

Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2022

Chronicle of international labor jurisprudence 2022

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

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

Recibido: 06.06.2023 / Aceptado: 13.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8091

Resumen: En el año natural 2002 no se han dictado resoluciones del Comité de Libertad Sindical que afecten a España. Ninguna de las cuatro sentencias del TEDH en las que España era parte tenía contenido laboral, de seguridad social o de protección social. Sí se cuenta, como es habitual, con resoluciones del TJUE de contenido social en los que el estado español ha sido parte, pero, a diferencia de otros años anteriores, ni los pronunciamientos han sido tantos ni han tenido tanta trascendencia. De los varios asuntos que resuelven cuestiones prejudiciales que devuelve la base de datos CURIA se han analizado dos en los que el estado español se ha visto implicado, y uno más relativo a la proyección de los símbolos religiosos en el trabajo que por su configuración técnica puede tener una fácil proyección para nuestro ordenamiento jurídico. Como es habitual, los tesauros conceptuales empleados para la búsqueda en la base de datos institucional han sido los siguientes: “*Seguridad social*”, “*Salud pública*”, “*Política social*”, “*no discriminación*”, “*Libre circulación de los trabajadores*”, “*Libertad de establecimiento*”, “*Fondo Social Europeo (FSE)*”, “*Empleo*”, “*Educación, formación profesional y juventud*”, “*Estatuto de los funcionarios y régimen aplicable a los otros agentes*”, “*Derechos fundamentales*”, “*Cohesión económica, social y territorial*”, y “*Ciudadanía de la Unión*”. La muy interesante **STJUE de 24 de febrero de 2022 [C-389/20] CJ y TGSS**, decide que no es acorde a la normativa comunitaria de igualdad nuestra regla jurídica interna que impedía la cotización por la contingencia de desempleo en el sistema de seguridad social de empleados de hogar. La consecuencia jurídica fue evidente, la modificación ipso facto de dicha regla. La **STJUE de 28 de abril de 2022 [C-86/21] Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia**, analiza hasta qué punto una normativa autonómica de evaluación del desempeño profesional puede dejar de tener en consideración la actividad profesional desarrollada en otro país de la Unión. La respuesta negativa es muy intuitiva, pero el análisis de la resolución sirve para perfilar o matizar las exigencias comunitarias que se imponen a la restricción pretendida por la norma patria. La **más que interesante STJUE de 13 de octubre de 2022 [C-344/20] L.F. y S.C.R.L.** aborda un tema capital para los modernos estados laicos: la legitimidad de la restricción empresarial de utilización por parte de los trabajadores de prendas de vestir que inequívocamente manifiesten una determinada convicción religiosa.

Palabras clave: Persona al servicio del hogar familiar, desempleo, libertad de circulación de trabajadores, reconocimiento de la experiencia profesional desarrollada en otros países, *símbolos religiosos en el lugar de trabajo*.

Abstract: In calendar year 2002, no resolutions of the Committee on Freedom of Association have been issued that affect Spain. None of the four ECHR rulings to which Spain was a party had labor, social security or social protection content. There are, as usual, CJEU resolutions with a social content in which the Spanish state has been a party, but, unlike previous years, there have not been so many pronouncements, nor have they been of such importance. Of the various matters that resolve preliminary rulings that the CURIA database returns, two have been analyzed in which the Spanish state has been involved, and one more related to the projection of religious symbols in the work that due to its technical configuration

can have an easy projection for our legal system. As usual, the conceptual thesauruses used for the search in the institutional database have been the following: “Social security”, “Public health”, “Social policy”, “non-discrimination”, “Free movement of workers”, “Freedom of establishment”, “European Social Fund (ESF)”, “Employment”, “Education, professional training and youth”, “Statute of civil servants and regime applicable to other agents”, “Fundamental rights”, “Economic cohesion, social and territorial”, and “Citizenship of the Union”. The very interesting **STJUE of February 24, 2022 [C-389/20] CJ and TGSS**, decides that our internal legal rule that prevented contributions for the contingency of unemployment in the security system is not in accordance with the community regulations on equality household employees social. The legal consequence was evident, the ipso facto modification of said rule.

The **STJUE of April 28, 2022 [C-86/21] Regional Health Management of Castilla y León and Delia**, analyzes to what extent an autonomous regulation of professional performance evaluation can stop considering the professional activity carried out in another Union country. The negative answer is very intuitive, but the analysis of the resolution serves to outline or clarify the community demands that are imposed on the restriction sought by the national law. The most interesting **STJUE of October 13, 2022 [C-344/20] L.F. and S.C.R.L.** addresses a major issue for modern secular states: the legitimacy of the business restriction on the use by workers of garments that unequivocally manifest a certain religious conviction.

Keywords: Person at the service of the family home, unemployment, freedom of movement of workers. Recognition of professional experience developed in other countries, religious symbols in the workplace.

