba quien da nombre a la demanda, alegan que en su lugar de trabajo pero sin su consentimiento fueron sometidas a una “*videovigilancia encubierta or-*

*denada por su empresario sin haber sido previamente informadas*”, lo que, a su juicio, violó su derecho a la privacidad, según lo previsto en el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas.

**39.** Los hechos no dejan lugar a dudas del ilícito laboral cometido por las trabajadoras. Todas las trabajadoras trabajaban como cajeras en un supermercado. En febrero de 2009 el empresario fue informado de ciertas irregularidades entre la mercancía almacenada existente en el supermercado y las ventas reales diarias, contabilizándose pérdidas cuantiosas desde febrero a junio (7.780€ en febrero, 17.971€ en marzo, 13.936€ en abril, 18.009€ en mayo y 24.614€ en junio). Para investigar qué acontecía instaló cámaras de vigilancia visibles y también cámaras ocultas. Las primeras para grabar los posibles robos de los clientes, y las ocultas para grabar los posibles robos de los empleados, singularmente las cajeras. La empresa sí comunica a los trabajadores previamente a su instalación la existencia de las cámaras visibles, pero no la colocación de cámaras ocultas. Al comité de empresa tampoco se le informa de la instalación de estas cámaras ocultas.

A finales de junio todos los trabajadores sospechosos de robos fueron convocados a una reunión individual. Durante dichas reuniones las demandantes, en presencia del representante sindical y del representante legal de la empresa, admitieron su implicación en los robos. En esa reunión las cajeras firmaron un documento por el cual se comprometía a no presentar demanda por despido si el empresario se comprometía a no denunciarlas ante las autoridades policiales. Tras eso las cinco cajeras fueron despedidas por motivos disciplinarios. La acreditación del ilícito laboral se sustenta básicamente en la prueba videográfica obtenida, en donde se aprecia cómo había ayudado a compañeros de trabajo e incluso a clientes a robar productos. Habían sido grabadas escaneando productos de la cesta de la compra de los clientes y de otros compañeros de trabajo para después cancelar las compras. Las cámaras de seguridad también les habían grabado permitiendo a los clientes y a otros compañeros de trabajo abandonar el supermercado con productos que no habían abonado.

Las trabajadoras entendieron que el acuerdo transaccional al que había llegado era nulo e interpusieron las correspondientes demandas por despido. El Juzgado de lo Social competente entendió, en dos resoluciones, que el despido era procedente, confirmándose ambas resoluciones por el Tribunal Superior de Justicia funcionalmente competente. Entienden ambos tribunales que la utilización de cámaras ocultas se consideraba justificada, pues existían razonables sospechas de sustracción de productos de la empresa, aunque aprecian que el proceder empresarial al no informar de la utilización de cámaras ocultas a los representantes sindicales podía conllevarle una sanción administrativa. Y con respecto al acuerdo transaccional entendieron que era legítimo porque no había existido coacción o dolo en su suscripción, además de estar presente un representante de los trabajadores.

**40.** El Tribunal, después de resumir la legislación aplicable y la interpretación de la cuestión que realiza el Tribunal Constitucional español, especialmente la relativa a la utilización de sistemas de videovigilancia oculto (SSTC 186/2000, 29/2013, y 39/2016), aborda las dos cuestiones objeto de estudio.

**41.** El Tribunal aprecia que efectivamente sí se ha producido una vulneración de la privacidad de las trabajadoras, que sí se ha producido una violación del art. 8 del Convenio.

Los demandantes entienden que el ámbito de eficacia del referido art. 8 no se limita a la protección de los individuos contra las injerencias de los poderes públicos, sino que también se proyecta hacia el ámbito de las relaciones entre los individuos, por lo que la actuación empresarial sí puede lesionar el referido derecho. El gobierno, por su parte, entiende que aunque efectivamente la actuación empresarial no fue acorde al art. 8 del Convenio el Estado no debería ser responsable de la responsabilidad que genera la incorrecta actuación de la empresa privada.

Entiende, después de resumir su jurisprudencia sobre qué ha de entenderse por ‘vida privada’, que el ámbito laboral sí queda al abrigo del art. 8 del Convenio, básicamente porque el trabajador no puede evitar ser grabado ya que debe permanecer en su puesto de trabajo por obligárselo el contrato de trabajo, produciéndose la videovigilancia en las instancias del empresario durante la ejecución del contrato de trabajo.

Entiende, además, a pesar de que el propósito del artículo 8 es esencialmente proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias del poder público, el Estado no debe simplemente abstenerse de tal injerencia. Además de este compromiso primordialmente negativo, pueden existir obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto por la vida privada. Y dichas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a respetar la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí.

Se trata, por tanto, de averiguar si el Estado ponderó un justo equilibrio entre el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y el interés empresarial en la protección de su organización y el derecho a gestionar sus derechos de propiedad.

Repara en que en este asunto, a diferencia de lo acontecido en otros, sí existía normativa específica sobre las condiciones en las que el empresario podía videovigilar a un empleado para investigar la comisión de un delito, estableciendo garantías específicas en cuanto a la recolección y archivo de datos y la necesaria información que debe suministrarse a los trabajadores. Además, a diferencia de lo acaecido en otros casos ya sometidos a la jurisdicción del Tribunal, en este asunto la sospecha era genérica con respecto a todos los trabajadores, no específica dirigida hacia algunos en concretos. Y este es el elemento clave en el que se fija el Tribunal para entender que no puede compartir la opinión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empresario con el objetivo legítimo de proteger sus legítimos intereses. Precisa, en concreto, que la videovigilancia llevada a cabo por el empresario que se prolongó durante un largo periodo de tiempo no cumplía con los estándares interpretativos de la normativa aplicable, ni, particularmente, con la obligación de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal. Entiende, además, que los derechos del empresario podrían haber sido perfectamente protegidos informando previamente a las demandantes sobre la instalación de un sistema de videovigilancia.

Entiende el Tribunal, en definitiva, que los tribunales internos no ponderaron un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y el interés del empresario en la protección de sus derechos.

**42.** Las consecuencias de dicha declaración afirmativa de vulneración del art. 8 del Convenio son reparadoras de sus consecuencias. El art. 41 del Convenio precisa que si “*Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa*”.

Con respecto al perjuicio económico, todas las demandantes reclaman una indemnización por la pérdida de las cantidades que habrían recibido en caso de que los tribunales internos hubieran declarado los despidos improcedentes y si, en consecuencia hubieran seguido trabajando en la empresa.

Pero el Tribunal no observa ningún vínculo de causalidad entre la violación encontrada y el perjuicio económico reclamado, por lo que desestima la reclamación económica de daños solicitada.

Sin embargo el Tribunal sí entiende que se ha producido un daño moral a las trabajadoras, que no puede ser compensado únicamente por la constatación de la violación, por lo que procede a concederles una indemnización de 4.000 euros en concepto de daño moral sufrido, a la que ha de sumársele la que procede en concepto de costas y gastos, variable para cada una de las cinco trabajadoras.