Sumario: I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. STJUE de 24 de febrero de 2022 [C-389/20] CJ y TGSS. 2. STJUE de 28 de abril de 2022 [C-86/21] Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia. 3. STJUE de 13 de octubre de 2022 [C-344/20] L.F. y S.C.R.L.

I. Tribunal de justicia de la Unión Europea

1. STJUE de 24 de febrero de 2022 [C-389/20] CJ y TGSS

A) Hechos del litigio principal

1. Una mujer, empleada de hogar en el subsistema especial de Seguridad Social para empleados de hogar pretende, tras una larga carrera de cotización, empezar a cotizar por la contingencia de desempleo. Para tal fin presenta una solicitud ante la TGSS acompañada de un consentimiento escrito por parte de su empleadora para poder realizar la cotización solicitada. Su solicitud es denegada, pues se entiende que dicha cotización está expresamente excluida por el art. 251.d) LGSS. Obviamente, la no cotización por esta contingencia impide el posterior percibo de la prestación correspondiente.

Tras ver denegada su solicitud en vía administrativa acude a la vía jurisdiccional, entendiendo, básicamente, que la imposibilidad de cotizar en este tipo de empleo “*supone una discriminación indirecta, por razón de sexo, en materia de seguridad social para los empleados de hogar de sexo femenino, que constituye la práctica totalidad de este colectivo de trabajadores*” (§ 16). Se genera con ello una diferencia de trato con respecto a los demás trabajadores por cuenta ajena (§ 17), apreciando que, además, la desprotección frente al desempleo “*implica asimismo la imposibilidad para dichos empleados de acceder a cualquier otra prestación o subsidio supeditados a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo*” (§ 17).

En definitiva, que el precepto señalado de la LGSS sitúa a dichos trabajadores en una situación de desamparo que se traduce: a) en la imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo, y b) en impedir la percepción de otro tipo de prestaciones o ayudas sociales que se vinculan a la extinción de la prestación por desempleo (como suele ser habitual en nuestro sistema de Asistencia Social).

El órgano jurisdiccional competente alberga dudas sobre si esta norma es compatible con el derecho de la Unión Europea que protege la discriminación en el empleo, planteando la cuestión prejudicial que esta resolución solventa.

B) Cuestión jurídica debatida

2. El asunto fundamental consiste en determinar si es razonable que se niegue el percibo de la prestación por desempleo para trabajadores incluidos en el régimen específico de empleados de hogar. Analizando la cuestión desde la perspectiva de considerar que dicha consecuencia puede constituir una discriminación por razón de sexo, pues la mayoría de las personas trabajadoras que ejercen dicha actividad son mujeres.

Hasta la supresión del art. 251.d) LGSS por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, el precepto especificaba que “*La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo*”.

Pero esta previsión lo es única y exclusivamente para los trabajadores incluidos en el sistema especial, es decir, para aquellos “*sujetos a la relación laboral especial a que se refiere el artículo 2.1.b) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*” (art. 250.1-1 LGSS). En definitiva, los contratados por el “*titular del hogar familiar*” (terminología -especialmente lo de “*titular*”- que quizá debiera ser cambiada por otra más acorde a los nuevos tiempos: es ‘*viejuna*’ y evoca tiempos pasados, como aquellos que llamaba al trabajador y al empresario productor y factor) bajo la modalidad laboral especial no tienen acceso al desempleo, pero sí pueden disfrutarlo, sin embargo, aquellos otros trabajadores contratados por empresas que desarrollan esa misma actividad profesional.

Probablemente la exigencia de cotización para la inclusión en el régimen general de quienes estaba en un régimen especial provoca esta disfunción. Porque exigir la cotización “*completa*” para el “*titular del hogar familiar*” hubiera supuesto, sin más, o bien un abandono de esta modalidad, o bien su organización en “*negro*” de forma irregular, o con fórmulas “*paralaborales*” poco edificantes, y, desde luego, al margen de lo pretendido por la norma.

Probablemente en el momento de integración del **éste** sub-régimen especial en el general no quedaba otro remedio, pero ya ha pasado algún tiempo y las cosas cambian, pareciendo irrazonable (y poco edificante) que se pueda seguir sosteniendo la exclusión de una prestación tan necesaria, especialmente para trabajadores poco cualificados y no bien remunerados como son los empleados de hogar.

C) Normativa en presencia

3. 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.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

D) Resolución del Tribunal

4. El tribunal entiende que la normativa comunitaria de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social se opone a la disposición nacional controvertida que impedía la percepción de la prestación por desempleo, básicamente porque esa regla técnica no se encuentra justificada por razones objetivas ajenas a cualquier tipo de discriminación, y su aplicación práctica, en el día a día, sitúa a las trabajadoras mujeres en desventaja particular con respecto a los trabajadores varones.

Para llegar a esta conclusión se conduce por el ortodoxo camino siguiente.

Entiende, en primer lugar, que la aplicación del precepto jurídico interno controvertido no genera una discriminación directa, pues el precepto jurídico se aplica indistintamente para hombres y mujeres (§ 39).

Recuerda, en segundo lugar, que la discriminación indirecta por razón de sexo se constata cuando se aprecia una situación en que la aplicación de una determinada norma jurídica neutra sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a las del otro sexo, a no ser que la aplicación de la norma, así como su consecuencia, se justifique en razones objetivas y razonables (§ 40).

Assume, en tercer lugar, que la existencia de tal desventaja puede acreditarse cuando se constata que afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de otro, entendiendo razonable apoyarse en datos estadísticos para llegar a esta conclusión (§ 42).

La resolución del Tribunal sigue bastante fielmente la conclusión del Abogado General desde el § 44 en adelante. Se aprecia el dato estadístico referenciado, de su lectura se desprende que la proporción de las trabajadoras afectadas es infinitamente mayor que el de los trabajadores varones, y se concluye que existe una discriminación indirecta por razón de sexo (§ 48), pues la presencia de un factor objetivo de justificación no ha sido apreciado (§ 51).

Porque la justificación de dicha exclusión sostenida en cuestiones de política legislativa ligadas a las peculiaridades de ese sector profesional no son razonables (§ 53), en la medida en que la eventual traducción del aumento de costes y cargas salariales resultantes del aumento de las cotizaciones en pérdida de tasas de empleo, que era la razón argumentada por el Gobierno patrio, no puede ser tenida en consideración (§§ 54 y 55), básicamente porque para ello debería poder demostrarse que el colectivo de trabajadores al que se excluye de la prestación se distingue de otros que no se encuentran excluidos de ella (§ 62). Y de los datos obrantes no pueden deducirse dicha conclusión, pues otros colectivos similares: trabajadores a domicilio, no profesionales, jardineros, conductores particulares, trabajadores agrícolas, trabajadores contratados por servicios de limpieza, están cubiertos frente a la contingencia de desempleo, “y ellos a pesar de que sus cotizaciones son en algunos casos inferiores a las aplicables a los empleados de hogar” (§63).

E) Apunte final

5. La importancia del informe del Abogados General¹.

Que el informe de los abogados generales marca el camino interpretativo por el cual se va a conducir una resolución del TJUE es una evidencia que no merece mayor comentario. Pero este caso concreto es una buena muestra de que un informe previo suficientemente solvente facilita la adopción de criterios jurídicos firmes, y por eso se subrayan los parámetros empleados en él para depurar su conclusión.

El Abogado General Maciej Szpunar entiende que la legislación española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar familiar, colectivo compuesto “*casi exclusivamente*” por mujeres casi exclusivamente mujeres, es contraria al Derecho de la Unión Europea, por constituir una “*discriminación indirecta por razón de sexo*” que no se encuentra justificación en “*objetivos legítimos y ajenos a toda discriminación basada en el sexo*”. Es de una técnica exquisita, de “*cortito y al pie*”, si se me permite el símil futbolístico. Sin ninguna complicación, apreciando la realidad desde la atalaya que permite la mirada larga y la apreciación de las cosas en su conjunto. Directo, preciso, concreto y rápido.

Un resumen de sus posiciones más relevantes pasa por subrayar los siguientes elementos y razonamientos:

Considera, básicamente, “*que la disposición controvertida en el litigio principal establece una desventaja particular para los empleados de hogar*” (§ 52).

¹ El informe completo de las conclusiones puede leerse aquí: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C5A5C71328253BBEE9FA1D4F3B2CD8E8?text=&docid=246805&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4295841>

Se apoya para fundamentar su argumento en que en este “contexto, los datos estadísticos desempeñan un papel fundamental a la hora de constatar la existencia de una desventaja de hecho para las personas de un sexo con respecto a las personas del otro sexo”, precisando que aunque “*corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la fiabilidad de tales datos y si se pueden tomar en consideración*”, si dicho “*órgano jurisdiccional considera que la cláusula de exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal afecta a un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres, habrá de concluirse que tal disposición establece una desigualdad de trato contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7*” (§ 55).

Entiende, además, que “*la información estadística que ha aportado el órgano jurisdiccional remitente sugiere.../...que, dentro del colectivo de los empleados de hogar, las mujeres sufren una desventaja en una proporción aplastante*” (§ 56).

El informe tiene en consideración no sólo los trabajadores incluidos en el sistema especial, sino todos los trabajadores incluidos en el régimen general (§ 58), y la conclusión es evidente: “*todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general de la seguridad social tienen en principio derecho a las prestaciones por desempleo*” (§ 59), con una proporción similar de hombres y mujeres cotizantes, el 51,04 % y el 48,96 % respectivamente.

Los datos de los cotizantes al sistema especial son muy gráficos. Aproximadamente se encuentra incluidos unos 384.175 trabajadores por cuenta ajena, pero la proporción de hombres y mujeres es muy diferente (§ 60). El órgano jurisdiccional remitente subraya que las mujeres representan casi el 100 % de los trabajadores sujetos a ese régimen especial. La TGSS aporta datos concretos: 17.171 hombres y 366.991 mujeres, es decir, se integra el sistema especial por un 95,53 % de mujeres.

El informe considera, en definitiva, de que la disposición controvertida en el litigio principal sitúa a los empleados de hogar de sexo femenino en una posición menos ventajosa, considerando, en definitiva, que es contraria al ordenamiento comunitario (§ 62).

El paso siguiente es considerar si existe una razón suficiente para la aplicación de dicha disposición, es decir, contestar a la siguiente pregunta: “*¿Puede justificarse objetivamente la desigualdad de trato instaurada por la disposición controvertida en el litigio principal habida cuenta de las disposiciones de la Directiva 79/7?*” (§ 63)

Aunque el Abogado General comprende las razones de política legislativa, que entroncan incluso en modelos de familia muy arraigados socialmente en el que se distribuyen los roles familiares y laborales de forma predeterminada, aprecia que la justificación no encuentra un abrigo lo suficientemente potente como para consentir la discriminación palpable y patente que se aprecia directamente de la lectura de los datos estadísticos.

En definitiva, estima que “*la disposición controvertida en el litigio principal no resulta adecuada para garantizar los objetivos de lucha contra el trabajo sumergido y el fraude y de protección del empleo, en la medida en que no parece responder verdaderamente al empeño de alcanzar estos objetivos ni aplicarse de manera coherente y sistemática*” (§ 99), apreciando que “*la exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal, que prohíbe en términos absolutos acceder a la prestación por desempleo a todos los empleados de hogar, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos*” (§ 100).

El Abogado General propone al Tribunal, por tanto, que resuelva afirmando que el principio de igualdad de la Unión se opone a la normativa nacional controvertida que impide la percepción de la prestación por desempleo para las personas trabajadoras empleadas en el hogar familiar.

Obviamente, tras la promulgación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar las cosas ya no son como antes, pues se ha dado nueva redacción a la Disposición transitoria decimosexta de la LGSS regulando las “*Bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar*”.

2. STJUE de 28 de abril de 2022 [C-86/21] *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia*²

A) Hechos del litigio principal

7. La gerencia regional de salud de una Comunidad Autónoma deniega a una trabajadora la posibilidad de considerar evaluable en un proceso de calificación de la carrera profesional la experiencia profesional que desempeño en otro país de la Unión, en Portugal concretamente.

En el proceso de contratación para personal interino de larga duración era necesario haber desarrollado la actividad profesional que acreditase cinco años de ejercicio profesional como personal estatutario y/o personal sanitario funcionario en el Servicio de Salud de Castilla y León en la misma categoría desde la que se pretendiera acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional. La demandante presentó la solicitud “alegando haber prestado servicios en esta durante diez años y tres meses a fecha 31 de diciembre de 2010”, figurando entre tales servicios “los prestados en el Hospital Santa María de Lisboa (Portugal)” desde noviembre de 2000 hasta julio de 2007” (§ 10).

Pero hemos de tener en consideración que la Gerencia Regional de Salud sí tuvo en consideración los años de ejercicio profesional desarrollados en el Sistema Nacional de Salud español, pero desestimó computar los prestados por la interesada en el sistema público portugués, “al no estar previsto en el sistema de reconocimiento de la carrera profesional de la Comunidad Autónoma de Castilla y León” (§ 11), a pesar de que dicho período, y esto es lo sorprendente, sí había sido tenido en consideración por la propia Gerencia a efectos del cómputo de otros conceptos retributivos, concretamente para el cálculo de los trienios del personal estatutario temporal.

Es decir, sí había considerado ese período de tiempo para la generación de unas consecuencias económicas (trienios), pero no lo tiene en consideración a efectos de antigüedad para poder acceder al reconocimiento de la carrera profesional.

En vía interna es el Tribunal Superior de Justicia, que conoce del recurso impetrado frente a la resolución estimatoria de la pretensión de la persona trabajadora del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, quien tiene dudas sobre la idoneidad de dicha decisión desde el prisma del Derecho de la Unión Europea, implementando dos cuestiones prejudiciales.

La primera y más importante, sobre si la normativa de la Unión se opone a la disposición de la Comunidad Autónoma que impide reconocer los servicios profesionales prestados en un servicio de salud de otro país miembro de la Unión.

La segunda, relativa a si el reconocimiento de dichos servicios prestados en otro Estado miembro requiere que previamente se aprobasen unos criterios generales de homologación de dicha experiencia que tuviese en consideración esa variable.

B) Cuestión jurídica debatida

8. La problemática básica que estudia la resolución que se comenta consiste en determinar, en definitiva, si debe poder apreciarse, para la valoración de la carrera profesional en el sistema de salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, aquellos periodos de actividad profesional que la persona trabajadora ha desempeñado en otro país perteneciente a la Unión Europea. Está en juego, en definitiva, la legalidad del proceder administrativo desde el punto de vista de la discriminación por haber desarrollado una actividad profesional en otro territorio de la Unión, así como la operatividad práctica y real del derecho a circular libremente por el territorio de la Unión para el desarrollo de una carrera profesional.

² Un análisis más pormenorizado de esta resolución efectué, bajo el título “*Libertad de circulación de trabajadores y consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro estado miembro de la Unión*”, en el número 5/2022 de la Revista de Jurisprudencia Laboral, al que puede accederse directamente en la siguiente página web: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-0000001879

La respuesta afirmativa del Tribunal es intuitiva, pero su selección para este comentario porque expone claramente cuáles son los presupuestos y circunstancias en las que la restricción a un Derecho de la Unión puede consentirse, aspecto no frecuentemente tratado en los comentarios a las sentencias del Tribunal de Luxemburgo.

C) Normativa en presencia.

9. El art. 7.1 del Reglamento núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, establece: “*En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo*”.

D) Resolución del Tribunal

10. Cuatro cuestiones analiza la resolución.

En primer lugar, la incidencia de la normativa autonómica sobre la libertad de circulación de trabajadores. En segundo lugar, si se ha producido discriminación por razón de nacionalidad en el proceder administrativo que excluye de la experiencia profesional desarrollada en otro país de la Unión. En tercer lugar, si la limitación que se deduce de la normativa puede considerarse razonable y se encuentra justificada en atención a la protección de bienes o intereses legítimos. Y, por último, en cuarto lugar, si la ausencia de normativa estandariza de la Unión en relación con la comparación de la experiencia profesional en los distintos países de la Unión permite la organización de un sistema propio que excluya la experiencia adquirida en otros países de la Unión.

En relación con la primera cuestión, la libertad de circulación, el Tribunal repara en que de su jurisprudencia puede deducirse de forma inequívoca que se consideran contrarias a dicha libertad aquellas prácticas o disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador de abandonar su país de origen para desarrollar su carrera profesional en otro país de la Unión, detallando que también se provoca dicha lesión la libertad cuando una normativa nacional no tiene en cuenta la totalidad de los períodos anteriores de actividad equivalente realizados en otro Estado miembro distinto al de origen de la persona trabajadora.

El Tribunal no alberga duda alguna en que la eficacia práctica de la normativa controvertida puede disuadir a la persona trabajadora de disfrutar de su derecho a la libre circulación previsto en los textos constitucionales de la Unión, porque aquellos trabajadores españoles que tengan interés en ejercer su oficio o profesión en el marco de una institución o centro sanitario radicado en otro estado de la Unión diferente del propio “*se verán disuadidos de hacerlo si la experiencia profesional equivalente que adquieran allí no se toma en consideración al evaluar su carrera profesional a su regreso a España*” (§ 28).

Puede afirmarse, por tanto, que la normativa controvertida implementa una restricción a la libre circulación de los trabajadores, esencialmente porque la persona trabajadora migrante se verá perjudicada en relación con la española si no se toma en consideración la experiencia profesional desarrollada en otro país de la Unión. El Tribunal subraya que la aparente neutralidad de una norma aplicable a todos los trabajadores con independencia de su nacionalidad puede provocar una discriminación indirecta cuando, por su desarrollo aplicativo concreto, afecte más a los trabajadores nacionales de otros estados miembros que a los trabajadores del Estado propio (§ 31).

Este obstáculo objetivo no puede considerarse ni legítimo ni razonable desde el punto de vista de la normativa de la Unión. Pero no se niego que una norma nacional pueda implementar una restricción a las normas de la Unión, necesariamente justificándose en el propósito de garantizar unos parámetros de calidad, así como la organización eficiente de los servicios de salud. Por eso subraya que para que dichas restricciones puedan considerarse justificadas es preciso que sean adecuadas “*para garantizar la realiza-*

ción del objetivo planteado y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo” (§ 42), pareciendo evidente en este caso que el objetivo pretendido (el aseguramiento de estándares aceptables de experiencia profesional) no puede alcanzarse desde la valoración de la antigüedad en la carrera profesional.

Por último, en relación con la argumentación de la Gerencia de salud relativa a que la ausencia en la Unión de sistemas de homologación de la experiencia profesional pudiera consentir la organización de mecanismos propios de validación para garantizar la calidad en la prestación del servicio el Tribunal entiende, en primer lugar, que *“la experiencia profesional adquirida por el trabajador en cuestión en el sistema de salud de otro Estado miembro no puede considerarse, con carácter general, un obstáculo para la consecución...”* del objetivo pretendido en la norma de únicamente tener en consideración aquella experiencia profesional desarrolla con estándares de calidad homologables (§ 44); en segundo lugar, que lo razonable es que el mecanismo de validación de dicha experiencia ofreciese *“al interesado la posibilidad de demostrar la equivalencia de su experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros”* (§ 45), tal y como sucede en la normativa controvertida en relación con el reconocimiento de trienios, y, en tercer lugar, que corresponde al Tribunal interno verificar que el Estado cumple con sus obligaciones en relación con el reconocimiento de cualificaciones profesionales (§ 46), en relación, particularmente, con la exigencia de tener en consideración, si el sistema de contratación o nombramiento requiere períodos mínimos de experiencia profesional previa, toda la que el trabajador haya acumulado en cualquier país de la Unión (§ 47).

En definitiva, la normativa de la Unión relativa a libre circulación de trabajadores se opone a una normativa autonómica que impide tomar en consideración para la valoración de la carrera profesional la experiencia profesional adquirida en un servicio público de salud de otro Estado miembro, *“a menos que la restricción a la libre circulación de los trabajadores que implica dicha normativa responda a un objetivo de interés general, permita garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”* (§ 50).

Objetivo que en este caso ni se explica, ni se alcanza a vislumbrar.

E) Apunte final

11. El criterio técnico de la resolución parece de lo más razonable, tanto desde el punto de vista de garantizar la libertad de circulación, como desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de nacionalidad.

La consecuencia es lógica: cualquier obstáculo (normativa, práctica administrativa, cláusula convencional, etc.) que se implementen en los ordenamientos nacionales para entorpecer o dificultar la movilidad de trabajadores debe ser observado con recelo, aunque no se impide que los ordenamientos internos puedan implementarse mecanismos que limiten la libertad de circulación.

Para ello, como resume la propia resolución en el § 50 deben darse tres condiciones.

En primer lugar, que la restricción a la libre circulación que se deduzca de la normativa debe responder *“a un objetivo de interés general”*, es decir, que la restricción que sufre el derecho (en este caso la libertad comunitaria) se justifique por la protección de un bien jurídico de superior calado que afecte a la comunidad política y jurídica a la que va destinada la norma, socializando, de alguna manera, el perjuicio que experimenta el desarrollo del derecho individual, en aras de un bien colectivo de superior entidad.

En segundo lugar, que la medida restrictiva *“permita garantizar la realización de ese objetivo”*, es decir, que el instrumento en cuestión (normativa, medidas administrativa, convenio colectivo, etc.) sea idóneo para la consecución de ese bien superior común, desechando aquellas pretensiones caprichosas, arbitrarias o meramente ineficaces en relación con la satisfacción de dicho bien común.

Y, en tercer lugar, que la medida *“no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”*, es decir, que en la proyección de su eficacia práctica se asegure que no lesione el derecho restringido más allá de lo estrictamente imprescindible para la consecución del objetivo común pretendido.

Lo interesante de la enunciación de estas medidas es que recuerdan a los mecanismos hermenéuticos que nuestro ordenamiento jurídico implementa para la modulación del ejercicio de los derechos

fundamentales mediante la apreciación de los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad mediante los cuales se enjuician las restricciones (en nuestro caso empresariales) al ejercicio de un derecho fundamental por parte de las personas trabajadoras. Mediante la proyección hermenéutica de esos tres instrumentos se pretende limitar en lo posible las restricciones empresariales al ejercicio de un Derecho Fundamental, consintiendo que dicha restricción sólo se produzca si la medida es estrictamente imprescindible para la consecución de un objetivo de superior entidad, y solamente siempre que se garantice que dicha limitación se conduce de la manera menos gravosa para el derecho fundamental limitado.

De esta manera, el juicio de proporcionalidad cuestiona si la restricción al ejercicio del derecho fundamental es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. El juicio de idoneidad, por su parte, pretende asegurar que la medida restrictiva operada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, en el sentido de ser técnicamente operativa para ello, y no inoportuna o inconsecuente. Mientras que con el juicio de necesidad pretende asegurarse que entre el abanico de opciones disponibles para la restricción se ha elegido la que menos daño provoca al derecho fundamental afectado, debiendo emplearse de entre todas las posibles la menos agresiva.

Como fácilmente se aprecia, las tres exigencias que se enuncian en la resolución -que no son excepción en este fallo, sino tónica general en los pronunciamientos del TJUE- caminan por la senda del principio de proporcionalidad patrio. Tienen el mismo objetivo, implementan reglas de garantía prácticamente idénticas, y operan con técnicas jurídicas bastantes similares.

3. STJUE de 13 de octubre de 2022 [C-344/20] L.F. y S.C.R.L.

A) Hechos del litigio principal

12. La resolución traída aquí para comentar no se circunscribe al derecho español, pero se analiza por la entidad de los debatido y las fáciles posibilidades de implementar sus soluciones para el ordenamiento jurídico patrio.

La demandante, que profesa la religión musulmana y porta “el pañuelo islámico” como prenda de vestir ordinaria (§ 14), presentó a la empresa una solicitud para realizar unas prácticas no remuneradas de seis semanas. En una entrevista personal para la concesión de las prácticas los encuestadores le hicieron saber la opinión positiva con respecto a su candidatura, pero le preguntaron si la candidata podía, de manera voluntaria, atenerse a la regla de neutralidad que había adoptado la empresa con respecto a la vestimenta, en concreto en referencia a no portar vestimentas que les identificaran con una determinada creencia filosófica o religiosa.

Esta norma precisa en su art. 46 que los trabajadores “*se comprometerán a respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa*” y “*velarán por no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean*” (§ 16).

La trabajadora manifiesta que no está dispuesta a acatar el código de neutralidad y que no pretendía voluntariamente dejar de portar el referido velo islámico.

Aunque no existe una conexión directa entre su negativa a cumplir con el código ético de la empresa y el resultado de la selección de candidatos para las prácticas voluntarias, en el sentido de que no hay una concatenación de eventos de manera palmaria, lo cierto es no se dio curso a su solicitud (§ 18). Un mes más tarde la trabajadora solicitó otras prácticas similares “*proponiendo cubrirse la cabeza con otro tipo de tocado*” (§ 18). La empresa le comunica que no podía concederle dichas prácticas pues en las instalaciones en donde se llevan a cabo el desarrollo de la actividad laboral para la que se ha postulado “*no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, ya fueran gorras, gorros o pañuelos*” (§ 18).

La trabajadora entiende que ha sido discriminada indirectamente por motivos religiosos e intima la tutela jurisdiccional de sus derechos al entender que la verdadera causa que abriga la no selección para la realización de las prácticas en la empresa se sustenta en una discriminación por sus convicciones religiosas.

El órgano judicial patrio manifiesta serías dudas con respecto a la adecuación de ese código ético a la normativa comunitaria y plantea tres cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, si la religión y las convicciones son dos criterios protegidos, o bien son dos manifestaciones del mismo criterio. En segundo lugar, si es razonable que la normativa nacional que desarrolla estas cuestiones, particularmente en cuanto a la religión, puede considerarse más favorables para la protección del principio de igualdad. Y, en tercer lugar, si el reglamento interno que pretende una neutralidad religiosa y de convicciones de todo tipo puede constituir una discriminación directa o indirecta si pone de manifiesto que la persona que profesa una determinada fe religiosa se encuentra en una situación menos favorables que aquellos que no profesan religión alguna, que profesen otra religión, o que tienen convicciones filosóficas.

B) Cuestión jurídica debatida

13. El trasfondo es determinar hasta qué punto puede una empresa, en uso de sus potestades y con el objetivo de proteger sus intereses legítimos, restringir el uso de una determinada indumentaria de uno de sus trabajadores porque manifiesta indubitadamente sus convicciones religiosas. Más concretamente, trata de analizar esta cuestión general en el contexto de una solicitud espontánea de una trabajadora para desarrollar unas prácticas en una empresa que no fue tenida en consideración precisamente por este motivo. La empresa, y este matiz es importante, no se abriga o escuda en otro tipo de razones para denegar la solicitud de prácticas voluntarias. Pregunta, ante la primera solicitud de la trabajadora, si estaría en condiciones de dejar de portar voluntariamente el velo islámico, desestimando su pretensión ante la negativa de la trabajadora. Y en la segunda solicitud deniega su pretensión de tocarse la cabeza con otro tipo de prenda porque el puesto que tiene que desarrollar no puede ser cubierto por una persona trabajadora que se cubra la cabeza con sombreros, tocados, pañuelos o atrezos similares. Pero en ningún momento oculta la razón por la que no la selecciona, ni emplea un subterfugio para selección a otra persona trabajadora. Directamente explica la razón, y esta es el cumplimiento del código ético que afecta a todos los trabajadores de la empresa.

Con eso se consigue desplazar el centro de atención del problema desde la eventual discriminación indirecta que sufre la trabajadora hacia la legitimidad del referido código ético. Queda claro, por otro lado, que ese código parece cumplirse por todos los trabajadores de manera estricta, sin permitir la empresa excepciones al respecto, siendo destacable también que las restricciones que implementa dicho código no son exclusivamente para símbolos religiosos, sino también para otro tipo de manifestaciones de conciencia, como son las filosóficas o políticas.

Y aunque no parece darle excesiva importancia la resolución es de destacar que la norma interna no sólo se refiera a manifestaciones relacionadas con la ropa, sino que también abarca a expresiones verbales o de cualquier otra forma sus convicciones internas y personales, pues lo que pretende la empresa es mostrar una neutralidad absoluta en relación con estas cuestiones y entiende que para ello es razonable que los trabajadores de la misma se abstengan de manifestarlas de cualquier manera posible.

No se trata, en definitiva, de una normativa directamente promulgada para proscribir la manifestación externa de una determinada forma de vestir, pues afecta también a las manifestaciones verbales y a otras formas de expresión -piénsese: escribir un blog mostrándose como trabajador de la empresa, interactuar en las redes sociales de la misma manera, etc.-; ni se trata de la imposición de una neutralidad religiosa exclusivamente, pues también afecta a la manifestación de convicciones políticas o filosóficas.

C) Normativa en presencia

14. 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

Los considerandos 11 y 12 de la Directiva explican que “*La discriminación por motivos de religión.../...puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado, en particular el logro de*

un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas”, y que precisamente por ello se prohíbe en todo el ámbito de la Unión “*cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión.../...en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva*”.

Se tiene en consideración, además, el art. 1 para concretar el objeto de la Directiva; el art. 2 para especificar qué ha de entenderse por discriminación directa e indirecta; el art. 3 para especificar el ámbito objetivo de proyección de la directiva, entre los que se incluyen “*las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración*”; el art. 8 para consentir la implementación de disposiciones internas “*más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva*”.

La normativa belga aplicable se detalla en los §§ 8 al 13, y aunque no es momento ni el lugar para un estudio pormenorizado de sus dictados sí es conveniente precisar que proscribía la discriminación por “*convicciones religiosas*”, siendo este uno de sus ámbitos protegidos de manera privilegiada, y que la eficacia de dicho principio se proyecta tanto en el ámbito público como en el privado, incluyendo, naturalmente el laboral. Es interesante precisar que se consiente que dicho principio no se proyecte sobre el ámbito laboral siempre que se justifique dicha ineficacia “*sobre la base de requisitos profesionales esenciales y determinantes*” (§ 13), es decir, que la normativa adoptada sobre la restricción de las convicciones contiene excepciones que se relacionan directamente con la actividad laboral con la que se conecta.

D) Resolución del Tribunal

15. El Tribunal entiende, con respecto a la cuestión esencial, que la normativa comunitaria no se opone a que una reglamentación laboral que en una empresa prohíba a los trabajadores manifestar de manera verbal o mediante su manera de vestir sus convicciones religiosas (también filosóficas o de otro tipo) siempre que dicha normativa “*se aplica de forma generalizada e indiscriminada*”, no existiendo una discriminación para aquellos trabajadores “*que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas*” (§ 42).

El Tribunal parte para su argumentación de la doctrina que emana de la STJUE de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y C-341/19) Wabe y MH Müller Han, mdel, que básicamente consiste en entender discriminatorio la prohibición empresarial que sólo prohíbe llevar signos de gran tamaño y vistosos que reflejen convicciones religiosas o filosóficas.

Más allá de que no se sabe muy bien cómo se van a poder portar grandes símbolos filosóficos (no es fácil imaginar a un trabajador con una camiseta con la cara de Kant o de Nietzsche, menos aun de Hegel, ni a otro que se lleve a su oficina una fotografía del crepuscular y polémico Knut Hamsun), por lo que, en realidad, tanto esta norma como la controvertida en nuestro caso, afecta prioritariamente a símbolos religiosos, lo que sí parece quedar claro es que estamos en presencia de una cuestión controvertida, que requiere una solución detallada caso por caso. Porque, con idéntica fuerza expansiva, ha declarado que no constituye una discriminación directa por motivos de religión la aplicación de una norma interna de una empresa privada que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicción política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo (STJUE de 14 de marzo de 2017 (C-157/15) G4S Secure Solutions), siempre y cuando se trate por igual a todos los trabajadores de la empresa, y se imponga esta política interna de manera general e indiferenciada para todos los trabajadores.

E) Apunte final

16. El arco de bóveda que sostiene la argumentación del Tribunal de Justicia viene dado por la justificación que expone la empresa para hacer valer la vigencia de su reglamento laboral, particularmente cuando sostiene que éste “*no genera discriminación directa, puesto que trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente*

una neutralidad indumentaria que se opone al uso de signos visibles de sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas” (§ 20).

La clave laboral del asunto no puede olvidar que la utilización de un pañuelo no refleja directamente la profesión de una determinada fe religiosa, pues podía llevarse por varias razones diferentes: estética, cultural, de salud, etc., por lo que la discriminación por utilizar esa prenda de vestir o bien obliga a que la persona que la porta declare cuál es su fe religiosa, circunstancias prohibida por el ordenamiento comunitaria y que en este caso no ha acontecido, o bien se la discrimina en base a la existencia un perjuicio generalizado en la sociedad, pues se supone que se lleva dicho pañuelo por una razón religiosa, sin realmente constatar cuál es la razón por la que se emplea (§ 23.3.b]).

Lo verdaderamente trascendente es que se desecha que exista una discriminación directa, pues es evidente que no ha sido tratada de manera diferente a cualquier otro trabajador que haya manifestado en público y de manera ostensible sus creencias religiosas, filosóficas o políticas (§ 36).

Y también se desecha que exista una discriminación indirecta, pues existe una finalidad legítima en la empresa de fomentar un régimen de neutralidad, política, filosófica o religiosa, “*en las relaciones con los clientes, tanto del sector público como del sector privado*” (§ 39), y la reglamentación interior de la empresa se ha aplicado de manera general e indiferenciada para cualquier trabajador (§ 42).